

**Carlos Ramos Núñez**

# **El Código napoleónico y su recepción en América latina**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil**

**FONDO EDITORIAL 1997**

El *Code* civil de Napoleón asoma al mundo como un modelo legislativo inigualable. Desde el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, promulgado en Constantinopla en el siglo VI de la era cristiana, no se conocía en Occidente un cuerpo legal que ejerciera sobre los letrados tal fascinación. El *Code*, sin embargo, a la calidad técnica de sus disposiciones que rescataba para sí la herencia clásica de la jurisprudencia romana y medieval, agregaba la simpleza del lenguaje, la brevedad del texto y la fusión del pluralismo consuetudinario bajo el rígido y uniforme monopolio de la ley.

Por otro lado, el *Code* actuaba como catalizador del triunfo político de la burguesía y arma legal de sus conquistas y desconfianzas. Fue también el vehículo de la filosofía nacionalista, de la ideología liberal y del dogma de la soberanía del Estado. Todos estos elementos estupendamente conjugados por el talento de Portalis, Maleville, Tronchet y Bigot de Préameneau, así como la iniciativa política de Bonaparte, a cuyo oportuno impulso obedece su dación, habrían de convertir a su código civil en un monumento y paradigma a cuyos encantos sucumbieron legisladores y juristas de lugares próximos y remotos.

Carlos Ramos analiza la codificación como forma moderna de producción legislativa, reconstruye la elaboración y los rasgos fundamentales del *Code* y se detiene en el proceso de su recepción en la América latina del siglo XIX. No trata, por cierto, sólo de establecer el grado de parentesco puramente normativo e institucional entre el padre y los descendientes, sino también pondera otras variables culturales que articulan los textos legales con la realidad y que hacen de la recepción jurídica un proceso social dinámico y creativo.

Asimismo, el lector de *El Código napoleónico y su recepción en América latina* tendrá entre manos un recuento crítico y versátil del estado de la cuestión en torno a un debate fundamen-

El Código napoleónico y su recepción  
en América latina



CARLOS RAMOS NÚÑEZ

**EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO Y SU  
RECEPCIÓN EN  
AMÉRICA LATINA**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1997**

Primera edición: marzo de 1997

Diseño de la edición: Antonio Luya Cierto  
Cuidado de la edición: Antonio Luya Cierto  
Diagramación: María del Pilar Nué Agüero  
Cubierta: Edwin Núñez Ibáñez

*El Código napoleónico y su recepción en América latina*

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Teléfs. 4626390, 4622540, anexo 220

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-003-5

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Impreso en el Perú - Printed in Peru

**A mis acreedores  
perennes, Augusto y Haydée**



# Contenido

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21
1 LA CODIFICACIÓN: UN FENÓMENO MODERNO	39
2 EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO	71
2.1 El <i>Code</i> : crisol de influencias	76
2.1.1 El Derecho romano	79
2.1.2 El Derecho consuetudinario, el particularismo jurídico y la codificación	81
2.1.3 La filosofía moderna: iusnaturalismo y jansenismo	86
2.2 La génesis política del <i>Code</i> : Napoleón y el Consejo de Estado	91
2.3 <i>Code</i> : instituciones y realidad social	96
3 LA EXPANSIÓN DEL <i>CODE</i>	105
3.1 Recepción y circulación del <i>Code</i> en el mundo	111
3.1.1 Bélgica	111

3.1.2	Holanda	112
3.1.3	Italia	113
3.1.4	Alemania	116
3.1.5	Suiza	118
3.1.6	Rumania	119
3.1.7	Portugal	120
3.1.8	España	121
3.1.9	Medio y Lejano Oriente	124
3.1.9.1	Egipto	124
3.1.9.2	El Líbano	125
3.1.9.3	Siria	125
3.1.9.4	Turquía	126
3.1.9.5	Argelia, Túnez y Marruecos	127
3.1.9.6	Irán	128
3.1.10	África negra	128
3.1.11	Extremo Oriente	130
3.1.11.1	Japón	130
3.1.11.2	China	131
3.2	Recepción y circulación del <i>Code</i> en América latina	132
3.2.1	República Dominicana	136
3.2.2	México	141
3.2.3	Bolivia	148
3.2.4	Costa Rica	154
3.2.5	Perú	160
3.2.6	Chile	179
3.2.7	Uruguay	189
3.2.8	Argentina	193
3.2.9	Brasil	202

4	LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA. APOSTILLAS PARA SU ESTUDIO	213
---	---	-----

	EPÍLOGO	239
--	---------	-----

Contenido	11
ANEXOS	251
<i>Anexo 1</i> [Prólogo al Proyecto del Código Civil peruano de Vidaurre]	253
<i>Anexo 2</i> [Considerandos al Código Civil del Estado Sud-Peruano (Código de Santa Cruz)]	261
<i>Anexo 3</i> [Considerandos al Código Civil del Estado Nor-Peruano (Código de Santa Cruz)]	269
<i>Anexo 4</i> [Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil chileno]	277
<i>Anexo 5</i> [Nota de presentación del Proyecto de Código Civil para la República Argentina, de Dalmacio Vélez Sársfield]	295
<i>Anexo 6</i> [Críticas de Juan Bautista Alberdi al Proyecto de Código Civil de Vélez Sársfield]	305
<i>Anexo 7</i> [Réplica de Dalmacio Vélez Sársfield a las críticas de Juan Bautista Alberdi]	361
BIBLIOGRAFÍA	381



«No piece of History is true when set apart to itself, divorced and isolated. It is part of an intricately pieces whole, and must needs be put in its place in the netted scheme of events, to receive its true color and estimation [...]. We are all partners in a common undertaking.»

WOODROW WILSON

«¿Desean tener buenas leyes? Pues entonces, quemien las que tienen y hagan otras nuevas.»

VOLTAIRE

... that in 1900 it had about 100,000  
inhabitants and produced 100,000 tons of  
potatoes annually. The population of the  
land increased to 150,000 in 1910 and  
the production of potatoes to 150,000 tons.

### 1910-1915

The population of the land increased to 200,000  
in 1915 and the production of potatoes to 200,000 tons.

## Prólogo

*ANTICIPAR AL LECTOR unas líneas acerca de esta nueva entrega de Carlos Ramos Núñez es premunirlo para una incursión en esa original perspectiva que es la historia social del Derecho. Y aunque ya el autor nos previene de ello en la introducción, bien vale la pena unas frases prologales que subrayen la importancia de esta rama de los estudios historicojurídicos y la manera de obtener el mayor provecho de la lectura de obras como la presente.*

*Ante todo, se trata de un texto de historia y no de ciencia jurídica; por lo tanto, no está dirigido únicamente a abogados. Sin embargo, para quienes quieran entender mejor la disciplina jurídica esta obra será ciertamente esclarecedora porque describe una porción de la historia jurídica que explica por sí misma el modo de ser del Derecho —y de los abogados—, que lo distingue aún hoy, a fines del siglo xx.*

*Siendo histórica, su perspectiva disiente de las historias legislativas y de las historias institucionales que han acompañado a los estudios sobre el Derecho. No porque prescinda de sus protagonistas, sino porque los examina en una forma peculiar; así, en lugar de respetar ceremonialmente las formas jurídicas, las disuelve en el ácido esclarecedor de la circunstancia histórica, de aquella que involucra las tensiones y emociones de lo social y lo político, las propuestas y frustraciones de lo teórico y lo estratégico, los anhelos y*

los resultados de la vida humana, en definitiva. De este modo, la ley y la institución jurídica recuperan esa corporeidad que les da su origen humano; corporeidad que había quedado reducida a un unidimensional plano legislativo o a un bidimensional plano institucional.

*El Derecho es un fenómeno cultural; es una obra que los seres humanos recreamos conforme cambian las generaciones, a partir de una cierta cosmovisión más o menos compartida por esas generaciones. Y si bien el cambio es insoslayable, esto no implica que domine la escena absolutamente. Por ello, Carlos Ramos nos presenta una visión de la legislación que se retrotrae al siglo XVIII y que sigue vigente hasta nuestros días, si bien con cambios que se registran en el presente texto. Esa historia tiene por protagonista al «Código».*

*¿Quién no conoce un código de leyes? ¿Quién no ha oído acerca de las reformas por hacer en el Código Civil o de las múltiples modificaciones al Código Penal? De entre las leyes que nos gobiernan, los códigos aparecen como una especie superior; frutos de madura reflexión, su redacción suele ser encargada a juristas antes que a políticos. Con ese respaldo académico, el código es presentado en sociedad como un hijo mayor de edad; no como resultado de la coyuntura, sí con una vocación de prolongada permanencia y de consiguiente estabilidad para la sociedad a la que es destinado.*

*Pero el código como especie legislativa tiene una historia; tiene un origen... y un final, que el autor anuncia más cercano de lo que creemos<sup>1</sup>. La historia, que en verdad se desdobra en varias historias, comienza en el primer capítulo, dando cuenta de la codificación desde una perspectiva general, común a Europa, su cuna, y al resto del mundo. Aquí, Ramos refiere básicamente los datos históricos y sus respectivos contextos. Sin embargo, no se trata de información que precise de un marco teórico; él está presente implícita-*

---

<sup>1</sup> Cfr. Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Codificación, tecnología y postmodernidad*, ARA, Lima, 1996.

mente en los elementos que conforman su reconstrucción de la historia y en el orden en que dispone dicha información. Del primer capítulo queda claro cuáles fueron las circunstancias históricas que hicieron posible el fenómeno de la codificación y se hacen evidentes los avíos conceptuales necesarios para proseguir el viaje.

En un segundo esfuerzo, se habla del Código francés o Código de Napoleón, texto legislativo considerado como el «Código por antonomasia», según expresión recogida por Ramos. Aquí son presentadas las vicisitudes de su gestación y sus características internas. Sobre lo primero hay una referencia puntual pero exhaustiva a las circunstancias sociales y políticas que le dieron origen: en particular, al sentido de consenso que se logró en tiempos de Napoleón y que hizo posible su promulgación en 1804.

Sobre lo segundo, Carlos Ramos relativiza todas las afirmaciones tradicionales que se hacen en torno de los códigos sobre la modernidad de éstos, sobre su rechazo al romanismo, sobre la influencia filosófica del racionalismo; hace hincapié más bien en la pluralidad de influencias y en el valor de cada una de ellas. Así igualmente, la separación entre el Derecho escrito y el consuetudinario en Francia no es tan grande para el autor como se suele referir. Finalmente, describe las partes del Código, destacando las normas que le dan identidad.

El trabajo prosigue en el tercer capítulo con el proceso de expansión del Código francés. Cómo es recibido o impuesto en los diversos países europeos, en Asia y África, y finalmente en Latinoamérica, es el tema de esta parte. En cada caso el lector encontrará las referencias al proceso histórico, a los principales protagonistas políticos y juristas, a una descripción de lo que fue aceptado y de lo que fue cambiado en el código local respecto al napoleónico, según lo predominante en el lugar. De este esfuerzo queda la sensación de que el autor deja abierta la puerta a investigaciones monográficas que indaguen por las causas de esas imágenes que se suceden ininterrumpidamente.

La parte dedicada a la exégesis, cuarta en el libro, es una suer-

*te de presentación de aquella imagen global que la filosofía jurídica registra como la «Escuela de la Exégesis» y que surge precisamente con la codificación. Método, antes que teoría, la exégesis es la manera de poner el Derecho en acción. No es interpretación, al decir de los exégetas más exigentes, sino... indagación acerca de la «voluntad del legislador».*

*El trabajo tiene por protagonista al Código, ciertamente; pero no es el único actor en escena. Tras ese personaje principal se esconde otro casi tan importante que no pudo ser eludido por el autor en el epílogo de su obra: la «recepción de Derechos». Como el mismo Ramos sostiene, la recepción debía ser pensada como una excepción; sin embargo, fue la regla general y ella es prueba patente de varias cosas: por un lado, de la realidad social dependiente que caracteriza a nuestro pueblo y a sus élites; por otro lado, de la hegemonía política ejercida mediante el Derecho por las metrópolis que se han sucedido en la historia, respecto de sus colonias y excolonias. Ojalá la originalidad que rescata el autor en cada experiencia de recepción sea una señal para la reflexión, que indique el camino a nuestros legisladores y, sobre todo, a sus asesores jurídicos, sobre aquello que merece repetirse y aquello que merece ser sustituido. El texto no habla de ley alguna en particular y habla de todas, al poner en evidencia cómo se ha legislado en los últimos doscientos años. Queda por delante la pregunta: ¿y cómo deberemos legislar en los próximos doscientos?*

*Con una prosa ágil y cómoda, el texto de Carlos Ramos Núñez hace gala de fuentes bibliográficas abundantes y poco conocidas. La línea de trabajo descrita identifica ciertamente al autor y a sus varias obras ya publicadas; pero también coincide con una de las líneas que procuramos desarrollar desde el Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Por ello, y por lo expuesto antes, es muy grato prologar la obra de un abogado de profesión y magíster de nuestro programa,*

*que ha dedicado sus mejores esfuerzos a la investigación y difusión de la historia del Derecho y que esperamos persista en el empeño.*

*Lima, enero de 1997.*

RENÉ ORTIZ CABALLERO  
Coordinador del Magíster en Derecho  
con mención en Derecho Civil de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## Introducción

LAS IDEAS FRANCESAS ejercieron en América un efecto notable y persistente. Todos los pueblos que se congregan en el continente, sin excepción alguna, procuraron diseñar sus nuevos Estados teniendo como pauta al pensamiento galo. Las nuevas repúblicas veían en esas ideas los paradigmas políticos que debían seguir. Los procesos independentistas, si bien se originaban en causas económicas (como el monopolio del comercio ultramarino por las metrópolis), sociales y políticas (como el relegamiento de los criollos de los espacios de poder colonial), eran también el resultado de una progresiva asimilación ideológica del liberalismo, cuya principal vertiente (las reflexiones de Rousseau, Voltaire, los enciclopedistas y Montesquieu) procedía justamente de Francia.

Las flamantes repúblicas no se contentaban con la adopción de formas políticas y textos constitucionales que normaran la organización y el funcionamiento del Estado. Pronto gran parte de la esfera de la vida privada —hasta entonces regulada por las viejas disposiciones coloniales— sucumbiría a los encantos de un cuerpo legal fascinante: el Código Civil de Napoleón.

El movimiento codificador se presentaría también en América, incluso en un país de *Common Law* como los Estados Unidos. Así, en 1811, el filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832), un afanoso partidario de la codificación, escribió al presidente James

Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incerteza del *Common Law*, ofrecía sus servicios para llevar a cabo la codificación del Derecho norteamericano<sup>1</sup>. Madison declinó la oferta. Años después, en el propio país surgiría la idea de elaborar un código. En 1836, el Parlamento de Massachusetts designó una comisión con ese propósito. De ella formaba parte nada menos que uno de los juristas más brillantes de la historia norteamericana: Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo éxito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field (1805-1894), cuyo código civil (1858-1865), rechazado en este estado después de un largo debate, fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895)<sup>2</sup>. El objetivo de este autor consistía en condensar el *Common Law* en fórmulas sistemáticas y accesibles, libre de anacronismos y adaptado a las condiciones de la época. No es casual tampoco que hubiera tenido éxito en los estados más jóvenes del oeste, menos atados a las fórmulas históricas del *Common Law*, mientras que en Nueva York, un estado de viejo origen colonial y vinculado más estrechamente a la tradición inglesa, tuvo una férrea resistencia de los abogados prácticos.

Por todo ello, la Unión Americana no estuvo al margen del proceso codificador. En primer lugar, porque tuvo, como hemos visto, episódicos intentos de codificación del Derecho privado. En segundo lugar, porque se premunió, en 1787, de una Constitución escrita, apartándose, en ese sentido, de la postura ortodoxa del *Common Law*, que le habría exigido una Constitución basada en la

---

<sup>1</sup> John HONNOL, *The Life of Law. Readings on the Growth of Legal Institutions*, The Free Press of Glencoe, Collier-Mc. Millan Limited, London, 1964, pp. 100-133. Esta compilación incluye la carta de Bentham, las actas del Congreso de Massachusetts, los informes de los comisionados —entre los que se halla David Dudley Field— para elaborar un Código Civil para el estado de Nueva York, y otros documentos importantes que conciernen al proceso codificador estadounidense.

<sup>2</sup> *Ibid.*

tradición y en las costumbres. Y en tercer lugar, porque en su propio territorio subsistían regiones que pertenecían al sistema romanista, como la excolonia francesa de Luisiana, donde se dictó un código civil, en 1808, a tan sólo cinco años de la venta del inmenso territorio de *Nouvelle Orléans* a favor de la potencia americana.

Cabe preguntarse por las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano. Éste es un tema que ha sido escasamente tratado<sup>3</sup>. Existen evidentemente investigaciones que han completado con innegable erudición el desarrollo de todo el proceso<sup>4</sup>, y sobre este respecto queda poco que agregar. Lamentablemente, poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales (o culturales, en general) que acompañaron dicha formulación. Aquí también se perciben diferencias con las causas que alentaban las codificaciones europeas. Mientras que en los pueblos germánicos y en Italia eran concebidas como instrumentos hacia la unidad nacional, y en Francia como medio eficaz hacia la uniformidad legislativa, en América latina no se presentaban tales presupuestos. Cuan-

---

<sup>3</sup> El estudio de Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977, constituye una excepción notable. Sin embargo, el tema está lejos de haber sido agotado.

<sup>4</sup> Los esfuerzos de historiadores del Derecho como Bernardino BRAVO LIRA y Alejandro GUZMÁN BRITO, desde la *Revista Chilena de Historia del Derecho* y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, respectivamente, pueden ser considerados inmejorables. Véanse también las cronologías de la codificación en Europa y América, en Apéndice de la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, pp. 102-109, y Sandro SCHIPANI, «Nota introductiva», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaresi 5, Giuffrè editore, Milano, 1981, p. XIII. Más recientemente, en los anexos del trabajo de Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827- 1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Abelardo Levaggi (coordinador), Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, pp. 131-138.

do promulgan sus códigos, nuestros países ya habían alcanzado la independencia política, y la unidad nacional –incluso en aquellos lugares con inmensas poblaciones indígenas– se daba por concluida. Asimismo, desde la óptica liberal no se presentía la necesidad de rescatar el Derecho consuetudinario, codificándolo a la par con las leyes. No debe olvidarse, en ese sentido, que el Derecho indiano –que reconocía las fuentes consuetudinarias– fue desterrado. Lo más probable es que el mencionado proceso obedeciera a razones técnicas, políticas e ideológicas, todas ellas vinculadas entre sí. Técnicas, porque era sabido que la certeza jurídica, clave del progreso que afanosamente buscaban, no habrían de encontrarla en la frondosa legislación colonial. Políticas, porque cada Estado, así como contaba con una Constitución, ambicionaba también disponer de un cuerpo de leyes susceptible de llamar «nacional», digno de una nación independiente que no toleraba continuar rigiéndose por las leyes de un país de cuyo dominio se acababa de librar. E ideológicas, porque la concepción iluminista –que ya tenía vieja data y que se asociaba a la necesidad de certeza jurídica– se hallaba firmemente interiorizada en la conciencia de los grupos dominantes. El «ejemplo» de las naciones «civilizadas» cundía, y era impensable que dejaran de seguir el derrotero trazado por ellas. El paradigma francés era imprescindible, máxime cuando estos grupos, en todo género de ideas y comportamientos, hacían de Francia un referente obligatorio. Por otro lado, el *Code* napoleónico ejercía una fascinación cautivante. Se presentaba como la coronación de los ideales liberales que, en gran medida, habían inspirado los movimientos independentistas. Constituía un cuerpo legal prestigioso, amén de sus virtudes técnicas, porque cancelaba el odiado régimen absolutista. La lógica consecuencia estaba descontada: si Francia tenía el *Code*, era natural que también los flamantes Estados tuvieran el suyo. Esto explica la premura de ciertos países en adoptarlo con tenues modificaciones.

## Códigos afrancesados

El impacto inicial del *Code* fue tan grande, que países como Santo Domingo, México (Oaxaca), Costa Rica y Bolivia, prácticamente lo tomaron *ad litteram*. Haití, en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano. Le sucede Santo Domingo, que bajo la dominación haitiana, en 1826, adopta los *Cinq Codes*, traduciéndolos al español en 1884. A estos dos sigue el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer código latinoamericano<sup>5</sup>. A continuación viene el Código Civil de Bolivia, dictado en 1831 por el mariscal Andrés de Santa Cruz. Este mismo gobernante extiende, en 1836, el vigor de su código, muy semejante al napoleónico, al Perú. A los códigos de Santa Cruz les sucede en Costa Rica, en 1841, el Código General de Braulio Carrillo (1800-1845), redactado por el mismísimo presidente de la República. Estos códigos estuvieron en líneas generales fuertemente inspirados en el *Code* de Napoleón, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho familiar, en base a las reglas del Derecho canónico aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos códigos fueron una simple reproducción integral del *Code*, pues tanto el de Oaxaca, como el Código boliviano y el de Costa Rica, introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano-indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos de los que inspiraron el Código francés.

La repercusión del *Code*, por otra parte, no es ajena al vigor con el que la cultura francesa sedujo a las clases dirigentes en la

---

<sup>5</sup> Francisco de ICAZA, «La codificación civil en México (1821-1884)», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, año 9, n.º 9, México, 1985, pp. 265-278. También, José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, «Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, año 10, n.º 10, México, 1986, pp. 373-384.

América latina del ochocientos. Se trató, más de bien, de una de sus manifestaciones, quizá la más fecunda.

La recepción del Derecho francés en América latina no debe conducirnos al error de creer que se aplicó en nuestro continente sin sufrir ningún género de modificaciones. Favorece esta equivocación la admisión superficial de que el «Derecho» sea una cosa acabada, para siempre, previamente dada, que se puede coger y transmitir; un simple acto legislativo, cuando, en realidad, como expresa Wieacker, es una integración cultural, una estructura ordenadora de procesos colectivos, históricos, sociales, éticos, intelectuales y psicológicos. En efecto, toda recepción es desde luego una asimilación: un pueblo sólo puede, sin dejar de vivir, aceptar un Derecho extraño, si a tal Derecho lo hace parte integrante de su propia vida social.

Todo lo dicho resulta pertinente cuando nos referimos a la recepción del *Code* en América latina, pues ni siquiera en aquellos países, como Haití y Santo Domingo, donde se reprodujo literalmente, dejó de sufrir las adaptaciones que demandaban los procesos sociales de esos pueblos. Las normas y los principios franceses se independizaban para adecuarse y adquirir otro sentido en los nuevos contextos. Si en la propia Francia, merced a la gama de interpretaciones que se practicaron desde su promulgación hasta hoy, el *Code* es algo sustancialmente diverso de lo que pensaron sus autores, imaginemos los cambios a los que estuvo expuesto en escenarios radicalmente distintos. Una serie de circunstancias, a saber: las necesidades concretas de las sociedades que lo recepcionaban, la adscripción a una cultura jurídica en cierta forma diversa, las limitaciones formativas de sus aplicadores, las insuficiencias fiscales para implementar en la práctica sus preceptos, la cotidiana injerencia de sistemas normativos extraños, la subsistencia de formas jurídicas tradicionales, la simple simpatía por modelos alternos, las convicciones y prejuicios prevalecientes, entre otros factores, dieron lugar a peculiares expresiones jurídicas, definitivamente distantes ya de la imitación original.

Un análisis serio no debe pasar por alto que la difusión del *Code* en América latina marcha acorde con un proceso de modernización. El mismo habría de servir de herramienta de numerosos cambios. Nos parece que cuando las clases dirigentes sospechan que la recepción integral del Código Civil francés va a generar ajustes desestabilizantes en la estructura social y productiva, vuelven los ojos al Derecho castellano, que se presenta más confiable, desprovisto de la carga subversiva que se asignaba al Código galo.

Tampoco puede pensarse que la recepción del *Code* comprometiera a todos los segmentos de la población por el simple hecho de haber sido acogido oficialmente. Habría qué preguntarse, por ejemplo, hasta qué punto esta recepción operó en grupos étnicos nativos no occidentalizados. Las evidencias hacen pensar que poco o nada. El mito unitario del Derecho estatal no resiste el menor análisis en sociedades pluriculturales como las existentes en América latina. Hubo, sin embargo, sobre las poblaciones indígenas que contaban con sus propios mecanismos de control, una imposición forzada del Derecho oficial, la misma que durante la república liberal adquirió proporciones francamente etnocidas. El proceso de aculturación jurídica que padecieron estos pueblos y, a la vez, el uso táctico que lograron dar a las instituciones que asimilaban, constituyen también problemas centrales del proceso de recepción jurídica como fenómeno social. Sin su esclarecimiento no se tendrá una visión de conjunto del universo estudiado.

También habría que preguntarse si el *Code* se ajustaba o no a las condiciones economicosociales de los países latinoamericanos del siglo XIX. Si pensamos que el Derecho está representado por un conjunto de normas dadas de antemano, no cabe duda de que la gran distancia que separaba la sociedad europea de la latinoamericana hace previsible una respuesta en sentido negativo. La respuesta es otra si juzgamos, en cambio, que el Derecho es un sistema de control social que se construye en el camino, por obra de jueces, notarios, abogados, escribanos y gente común. En efecto, todos estos artesanos del Derecho recrearon, para bien o para mal,

el elenco de normas que tenían enfrente, adaptándolo a sus necesidades y sus vicios. Como toda recreación, el Derecho de estos aplicadores prácticos no llegó a ser nunca el doble exacto del Derecho legislado.

## **Códigos hispánicos**

En la mentalidad de las clases dirigentes más lúcidas no tardará en descubrirse que la simple adopción del Código napoleónico, con una u otra reforma de por medio, está lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación, pero, por otro, conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretende regular. En esas circunstancias adviene el Código Civil peruano de 185, que se presenta como el primer código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo, y que abre, en el proceso codificador latinoamericano, una fase hasta entonces inédita: la de elaboración autónoma. El Código peruano se adelantó al brillante Código Civil chileno, obra del sabio venezolano Andrés Bello (1781-1865), el mismo que entró en vigor en 1855; al Código Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875), que rige desde 1871 hasta hoy, y al no menos brillante Esbozo de Código Civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883, que sustancialmente sirvió de base al Código argentino. A diferencia de éstos, el Código peruano no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideológicas que patrocinaban Ramón Castilla y José Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos.

La estratificación social jerarquizada, la profunda religiosidad, el papel central jugado por la Iglesia católica y el fuerte arraigo de la propiedad vinculada y de ciertas formas de servidumbre predial, no habrían permitido, por ejemplo, una plena igualdad civil, la

intromisión del Estado en las sacrosantas relaciones familiares y un repentino tráfico inmobiliario. Los países de América latina poseían, por otra parte, una rica tradición jurídica desde la colonia. El Derecho castellano y el lusitano rigieron aquí en todo su esplendor, sin los problemas que tuvieron que afrontar en Europa. Desde el siglo XVI funcionaban en América universidades, tribunales y una impresionante red burocrática religiosa y seglar, que habían sentado las bases de un desarrollo jurídico respetable. Se produjo, en consecuencia, una simbiosis al interior del Derecho latinoamericano: de una parte, la tradición hispánica<sup>6</sup>, y de otra, la legislación y la doctrina modernas, encarnadas en el *Code* de Napoleón y en sus primeros intérpretes. Queda claro que en esta etapa la fuerza seductora del Código francés no es tanta como usualmente se afirma. Esto igualmente se explica por los fuertes lazos que ataban a las clases dirigentes latinoamericanas con el pasado hispánico. Los valores y la mentalidad, no obstante la declarada simpatía republicana, en la práctica no habían variado. A esa élite pertenecían los codificadores. Querían, pues, una transacción entre la herencia colonial y las ideas modernas. Los códigos de esta segunda fase encierran ese ideal social.

Algunos vieron, en la recepción del *Code*, la implantación de una suerte de agregado artificial, por lo mismo que no constituía un producto cabal de las condiciones materiales y sociales que caracterizaban la sociedad latinoamericana. La introducción de un código «foráneo» aparecería entonces como algo contrario a la tradición cultural de nuestros países. Esta percepción emerge muy clara entre quienes no veían la necesidad de implantar nuevos códigos, pero también está presente entre quienes deciden apartarse del modelo galo y retoman el Derecho ibérico. Precisamente, los in-

---

<sup>6</sup> Insiste en dicha influencia José Luis de los Mozos, «Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, op. cit., pp. 163, 197.

tentos tempranos de codificación en México, Bolivia y Costa Rica, que abrazan con mucha fidelidad (lealtad nunca absoluta) el modelo francés, al optar por dicho paradigma legislativo, implícitamente, por un lado, se adscriben a la filosofía racionalista de las luces encarnada en el arquetipo que seguían, y por otro, manifiestan con su opción el rechazo (nunca pleno) a la legislación de la metrópoli colonial de la cual acababan de desprenderse. Esta actitud antihispana languidece en la segunda mitad del ochocientos (han pasado ya varias décadas de haberse producido la Independencia), que coincide con la elaboración de los códigos que se apartan del *Code* y que procuran inspirarse en Derechos que siempre han conocido y manejado: el castellano y el lusitano. Políticos y juristas han reparado también en que el marco social en cuyo interior deben necesariamente actuar sus obras legislativas ha variado poco. Por entonces, los gobernantes, cansados de los perniciosos «excesos» propiciados por la ideología liberal, han confiado la redacción de los códigos a jurisconsultos del ala conservadora, mínimamente interesados en el cambio social que una legislación moderna pudiera alentar, y preocupados, más bien, en mantener un sistema de normas mucho más compatible con el orden que buscaban preservar. La apuesta por uno u otro sistema normativo debe, pues, indagarse en ese juego de valoraciones.

Hasta hoy lamentablemente no se ha llevado a cabo un trabajo de desacralización de los grandes códigos latinoamericanos del siglo XIX, como el emprendido para el *Code* napoleónico por André-Jean Arnaud. Ha prevalecido en el estudio de estos códigos un criterio apologético, plenamente válido en la medida en que se trataba de subrayar el irrecusable talento de los juristas que los confeccionaron, demostrando con creces que sus producciones nada tenían que envidiar a las codificaciones europeas. Sin embargo, en ese afán se ha omitido un análisis crítico que fuera más allá de lo normativo, el mismo que habría permitido descubrir la trama social y política de sus opciones y dar respuesta a preguntas tales como: ¿por qué escogieron precisamente esos códigos y esos comentarios

y no otros? ¿por qué siguieron estas soluciones y no aquéllas? Demandas acuciantes que la nueva historia del Derecho tiene por delante y que, por lo menos en parte, tratamos de responder aquí.

No puede dejarse de subrayar que los códigos latinoamericanos, cuyo segundo ciclo se inicia con la dación del peruano de 1852, primer momento de la codificación autónoma, en mayor o menor medida bebieron de las fuentes castellanas o lusitanas y del Derecho francés. En ese sentido, fueron herederos de una tradición que hundía sus raíces en la Conquista, y por otro lado, fueron receptarios de un Derecho moderno impregnado de iluminismo, optimista del porvenir y acogido voluntariamente<sup>7</sup>; tradición sobre la cual el Derecho romano operaba como factor de cohesión, no sólo de las dos vertientes: la ibérica y la francesa, que recrearon el Derecho romano<sup>8</sup>, sino incluso de dichos códigos entre sí<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre la diversidad de fuentes del Derecho hispanoamericano consultar Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «La recepción de los Derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 4, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1976, pp. 325-359.

<sup>8</sup> Sobre la presencia del Derecho romano en España, *vide* el volumen *Cultura ibérica e Diritto romano*, Studi Sassaresi 8, Edizioni Scientifiche Italiane, a cura de Sandro Schipani, Napoli, 1986. Por otro lado, sobre ciertas conexiones generales entre el Derecho romano y el Código de Napoleón, puede consultarse el trabajo de Rodolfo SACCO, «Diritto romano e Code Napoleon», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 99-108. En tanto que sobre la influencia del Derecho romano en los países latinos de Europa, *vide* Jean GAUDEMET, «La reception du droit romain dans les pays latins», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, *op. cit.*, pp. 477-490.

<sup>9</sup> Alejandro GUZMÁN BRITO, «La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica», en *Index*, n.º 6, Napoli, 1982, pp. 74-82. José María CASTÁN VÁSQUEZ, «El Código Civil de Bello, factor de unidad», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 333-342; en el mismo volumen *vide* Carlo GHSALBERTI, «Il Codice Civile di Andrés Bello, codice latinoamericano», pp. 305-317. Jorge Adame GODART, «Vélez Sársfield y la América latina», en *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano*, 5,

Por consiguiente, si bien la codificación en Iberoamérica aparentemente cancelaba un Derecho que hasta entonces le era común, al mismo tiempo abría las puertas de una anhelada integración jurídica.

Bernardino Bravo Lira, uno de los más importantes historiadores del Derecho moderno, piensa que los códigos que han resistido mejor los embates del tiempo han sido aquellos que se nutrieron de la tradición hispana arcaizante. Como fundamento de su posición menciona al Código Civil chileno de Andrés Bello y al Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield, vigentes hasta hoy; mientras que para probar que los códigos «europeizados» duraron menos, cita al cuerpo legislativo de Oaxaca, en México, promulgado en 1827, con una existencia efímera de diez años, y al Código General de Costa Rica de 1841, derogado cincuenta años después<sup>10</sup>. Sin embargo, la vida de otros códigos afrancesados no ha sido tan breve. El Código Civil boliviano de Santa Cruz tuvo una vigencia de casi ciento cincuenta años, mientras que el de Santo Domingo rige hasta nuestros días. La larga vida de estos códigos desmiente el juicio de Bravo Lira, confirmando así que las reglas formales, creadas para realidades distintas, se emancipan en las manos de los intérpretes, adecuándose, en dosis diversas, no necesariamente consonantes, a la vida social que se quiere regular. Lo que sucede es que, aun cuando se produzca una *recepción total*, como la que efectuó Kemal en Turquía, quien además de importar el Código Civil suizo adoptó la jurisprudencia y la doctrina de ese país, un sistema normativo no puede pasar de una sociedad a otra sin sufrir mudanzas. Jueces, abogados y pleitistas se en-

---

CEDAM, Padova, 1991, pp. 583-585. En la misma publicación consúltese Jorge CARRANZA, «Dalmacio Vélez Sársfield y la América latina», pp. 596-610. Pierangelo CATALANO, Giovanni LOBRANO, y H. A. STEGER, *América latina y el Derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.

<sup>10</sup> BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica...», *op. cit.*; véanse las conclusiones, pp. 126-130.

cargarán de aclimatarlo a las nuevas condiciones. Por parecidas (recepción homogénea) o distintas (recepción heterogénea) que sean las sociedades en cuestión, el Derecho importado estará expuesto a inevitables transformaciones. Cada sociedad, en definitiva, imprimirá al ordenamiento jurídico un sello peculiar, una impronta.

El trabajo que presentamos ha sido dividido, al margen de la introducción y el epílogo, en cuatro partes. En la primera alcanzamos una aproximación al fenómeno histórico de la codificación y al clima cultural y político dentro del cual se generaron los códigos que precedieron a la codificación, puntualizando las diferencias que separan a este fenómeno moderno del Derecho que lo antecedió. En la segunda parte nos detenemos a examinar las raíces históricas del Código napoleónico, su filosofía interior, los rasgos centrales de su fisonomía y sus eventuales efectos en la sociedad francesa del ochocientos. La tercera parte, que es la más extensa, se ocupa básicamente de la circulación del *Code*, ya mediante la concesión forzosa, ya por medio de la recepción voluntaria en diversos países durante el siglo xix. El énfasis, como se advertirá, ha sido puesto en el proceso de circulación y difusión del modelo francés en América latina. En cuanto fue posible se ha insertado esta influencia dentro de la atmósfera cultural de la época, de manera que el lector no vea un puro acto legislativo en la generación de los nuevos códigos. En verdad, la recreación del clima cultural, por la misma naturaleza del trabajo, se ha planteado en términos muy generales, acudiendo sobre todo a la literatura secundaria. La cuarta parte incluye un breve estudio sobre la Escuela de la Exégesis y sobre su notable influencia —existente hasta hoy— en la reflexión teórica de los juristas latinoamericanos. Diversos elementos ideológicos y políticos explican esa inacabada repercusión.

El libro, aunque discute hipótesis, ha sido diseñado también como un manual de divulgación. Sus lectores potenciales, si bien en muchos aspectos, dada la dispersión de la literatura sobre el

tema, son los historiadores del Derecho, lo son fundamentalmente los aficionados a esta disciplina, los hombres y mujeres cultos. Junto al nudo de problemas e hipótesis, el lector hallará la descripción, en ideas e instituciones, de esa gran influencia francesa en la formación de los primeros códigos latinoamericanos. En ese sentido, los estudiantes de historia del Derecho son sus primeros destinatarios. Un análisis más exhaustivo ha sido sacrificado no sólo por exigencias editoriales, sino también por la misma naturaleza del trabajo. Las notas bibliográficas y la bibliografía constituyen, sin embargo, junto a las nuevas pistas e interrogantes abiertas a cada paso, los derroteros que habrán de seguir los expertos. Debe, asimismo, comprenderse que esta presentación global se basa en el estado de la cuestión en que se halla el estudio de los procesos de codificación inicial en América latina. Dichos procesos han asumido sustancialmente, por la misma naturaleza de los códigos, un carácter nacional. A los estudios de Víctor Tau sobre la codificación en la Argentina; de Roberto Batiza, en México; de Carlos José Gutiérrez, en Costa Rica; de Bernardino Bravo Lira y Alejandro Guzmán Brito, en Chile, para hablar de los estudios más divulgados, deben sumarse otros estudios que den cuenta, de manera cabal, de esa compleja experiencia cultural y política que es la codificación en cada uno de los Estados latinoamericanos.

El hecho de que hayamos elegido como eje de este trabajo la influencia napoleónica sobre la gestación de los códigos, no debe hacer perder de vista que en el siglo xx esa repercusión declinó. El influjo de la ciencia pandectística alemana y de sus productos legislativos: el BGB (1896-1900) y el ZGB suizo (1907-1911), detuvo y opacó la circulación del modelo francés, advirtiéndose su presencia en el Código Civil brasileño y en el Código Civil peruano de 1936. Otras experiencias legislativas, como la italiana en 1942, y la rica dogmática que a partir del Código italiano se produciría, habrían de tomar asiento y carta de ciudadanía en la construcción institucional y metodológica de los juristas latinoamericanos del novecientos. Estas influencias, sin embargo, preciso es anunciarlo,

no forman parte del presente estudio.

Siendo su ámbito de circulación —en América— el mayor durante el siglo XIX, sin embargo, el *Code* no fue lo único que circuló. No anima a este estudio una pretensión exclusivista; no es una obra de propaganda que enaltezca lo «francés» (con toda la variedad de sus fuentes germánicas y romanistas) y vitupere lo «no francés». En realidad, el legislador latinoamericano contaba ya con otros modelos normativos, como el Código Civil austriaco de 1811 y los numerosos códigos europeos que precedieron a la unidad nacional de países como Suiza, Alemania e Italia<sup>11</sup>. Lo que sucede, y en esto no caben dudas, es que se privilegió el arquetipo galo, y esto porque, detrás de esa imagen seductora de paradigma moderno que es el *Code*, ha pervivido otra influencia más antigua y persistente, la del Derecho romano, que cohesiona y unifica al Derecho de nuestros países y que, además, ha facilitado la penetración del Código Civil de los franceses. Este estudio no pretende tampoco reconstruir esa inocultable presencia.

Hemos juzgado conveniente incluir una extensa sección de anexos. Se trata de documentos de difícil acceso para el lector no erudito, pero imprescindibles para entender aspectos cruciales de la codificación. Se inicia esta sección con la presentación del proyecto de Código Civil peruano, uno de los primeros en el continente, de Manuel Lorenzo de Vidaurre, seguido por las consideraciones de los códigos del general Andrés de Santa Cruz para el Perú. Seguidamente presentamos el mensaje del Poder Ejecutivo

---

<sup>11</sup> El libro de Anthoine de SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, publicado en cuatro volúmenes en 1840, traducido poco después al español en 1842 y reeditado en 1847, que traía las concordancias entre el *Code*, el ALR prusiano de 1794, el ABGB austriaco de 1811, y los códigos de Baviera, las dos Sicilias, Luisiana, Cerdeña, cantón de Vaud, Nápoles y Holanda, fue divulgadísimo entre los juristas y legisladores de América latina.

chileno al Congreso de su país, donde a la vez que se presente la fina pluma de Andrés Bello, se tiene una idea más lograda sobre las fuentes que inspiraron ese notable código. Finalmente, desde el ámbito argentino ofrecemos la nota de presentación de Dalmacio Vélez Sársfield de su proyecto de Código Civil —el menos afrancesado de los códigos decimonónicos—, seguida de los comentarios críticos de Juan Bautista Alberdi a dicho proyecto, seguidos éstos —a su vez— de su respectiva réplica por Vélez.

No puedo dejar de reconocer mi gratitud a numerosas personas e instituciones, sin cuyo apoyo este esfuerzo posiblemente nunca se hubiera llevado a cabo. Hago público mi reconocimiento a la Unión Latina y a su representante en el Perú, Joëlle Hullebroeck, pues financió una buena parte de la investigación; al Instituto Peruano de Historia del Derecho y a su presidente, Fernando de Trazegnies Granda, quien no sólo alentó mi vocación sino que sugirió mi nombre para asumir este proyecto, respaldando su avance y publicación; a Sandro Schipani, quien, no obstante su visión crítica sobre la influencia del *Code* en América, me acogió como becario investigador en el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Roma II, precisamente para desarrollar este trabajo. Debo agradecer también al profesor Ennio Cortese, director del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad La Sapienza de Roma, y al personal de la espléndida biblioteca de dicho instituto; al doctor Rodinò del UNIDROIT con sede en Roma por su cortesía y ayuda; a Nils Jacobsen, Teodoro Hampe, Gina Acuña, Brunello de Rosa, Ricardo León, Héctor Naupari, Hernany Veitia y Guillermo Grosso, quienes desde distintos lugares, distrayendo sus ocupaciones y recursos, me enviaron material bibliográfico inhallable en Lima. No puedo olvidar tampoco la preciosa colaboración bibliográfica del profesor Paolo Grossi, director del Instituto de Historia del Derecho Moderno de la Universidad de Florencia; del profesor Michael Stoilles, director del Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, en Frankfurt am Main, y

de los colegas latinoamericanos Alejandro Guzmán Brito y Abelardo Levaggi. Mil gracias a Lorenzo Zolezzi y a Marcial Rubio, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y a Augusto Ferrero Costa y León Barandiarán Hart, de la Universidad de Lima, por abrirme las puertas de la docencia universitaria (y con ello mi fuente de ingresos, requisito previo para cualquier proyecto) y por los permisos y licencias que demandaba el desarrollo del trabajo. Mi gratitud se extiende a los historiadores del Derecho peruano, Jorge Basadre Ayulo, Armando Guevara, Renzo Honores, César Salas, Daniel Soria, Antonio Rodríguez y Armando Zapata, por su amistoso apoyo, que de una manera u otra hizo posible esta publicación. También a René Ortiz Caballero, quien desde la coordinación de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil de la Universidad Católica, propuso oficialmente la edición del libro. Tengo que agradecerles a ellos también su indeclinable amistad (tan difícil de lograr y conservar en un medio no exento de mezquindades). Muchas gracias a Belisa Salazar, de la Unión Latina, por la traducción al español del segundo proyecto de Cambacérès, de cuya impresión lamentablemente debimos prescindir; y a mis padres Augusto y Haydée, por su apoyo indismayable y por ese gran afecto sin el cual no podría hacerse nada estimable en este mundo.

Observo ahora que este trabajo bien puede ser, sin habérselo propuesto de antemano, un homenaje conmemorativo a la tradición latina francesa; un trabajo que aparece afortunadamente a medio camino de las celebraciones de la Revolución y la promulgación del *Code*, y, desafortunadamente, poco tiempo después de las estériles explosiones nucleares en el atolón de Mururoa.

Lima, noviembre de 1996.



**La codificación: un fenómeno moderno**



«Suprimí, de las leyes, lo excesivo y lo inútil.»

Justiniano a Dante en la *Divina Comedia* (Paraíso,  
VI, XII)



**E**STAMOS TAN HABITUADOS a los códigos, tanto como al papel moneda que portamos, que así como es preciso esmerarse para recordar el color o la iconografía de éste, no obstante que lo manipulamos a diario, debemos también llevar a cabo un notable esfuerzo de reflexión crítica para tomar conciencia de que el tipo de sistematización vigente de las normas, positivista, formalista y codicocéntrica, no es tan obvio como se suponía ni constituye (ni ha constituido) la única expresión posible de la experiencia jurídica. Nos hallamos tan acostumbrados a rígidos esquemas mentales, que sólo la reflexión histórica puede cuestionarlos. Merced a este tipo de reflexión podemos asumir cuánto tiene la codificación de provisional y por qué es el resultado histórico de una época y del modo de pensar que se ha instalado en ella.

La codificación consiste en una tentativa de poner orden en medio de la dispersión. Se pretende con ella sistematizar y organizar mejor el abundante material normativo existente. El mundo jurídico requiere ser sometido a la criba de la diosa Razón, siguiendo la misma suerte que la filosofía, las mentalidades y la vida cotidiana. Encierra una idea iusnaturalista e iluminista, según la cual el desorden y la fragmentación del Derecho tradicional debían ser reemplazados por una legislación sistemática, racional, clara y comprensible. El presupuesto en el que reposaba esta empresa era la

convicción –típicamente iluminista– conforme a la cual la actuación racional de los gobernantes o la voluntad general de la nación fuesen, por sí solas, capaces de crear una sociedad mejor. Subyacía la creencia de que existían principios y valores éticos absolutos, válidos para todos los tiempos y para todos los hombres, los mismos que debían ser cristalizados en normas positivas.

La codificación es, pues, uno de los productos más acabados y llamativos del iluminismo y de la cultura occidental moderna: su expresión formal genuina<sup>1</sup>. Se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval: ésta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjeturara que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval, o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Podría hablarse, en esos casos, de *códigos*, mas no de *codificación*<sup>2</sup>. Desde el momento en que las condiciones materiales e ideológicas eran diversas, lo contrario constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, un «imposible histórico»<sup>3</sup>. Solamente cuando el Derecho natural y el iluminismo se interiorizaron en la

---

<sup>1</sup> Gioele SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, Torino, 1959, pp. 56-57. J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967. Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago, 1977.

<sup>2</sup> Bartolomé CLAVERO, «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 18, Firenze, 1989, p. 84. Consideramos, sin embargo, que «códigos» no es una expresión feliz para aplicarla a los cuerpos positivos no modernos, siendo más pertinente la de «recopilación». Una precisión terminológica y conceptual ha sido sugerida por M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1967. Véase también A. GUZMÁN BRITO, «Codex», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, 1985, pp. 107-144.

Las expresiones «código», «codice», «code», hallan su origen etimológico en el término *Codex*, que significa «libro compacto cosido por el lomo». Luego habría de identificarse con la recopilación de normas.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 84.

conciencia de los grupos dirigentes, se pasó de los deseos de unos cuantos<sup>4</sup>, a las realizaciones; de la utopía de los iniciados, a las directivas de los monarcas; de las especulaciones de los estudiosos, a la arena pública y a la política.

El intento de racionalización del Derecho había sido emprendido por los autores de la Escuela del Derecho natural, quienes partiendo del postulado central de la libertad del hombre y confiando en un criterio *more geométrico* –convicción según la cual las leyes podrían regular matemáticamente la conducta humana en su totalidad–, procuraban deducir una serie de proposiciones jurídicas que juzgaban necesarias para el funcionamiento de una formación económica que poco a poco se iba entronizando: el capitalismo.

La idea de un cuerpo de códigos constituía una idea moderna y revolucionaria que resumía los esfuerzos seculares de príncipes, jurisconsultos y filósofos por reducir a una unidad material y formal la legislación. Para utilizar las palabras de Díez-Picazo, implicaba una «refundación» de las diversas ramas del Derecho<sup>5</sup>. Subyacía en ella un utópico deseo, resultado de la tesis de la soberanía nacional y de la voluntad general democrática de los pueblos, y una fe ciega depositada en la Razón, elevada a la condición de fuente central del Derecho, con la cual se pretende «proyectar y coordinar todos los sectores de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas, que se deriva y justifica lógica-

---

<sup>4</sup> Un intento prematuro de codificación es el proyecto *Corpus Iuris reconcinnatum*, del joven Leibniz, compuesto en 1672 por encargo de von Boynebur, canciller de Maguncia. Vide VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962, pp. 89 ss.

<sup>5</sup> Luis Díez-PICAZO sugiere un paralelo gráfico y elocuente con el nuevo calendario de los revolucionarios franceses, pero sobre todo con la reforma de las escalas de pesos y medidas que trataba de «suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social». Vide «Codificación, descodificación y recodificación», en *Themis. Revista de Derecho*, n.º 25, Lima, 1993, p. 12.

mente»<sup>6</sup>. A diferencia del *ius commune*, abierto, copioso e intrincado (a los ojos del racionalismo sistematizador), un ordenamiento jurídico, funcional y cerrado resultaba más compatible con la aspiración de sujetar a cálculo la nueva dinámica social.

La codificación no era una simple yuxtaposición de normas recopiladas, en la que prevalece un criterio fundamentalmente cronológico y que no distingue las diferentes áreas o disciplinas del Derecho, donde las normas administrativas conviven sin apuros con las reglas del Derecho privado. Traía, más bien, a decir de Jorge Basadre, «una concepción sistemática y completa, presentando la unidad esencial de una rama del Derecho»<sup>7</sup>. Por otro lado, se hallaba asentada sobre los principios armónicos y coherentes de la Ilustración. No debe escapar al análisis que los códigos modernos, especialmente el Código Civil francés, contenían ideales de carácter político, económico y social. Este código se presentaba también como un vehículo de «transmisión y vulgarización de una ideología y de directivas políticas»<sup>8</sup> de tipo liberal-burgués. Empero, no se limitaba a cumplir un papel puramente notarial: dar cuenta de la realidad y de las costumbres, o a desarrollar bajo el signo de la continuidad el Derecho preexistente (como sí lo habían hecho, por ejemplo, las *Ordonnances* francesas, la *Reformationen* alemana o la *Novísima Recopilación* española de 1805, típicas fijaciones escritas del Derecho existente). Buscaba, ante todo, modificar el orden social y económico, remover los obstáculos que el proyecto ilustrado o liberal encontraba a su paso. No cabe duda de que se le asignaba una función instrumental al servicio de intereses muy concretos<sup>9</sup>. Perseguía entonces renovar los esquemas de vida y los

---

<sup>6</sup> Erich MOLITOR, y Hans SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 61.

<sup>7</sup> Jorge BASADRE GROHMANN, *Los fundamentos de la historia del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., EDIGRAF, Lima, sin año, p. 362.

<sup>8</sup> Vide Luis Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>9</sup> Sobre este doble papel del Derecho véase el trabajo de William M. EVAN,

ideales sociales imperantes, mediante el reordenamiento integral de todo el sistema normativo. Los códigos fueron pensados como medios de transformación revolucionaria. Si ésa fue la finalidad intrínseca de la codificación, puede decirse que el *Code* napoleónico cumplió su cometido con creces. Sus repercusiones tocaron desde lo epidérmico hasta los pliegues más hondos de la realidad. En efecto, tal como lo ha señalado agudamente Francesco Galgano, el *Code* pudo más que la guillotina. Con unos cuantos artículos fracturó la propiedad nobiliaria, destruyendo para siempre las bases materiales del poder aristocrático y abrió a la burguesía el acceso a la propiedad de la tierra. «La Revolución francesa, la verdadera revolución –dice Galgano– no fue obra de Robespierre, sino de Pothier. Fue el producto de la fuerza poderosa del Derecho.»<sup>10</sup>

Por otra parte, la codificación se presentaba en medio de un escenario económico, social, político e ideológico muy distinto al de la época medieval. El crecimiento industrial y mercantil generó formas nuevas en la vida económica y permitió la constitución de un mercado mundial. Los propietarios de bienes muebles (banqueros, comerciantes e industriales) se tornaron arquetipos de influencia social predominante, compitiendo primero y desplazando después a terratenientes y clérigos<sup>11</sup>, al punto de que la burguesía, que había librado durante siete siglos una lucha sin cuartel contra el poder y las estructuras feudales, participaba ya directamente del dominio del Estado. En el período que va de la Reforma protestan-

---

«El Derecho como instrumento de cambio social», *Applied Sociology; Opportunities and Problems*, en *Materiales de enseñanza de Introducción a la Sociología del Derecho*, LORENZO ZOLEZZI, PUCP, Lima, 1987, pp. 338-347.

<sup>10</sup> FRANCESCO GALGANO, *Il rovescio del Diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1991, p. 11. Sobre estas ideas consúltese la traducción parcial al español en nuestros *Materiales de Historia del Derecho Peruano* de la Universidad de Lima y en la revista *Derecho y Sociedad*, Lima, 1994, n.ºs 8-9.

<sup>11</sup> Una visión sintética de todos estos cambios puede encontrarse en el notable y ya clásico trabajo de Harold LASKY, *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

te a la Revolución francesa, el ascenso de la burguesía como clase dirigente terminó por afirmarse. En este proceso, como lo han demostrado Tigar y Levy, el Derecho no estuvo ausente<sup>12</sup>; antes bien, jugó un rol protagónico.

Desde la Baja Edad Media, la burguesía —que aspiraba al dominio del poder estatal— formulaba sus ataques contra el feudalismo, empleando para ello reglas y principios jurídicos. El propio origen de las universidades —en las que inevitablemente se enseñaba Derecho— en la zona meridional de la península itálica, donde al alimón se venía operando una expansión comercial y financiera hasta entonces inédita en Europa, va unido a eventos políticos como el fortalecimiento de la autoridad papal, pero también a consideraciones económicas y sociales ligadas al desarrollo de la burguesía<sup>13</sup>. Por lo tanto, resultaba natural que apenas esta clase social (hasta entonces insurgente) tomó el poder, se premuniese de un sistema legal que había ido diseñando paulatinamente en sus prácticas mercantiles y que le asegurara previsibilidad para sus negocios —certeza jurídica—, requisito irrenunciable para el desarrollo del tráfico comercial. No podía conformarse con un Derecho incierto, anegado de fuentes formales diversas.

---

<sup>12</sup> Michael E. TIGAR, y Madelaine R. LEVY, *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, 2.<sup>a</sup> ed., Siglo XXI, México, 1981. Tigar y Levy rechazan la posición asumida por historiadores como Tawney y sociólogos como Max Weber, que consideran a la Reforma protestante como el clima moral del Derecho burgués. Sostienen, más bien, que la teoría legal de la burguesía fue anterior a aquélla y que constituyó un ingrediente ideológico fundamental de la revolución burguesa.

<sup>13</sup> Harold J. BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1983. Pueden consultarse también los trabajos de FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1954; VINCENZO PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medioevale*, Liguori, Napoli, 1985; del mismo autor, *Gli inizi del Diritto moderno in Europa*, Liguori, Napoli, 1984, y de Peter STEIN, *I fondamenti del Diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 1987.

Asimismo, la sociedad estamental, organizada por esferas jerarquizadas, en la que la movilidad social era prácticamente imposible y la geográfica estaba hartamente limitada, cedía, no sin dificultades y tropiezos, el paso a «sociedades abiertas» —la expresión fue difundida por Popper<sup>14</sup>—. Los presupuestos prácticos y culturales de la codificación contemporánea, emergen. El cimiento jurídico del flamante orden político, según la frase feliz de Maine, ya no era el *status*; era el contrato<sup>15</sup>. El Código Civil consagraría luego esa orientación.

Otro elemento importante de la atmósfera del proceso codificador descansa en el tránsito que se produce de la férrea unidad a la diversidad religiosa. La Reforma protestante resquebrajó el poder y la influencia de la Iglesia católica e introdujo una idea disolvente: la intermediación entre el creyente y las Sagradas Escrituras. Las repercusiones de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, a pesar, incluso, de las advertencias de sus precursores<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Karl R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Orbis S. A., Buenos Aires, 1985. Aunque el libro es una suerte de manifiesto ideológico, trae una serie de reflexiones históricas que nos parecen muy valiosas.

<sup>15</sup> Esta idea fue acuñada por un antropólogo del siglo XIX, Henry MAINE, en su trabajo clásico *El Derecho antiguo*, Editorial Extemporáneos, México, 1980.

<sup>16</sup> Lutero era un detractor de la teoría heliocéntrica de Copérnico. En tono de reproche, diría:

«Ha aparecido un nuevo astrónomo que se jacta de poder probar que la Tierra se mueve y no el Sol, la Luna y las estrellas; este loco quiere cambiar por completo la astronomía sin tener en cuenta lo que la Escritura dice sobre la cuestión cuando narra que Josué ordenó al Sol detenerse y no a la Tierra.»

Calvino era también un severo crítico de esa teoría, convencido de que la Biblia había dicho la última palabra sobre la cuestión. En su comentario al Génesis cita el primer verso del Salmo 93 y pregunta: «¿Hemos de poner la autoridad de Copérnico sobre la del Espíritu Santo?»

Las citas han sido tomadas del magnífico trabajo de Enrique TIerno GALVÁN, *Tradición y modernismo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962, p. 59.

Lentamente, la ciencia reemplaza a la fe religiosa. Así, los hallazgos de Copérnico, Kepler y Newton, los descubrimientos geográficos, la cosmología moderna, el rápido avance de la matemática y de las invenciones técnicas, contribuyeron a la formación de las ideas directrices que precedieron a la codificación. La plena confianza, ciertamente exagerada, de sus posibilidades reguladoras de la vida social, se deriva justamente de la creencia de pensarse a sí misma como la plasmación jurídica de estas transformaciones.

El horizonte de los nuevos tiempos no se agota en los aspectos descritos. La idea de progreso y perfectibilidad del hombre se instala definitivamente en el pensamiento filosófico y hasta en la cosmovisión del hombre corriente. En lugar de las concepciones corporativistas, tan caras para la Edad Media, se impone la iniciativa individual y el espíritu capitalista. Como ha anotado Harold Lasky, «en la moral la victoria es para el utilitarismo; en religión para la tolerancia; para el gobierno constitucional en la política; en el campo económico, el Estado se convierte en asistente del comercio»<sup>17</sup>. A estas variables debe agregarse otra: la codificación en el Derecho.

En el campo político, amén del protagonismo de la clase burguesa, quedó definida la construcción de los Estados nacionales modernos, desarrollándose simultáneamente el concepto de soberanía nacional. De ese modo, el Estado se convirtió en árbitro y gendarme de los destinos individuales. La idea del Estado moderno como un sujeto político unitario, era la consecuencia lógica de la codificación<sup>18</sup>. Las Constituciones y los códigos procuraban contribuir, y de hecho ayudaban a la edificación —tal cosa aconteció

---

<sup>17</sup> LASKY, *op. cit.*, p. 76.

<sup>18</sup> La relación entre el Estado moderno y la codificación ha sido expuesta por Domenico CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 1971; y por Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

con los códigos de los diversos Estados germánicos y con el Código Civil del reino de Italia de 1865— o a la consolidación —como en la Francia revolucionaria, donde la unidad política preexistía a la entrada en vigor del *Code*— del Estado-nación.

La promulgación de los códigos trajo consigo entonces el desplazamiento del *ius comune* —ese viejo Derecho derivado de los Derechos romano y canónico y aplicable en toda Europa continental—, que iba siendo desterrado por un Derecho codificado cuyo ámbito de competencia, si bien más pequeño desde el punto de vista territorial, era más vigoroso y eficiente. A la vez que se delineaba, con una clara voluntad política, un Derecho «nacional» —la codificación jugó en este aspecto un importante papel<sup>19</sup>—, ya que la codificación misma representaba una afirmación del llamado Derecho patrio, como contrapartida se asistiría a un penoso desenlace: al fenecimiento de la cultura jurídica supranacional y a la liquidación de la «república sin confines de los doctos»<sup>20</sup>. Como ha señalado Mario Cattaneo, la codificación se convirtió, tanto en el plano jurídico como en el político, en el puente de paso entre el cosmopolitismo y el nacionalismo<sup>21</sup>.

Incluso, el medio de comunicación por excelencia del *ius comune*, el latín, deja de ser rápidamente la lengua universal de

---

<sup>19</sup> Vide PAOLO UNGARI, «Per la storia dell'idea di Codice», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 1, Firenze, 1972, pp. 207-227.

<sup>20</sup> GERO DOLEZALEK ha empleado esta afortunada expresión para referirse a los juristas peruanos de la Colonia, que miraban fuera del Perú e incluso más allá del mundo hispánico. Ese elemento universalista era la nota dominante del *Ius Comune*. Véase de dicho autor «Libros jurídicos anteriores a 1800 en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaresi 5, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 491-518.

<sup>21</sup> Mario CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, p. 168.

los hombres instruidos. Hasta entonces los juristas europeos e iberoamericanos, a despecho de su origen —origen, dicho sea de paso, definido en términos muy precarios— eran leídos en lengua latina, no sólo por los profesores, sino también por los alumnos de las universidades y colegios superiores. Jurisconsultos como Andreas Alciatus (1492-1550), «italiano»; Jacques Cujacius (1522-1590), «francés»; Gregorio López de Tovar, «español»; Juan de Hevia Bolaños (Oviedo ¿? - Lima ¿1623?), «español americano»; Arnoldo Vinnius (1588-1657), «holandés»; Joham Gottlieb Heineccius (1681-1741), «alemán», entre otros, eran ampliamente conocidos. Sus obras eran auténticos manuales de estudio y no cabían dudas sobre su operatividad y vigencia<sup>22</sup>. Con la construcción de los Estados nacionales, así como con el paulatino debilitamiento del *ius commune* y la expansión del proceso codificador, las leyes y doctrinas empezaron a ser redactadas en lenguas nacionales, que día a día cobraban más fuerza. El Derecho y el lenguaje se convirtieron, pues, en instrumentos de afirmación nacional.

Debe advertirse, sin embargo, que la codificación no fue sólo una ruptura con el pasado. Fue también, aunque parezca paradójico, una continuidad. En efecto: el Derecho romano, condensado en el *Corpus Iuris Civilis*, el Derecho canónico y todo el *ius commune* con algo más de siete siglos de existencia, proporcionó los materiales indispensables para llevar a cabo la codificación. Se equivocan entonces quienes ven en ella un producto absoluto de la modernidad, desvinculado totalmente de una vieja tradición legal. Se trataba, por el contrario, de un esfuerzo de adaptación del sistema jurídico romanista —en cuyo seno se gestó— a las más variadas exigencias de los nuevos tiempos. Glosadores y posglosadores abandonaban poco a poco el exclusivo estudio de la legislación justiniana, dirigiendo su atención al Derecho canónico. Desde en-

---

<sup>22</sup> Sobre este punto léanse las inteligentes páginas de VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

tonces tuvo inicio, como ha anotado Bruno Paradisi, «un nuevo capítulo de la historia jurídica, destinado a cambiar radicalmente la relación de la ciencia del Derecho con el Derecho del pasado y a renovar los métodos»<sup>23</sup>. No podría explicarse, consecuentemente, todo el proceso codificador si prescindieramos del Derecho romano, del *ius comune*, del Derecho canónico y de las costumbres locales que cada uno de los códigos recogió. Obviamente, el peso de toda esa tradición jurídica no hace de la codificación una mera fijación del Derecho anterior en un nuevo texto, más completo y sistemático<sup>24</sup>. Aparecieron, sin duda, una serie de elementos nuevos, aportados por la filosofía moderna y el Derecho comparado. Filósofos y juristas revisaron y adaptaron el Derecho romano y las otras fuentes al racionalismo y al individualismo de la época. En fin, todas estas vertientes confluyeron en los códigos modernos de los siglos XVIII y XIX. Modernidad y tradición se entrelazaban.

Es interesante observar que la obra codificadora en los países europeos fue sobre todo resultado del trabajo de juristas muy cercanos al poder político, o políticos ellos mismos. Los códigos no fueron elaborados por jurisconsultos que realizasen su trabajo en el ámbito universitario o judicial<sup>25</sup>. Se trataba, más bien, de funcionarios de gobierno o parlamentarios premunidos de la confianza y el respaldo de un soberano ilustrado. Piénsese, por ejemplo, en Kreittmayr, en Baviera; Carmer y Zedlitz, en Prusia; Portalis, en Francia. La magistratura y los profesores prácticamente estuvieron

---

<sup>23</sup> BRUNO PARADISI, «Questioni fondamentali per una moderna storia del Diritto», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 1, Firenze, 1972, p. 8.

<sup>24</sup> BERNARDINO BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, coordinador Abelardo Levaggi, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, p. 84.

<sup>25</sup> FRANZ WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano, 1980, t. I, p. 496.

ausentes del proceso codificador, o, en todo caso, su importancia fue significativamente menor a la que tuvieron en el pasado. Antes bien, puede decirse que la codificación fue un arma eficaz contra ellos. Atacaba, por una parte, la discrecionalidad de la aristocracia judicial, y por otra, la autoridad de los profesores universitarios, que, a partir de la fundación de Bolonia, dominaban el escenario jurídico europeo. Durante la larga vigencia del *ius comune*, los profesores estuvieron al centro de la producción jurídica; ese protagonismo, con la codificación, habrá de pasar al legislador. La codificación es, por ello, un arma contra la aristocracia profesoral y judiciaria, y también una herramienta de desplazamiento social en el control del Derecho.

El proceso codificador ha sido dividido por Wieacker –en una clasificación muy divulgada– en tres grandes fases: génesis, apogeo y «declive»<sup>26</sup>.

La primera fase, que es de la que nos ocuparemos centralmen-

---

<sup>26</sup> Seguimos en este punto el criterio de Franz WIEACKER, *ibid.* Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el uso de la expresión «declinación», usada para describir la tercera fase, es sumamente discutido, más aún cuando en nuestro tiempo se presentan ciertos hechos que desmienten esa supuesta decadencia, a saber: 1. La puesta a la orden del día de los viejos ideales liberales que, precisamente, acompañaron a la codificación europea y latinoamericana del siglo XIX. 2. Los países que abandonaron el «socialismo real» y aquellos que instalan «economías socialistas de mercado» retoman y modifican sus códigos. 3. El acelerado tránsito del *Common Law* hacia la codificación. Por todo ello quizá se pueda hablar de una cuarta etapa: la del rejuvenecimiento de la codificación (Alejandro GUZMÁN BRITO, «Codificación, descodificación y recodificación del Derecho civil chileno», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XC, n.º 2, 1993, pp. 39-62). A contrapelo de esa buena salud de los códigos, se asiste también al impacto tecnológico, especialmente el que proviene de la informática. ¿El hipertexto –que supone la extinción de fronteras entre legislación y códigos– pondrá fin esta vez para siempre a la codificación? (vide Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, ARA, Lima, 1996). Por lo demás, el ímpetu de la le-

te, comenzaría en Europa central con la dación de los códigos de Baviera. Estos cuerpos legislativos, auspiciados por el príncipe Maximiliano José III, son: el *Codex Iuris Bavaricus Criminalis*, de 1751, que insistía en castigar la magia, consentía la tortura y consignaba penas atroces<sup>27</sup>; el *Codex Iuris Bavaricus Judiciari*, de 1753 y el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, redactado por el vicescanciller bávaro Wigulaeus Xaverius Aloysius, barón de Kreittmayr (1705-1790), dictado en 1756. Se trata, este último, de un código que en sustancia recoge la versión regional del *usus modernus pandectorum*, aclarando algunas cuestiones sujetas a controversia. Refleja ya la confianza iluminista en la «razón» de los legisladores de la época, a la que se recurre frecuentemente, y usa un alemán (la utilización de esta lengua no es banal, por la afirmación nacional que entraña) claro y preciso<sup>28</sup>.

Todos estos códigos, que abren el proceso codificador, no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del humanismo del setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa, como luego acontecería en Francia. El individuo no se encuentra al centro mismo del diseño normativo. Se observa en ellos, más bien, el paternalismo benévolo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder político absolutista y a asegurar la dominación de los súbditos, el mismo que podríamos llamar, siguiendo a Corradini, «estadualista»<sup>29</sup>.

Posteriormente —siempre en el mismo período— se promulga en 1794, el Código prusiano (*Allgemeines Landrecht*, ALR), que perma-

---

gislación especial no ha cesado de fraccionar la arquitectura de los códigos (Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè editore, 1979).

<sup>27</sup> WIEACKER, *ibid.*, p. 499.

<sup>28</sup> KONRAD ZWEIGERT, y HEIN KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 170.

<sup>29</sup> DOMENICO CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, *op. cit.*, pp. IX-X, p. 13.

nerará en vigor en el Estado de Prusia hasta la entrada en vigencia del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), el 1.º de enero de 1900. Aunque los trabajos preparatorios del ALR se remontan a comienzos del siglo XVII, en el reinado de Federico Guillermo I, recién con Federico II, el Grande, prototipo del príncipe ilustrado, lector atento de los filósofos del iluminismo francés, amigo de Voltaire y pertinaz impulsor de la unidad territorial de Brandenburgo, se dieron pasos concretos hacia la consecución del proyecto. En el largo proceso de gestación de la obra, Federico encontró en juristas como Juan Casimiro von Carmer (1720-1801), Carl Gottlieb Svarez (1746-1796) y Ernest Ferdinand Klein (1744-1810), a los hombres capaces de impregnar su inmensa obra legislativa (contiene casi diecisiete mil numerales) del espíritu racionalista y de los ideales políticos que ambicionaba.

El *Landrecht* (ordenamiento territorial) reflejaba la influencia —merced al rol intermediario de Christian Wolff (1679-1754)— del pensamiento de Pufendorf, retomando el concepto de la doble naturaleza del hombre: como individuo y como miembro de una comunidad. De allí que dedique la primera parte a sus derechos patrimoniales y la segunda a la posición jurídica del individuo frente a la familia, la comunidad y el Estado. Carece el ALR del espíritu igualitario que detenta el *Code*. Es por ello que, reconociendo la estructura estamental existente, regula la servidumbre y divide a la población en tres clases: nobleza, burguesía y plebe (art. 6)<sup>30</sup>. Con un lenguaje directo y paternal, recuerda a cada uno el puesto que ocupa en la sociedad. Es una idea extraña al *Landrecht* la libertad plena del ciudadano. Al contrario, se evidencia la pretensión estatal de inmiscuirse en los asuntos privados, controlando al súbdito a cada paso<sup>31</sup>; el totalitarismo se encuentra por doquier. Por otro

---

<sup>30</sup> Vide Anthoine de SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2.ª ed., t. I, Cotillon, Libraire du Conseil D'Etat, Paris, 1856.

<sup>31</sup> *Ibid.* Véanse los artículos del 6 al 21.

lado, como lúcidamente lo han expresado Zweigert y Kötz, «no se trata de un código que quiere modificar la sociedad, sino más bien describirla fielmente de modo cumplido»<sup>32</sup>. De allí justamente deriva su carácter conservador. Pudo haber sido una obra más avanzada, como se lo proponían sus autores, pero debido a los cuestionamientos reaccionarios debieron morigerar ciertos «excesos» nada gratos a la aristocracia. En ese sentido el iusnaturalismo relativo, con dosis de «historicismo», cultivado por Montesquieu y difundido por Thomasius en la Europa central, cumplía un gran servicio.

Una de las mayores limitaciones del ALR descansaba en su infinita casuística, convencido de que ningún hecho con efectos jurídicos quedaría fuera de su alcance. Aspiraba a agotar toda situación, abordando materias que serían consideradas, sin duda, inadecuadas para ser reguladas por el Derecho, tales como los deberes puntuales del marido y de la mujer en sus relaciones comerciales (II. 1. 178-80)<sup>33</sup>.

Las dimensiones del ALR llegaron a un punto tal, que se atribuye a Federico, tras haber visto los diecisiete mil artículos, la frase: «¡Pero es demasiado grande! Las leyes deben ser breves, no prolijas»<sup>34</sup>, cuando, sorprendido, recibió el inmenso proyecto. El monar-

---

<sup>32</sup> Kötz, *op. cit.*, p. 172.

<sup>33</sup> Adviértase el marcado casuismo del *Landrecht*. Peter STEIN cita, por ejemplo, la solución jurídica para determinar el sexo de los hermafroditas, cuando existieran dudas, señalando incluso la fuente (I. 1. 19-23). Según este autor (*I fondamenti del Diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 123-124), de conformidad con el *Landrecht* correspondería en primer lugar a los genitores suministrar una calificación sobre la masculinidad o feminidad del hijo; pero al alcanzar la mayoría de edad el individuo puede tomar una decisión personal sobre su propio sexo, mientras que con ello no perjudique los derechos de un tercero, autorizado en este caso a exigir un examen por parte de un médico especialista.

<sup>34</sup> WIEACKER, *op. cit.*, p. 504. No era la primera vez que Federico II expresaba aversión por las leyes ingentes y confusas. La exaltación de un cuerpo positivo perfecto, racional y funcional se halla en la base de su «Dissertation sur les

ca prusiano expresaba así, lúcidamente, uno de los ideales del iluminismo: las leyes deben ser pocas y simples. La vasta proporción fue el precio que tuvo que pagar como pionero de la codificación.

En el *Landrecht* prusiano la fe en el iluminismo del legislador es tanta, que prohíbe al juez interpretar las normas, obligándolo a recurrir, en caso de duda, a la comisión legislativa o al ministro de Justicia. Para confirmar esta postura, se anuncia en la Introducción que los jueces «no tendrán en cuenta las opiniones de los profesores ni las decisiones precedentes emitidas por los jueces» (Introducción, 46-50). Como señalaba Gioele Solari, «Federico II, embebido de la doctrina del Derecho natural, deliraba con la idea de un código simple, popular, completo, en virtud al cual el juez no debería hacer otra cosa que aplicarlo»<sup>35</sup>. El sueño de Federico, a pesar suyo, no se cumplió: su código era todavía oscuro, tanto que Bernardi, con exquisito humor negro, llegó a decir que parecía «el álgebra de la jurisprudencia»<sup>36</sup>.

Finalmente, mientras que a Thibaut este código le inspiró el deseo de unificar el Derecho de toda la nación alemana, para un enérgico crítico del iluminismo, como Savigny, no significaba más que, en un *impromptus* exagerado y descortés del notable jurista alemán, acérrimo adversario de la codificación, «un montón de basura»<sup>37</sup>.

En la primera fase también se incluye el Código Civil austriaco

---

raison d'établir ou d'abroger les lois», en *Ouvres de Frédéric II, roi de Prusse*, vol. II, 1790, pp. 89 ss.

<sup>35</sup> SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, op. cit., p. 83.

<sup>36</sup> J. E. D. BERNARDI, citado por André ARNAUD, *Les origines doctrinales del Code civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, introduction, p. 3.k.

<sup>37</sup> Carta de Savigny dirigida en 1816 a von Arnim, citada por WIEACKER, op. cit., pp. 511-512.

de 1797 (*Westgalizisches Gesetzbuch* –WGB–). También este código halla sus raíces ideológicas, de manera más resuelta, en el iluminismo, concebido como el intento de crear una vasta obra legislativa dirigida por la autoridad estatal y que fuese ordenada, racional y clara<sup>38</sup>. Los trabajos preparatorios de este código se iniciaron hacia la mitad del siglo XVIII, bajo el impulso del despotismo ilustrado de la emperatriz María Teresa<sup>39</sup>, quien impartió directivas precisas para la redacción del Código:

«[...] la comisión en la redacción del Codex debe limitarse al *derecho privado*, manteniendo en vigor el *derecho tradicional*, que deberá ser en la medida de lo posible conservado; se debe alcanzar un *acuerdo* entre los diversos derechos provinciales existentes, en cuanto las condiciones lo permitan, teniendo en cuenta al Derecho común y a sus mejores *intérpretes*, así como a las *leyes de los otros Estados*, y, cuando hubiese necesidad de corrección o de integración, se recurrirá al *derecho común de la razón*.»<sup>40</sup>.

Este código, a diferencia del *Landrecht* prusiano, se ocuparía solamente del Derecho civil. El año de 1766, la comisión designada presentó al Consejo de Estado austriaco un proyecto denominado *Codex Theresianus*. Las críticas no se hicieron esperar. Se cuestionó su carácter excesivamente doctrinal, su gran extensión y la preponderancia del Derecho romano. La emperatriz María Luisa pidió entonces una reelaboración, puesto que «por doquier la equidad natural, antes que el Derecho romano, debe constituir la base

<sup>38</sup> CATTANEO, *Iluminismo e legislazione*, op. cit.

<sup>39</sup> Una historia documental de los años iniciales en P. H. VON HARRASOWISKY, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes*, Viena, 1868.

<sup>40</sup> ZWEIFERT y KÖTZ, op. cit., p. 195, citando la obra de VON ZEILER, *Commentar über das allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 1811-1813, I, p. 7.

de la ley»<sup>41</sup>. Muchos años después, en 1787, el emperador José II promulgó la parte referida a las personas. Su sucesor, Leopoldo II, en 1790 nominó una nueva comisión, bajo la presidencia de Karl Anton von Martini (1726-1800), que en el año de 1796 alcanzó al Consejo de Estado el *Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* o wGB. Este proyecto fue, a su vez, revisado por un discípulo de Martini, Franz von Zeiller (1753-1828), quien tuvo la virtud de compulsar la filosofía racionalista kantiana con la realidad empírica existente en Austria. Consideraba este jurista, que junto a Martini debe ser considerado el autor del Código austriaco, que:

«Las leyes se basan sobre los principios generales e inmodificables de la razón y de la justicia [...]. Por ello, los códigos de las naciones civilizadas se asemejan en gran parte de sus disposiciones y, por lo tanto, los Estados europeos aplicaron el Derecho romano como una fuente primaria de Derecho, a fin de dirimir las controversias jurídicas. Al mismo tiempo, cada Estado tiene necesidad de leyes nacionales, que se adapten a sus condiciones particulares [...]. El clima, los recursos, el comercio, el transporte, el carácter honesto o deshonesto de los habitantes, tienen una influencia innegable sobre las formas jurídicas [...].»<sup>42</sup>.

Finalmente, el 1.º de junio de 1811, tras una serie de vicisitudes, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande*, que en la traducción española equivaldría a «Código Civil general para los territorios hereditarios de lengua alemana», más conocido como el ABGB austriaco, fue promulgado<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Philipp Ritter Harras von HARRASOWISKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* I, Viena, 1883, p. 11. (En el Fondo de la Biblioteca del Instituto de Historia del Derecho Italiano de la Universidad de Roma La Sapienza.)

<sup>42</sup> ZWEIFERT y KÖTZ, *op. cit.*, p. 197.

<sup>43</sup> Puede hallarse una rica información en H. E. STRAKOSH, *State Absolutism*

Este código terminó siendo un armisticio entre el racionalismo iusnaturalista y la tradición jurídica del Derecho romano, del *ius comune* y de los derechos locales; un compromiso entre los ideales ideológicos de la Ilustración, que no se resignaba a morir, y el sentido práctico del naciente historicismo.

El ABGB se basaba en los principios del iluminismo: la igualdad entre los ciudadanos, la autonomía de las relaciones de Derecho privado del control estatal, y la libre competencia económica. Por esta razón, en una sociedad jerarquizada, cuyo aparato productivo y cuya mentalidad eran definitivamente precapitalistas, su promulgación se encontró en contraste estridente con las estructuras socioeconómicas prevalecientes en Austria durante esa época, en la que predominaban formas de explotación servil<sup>44</sup>. Puede decirse que el ABGB no tradujo la realidad social que caracterizaba el Estado absolutista austriaco. Vino a ser entonces una suerte de anacronismo. Sin embargo, con la oleada revolucionaria, hacia 1848, se empezaron a percibir ciertos cambios, algunos de los cuales posiblemente fueron impulsados a la luz del nuevo Derecho positivo, como la abolición de la servidumbre. Pero sólo a fines del siglo XIX, con la modernización capitalista del país, el ABGB, con sus ideales de libertad y su individualismo, se puso finalmente en sintonía con la realidad económica y social austriaca<sup>45</sup>.

La circulación del ABGB no estuvo limitada a los dominios hereditarios de la Casa de Hamburgo. Fue adoptado, paulatinamente,

---

*and the Rule of Law. The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sidney, 1967.

<sup>44</sup> En general, en toda Europa, entendida muchas veces como la depositaria y protagonista de la modernidad, una serie de elementos propios del tradicionalismo persistieron en su estructura económica, en la cultura política y en la mentalidad popular, como lo demuestra el apasionante libro de Arno J. MAYER, *La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

<sup>45</sup> ZWEIFERT y KÖTZ, *op. cit.*, p. 198.

por Liechtenstein, Croacia, Eslovenia, Dalmacia, Transilvania y Hungría<sup>46</sup>.

Al igual que el *Landrecht* prusiano, que el Código de Napoleón y que el BGB alemán, aprobado casi un siglo después, el ABGB se ajustó a las pautas sistemáticas de las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano, conforme a la ya clásica división tripartita: *personae, res et actiones*, que los códigos modernos adoptaron con algunas variaciones. Dicho código destina el libro I a las personas; el II, a los derechos reales: posesión, propiedad, privilegios, servidumbres, sucesiones, y, por último, el libro III, bajo el título de «Disposiciones comunes al derecho de las personas y de las cosas», a las obligaciones (constitución, modificación, extinción, prescripción y usucapión).

Una de las ventajas comparativas del ABGB frente al *Landrecht* es su brevedad. Trae sólo 1 502 artículos, que, adicionalmente, han sido formulados de manera concisa y armoniosa, a semejanza del Código Civil napoleónico que lo precedió en siete años y en el cual pudieron los legisladores austriacos inspirarse.

La raigambre iusnaturalista del Código austriaco se deja notar sobre todo al regular las fuentes formales del Derecho, de las que se excluye a la costumbre (art. 10 de las Disposiciones generales). Un aspecto muy interesante de esta influencia es el concerniente a la interpretación de la norma jurídica. Dicho cuerpo legal prevé que si se presentara una laguna legal el juez debe recurrir a la analogía; si la laguna persistiese debe apelar a los «principios de Derecho natural, aplicables a las circunstancias de hecho, cuidadosamente seleccionadas y ponderadas» (art. 7 de las Disposiciones generales). En este punto el Código austriaco se hallaba a la vanguardia del *Landrecht* prusiano y del Código Civil francés, que no dejaban prácticamente ningún margen de libertad al juez para colmar las lagunas que se presentaran en su tarea de administrar justi-

---

<sup>46</sup> WIEACKER, *op. cit.*, p. 515.

cia. Empero, en la práctica tal disposición no tuvo un rol importante, pues durante los primeros decenios de la entrada en vigor del código aludido, incluso las cuestiones más banales eran elevadas a la administración imperial para su interpretación, a despecho de la libertad que consagraba el texto positivo<sup>47</sup>. Lamentablemente, las cortes no hacían uso de tan valioso medio interpretativo. Por otra parte, esta norma halló muchos adeptos en América latina: los códigos de Perú (1852), Uruguay (1868) y Argentina (1869) incorporaron dispositivos semejantes que permitían al juez recurrir a los principios generales del Derecho. El Código Civil sardo o albertino (art. 15) cumplió un papel de intermediario, especialmente en lo que atañe al Código peruano, que en América fue el primero en adoptar tal solución.

En cuanto a su ideología, el ABGB lleva la impronta del iluminismo, pero no llega a sentirse el eco de la soberanía popular ni del liberalismo político que prevalecían ya en el *Code civil* de 1804.

En esta primera etapa se discuten también los tres proyectos de Código Civil francés preparados por el tribuno Jean-Jacques-Régis Cambacérès (1753-1824), conocidos como los *Codes de la Convention*, a los que había precedido una frenética actividad legislativa tanto en los ámbitos del Derecho público como en los del Derecho privado. El primer proyecto fue presentado por Cambacérès, en nombre del Comité de la Legislación, a la Convención Nacional el 9 de agosto de 1793. Contaba con 719 artículos, divididos a la usanza de las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano en tres partes: personas, cosas y contratos. Reflejaba, en gran parte, la filosofía rousseauiana de la Convención, al considerar a la familia, la propiedad y la herencia como instituciones de Derecho civil; instauraba el principio de igualdad de los hijos en las suce-

---

<sup>47</sup> ZWEIGERT y KÖTZ, *op. cit.*, pp. 198-200.

siones. Se trataba de un ordenamiento típicamente «garantista», puesto que el individuo se hallaba al centro del sistema<sup>48</sup>. Lamentablemente, era moderado para el jacobinismo imperante. Tan pronto entró a debate, la Convención aprobó algunas leyes radicales, como la abolición total del poder marital, la administración compartida de los bienes gananciales y el divorcio consensual. De un modo poco sutil, contradecía así el proyecto. El jacobinismo, no obstante su brevedad, paradójicamente consideraba al proyecto como muy extenso. Deseaba que se establecieran sólo principios filosóficos y que las leyes civiles fuesen objeto de desarrollo posterior a través de normas especiales. No asombra entonces que por decreto del 3 de noviembre de 1793 se dispusiera su revisión integral, la cual debía llevarse a cabo por una comisión de seis filósofos, designada por el temible Comité de Salud Pública. Los juristas estaban excluidos de la misma. No eran tiempos propicios para ellos.

Posteriormente, Cambacérès alcanza el 23 Fructidor, año II (9 de setiembre de 1794), un segundo proyecto. Éste insistía en la sistemática romana de las *Instituciones* (no en vano Cambacérès había recibido una formación romanista en Montpellier) y era sumamente breve: la suma de sus artículos sólo llegaba a 287. Se trataba, como habían deseado los jacobinos, de un código de principios, exclusivamente filosófico, sustancialmente privado de toda tradición legal o consuetudinaria, y expresión típica del Derecho natural<sup>49</sup>. La Convención Nacional aprobó solamente diez artículos y dispuso su revisión por el Consejo de los Once. Curiosamente ahora los convencionales, que libraban una ardorosa lucha entre sí

---

<sup>48</sup> CORRADINI, *op. cit.*, p. 13. Véase también Alejandro GUZMÁN BRITO, «La Revolución francesa y la legislación civil y constitucional», en *Revista Chilena de Humanidades* (número especial), 1989, pp. 35-50.

<sup>49</sup> P. A. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, Librairie Place du Panthéon, Imprimerie D'Hippolyte Tilliard, 1836, t. I, p. XLVII.

(Robespierre y Saint Just ya estaban muertos), calificaban al proyecto como «una tabla de materias, antes que un cuerpo de leyes civiles»<sup>50</sup>. Se comprendió, después de que los jacobinos cayeran en desgracia, que el Código debía ser una obra esencialmente jurídica.

Ya en el Directorio, el infatigable Cambacérès presentó el 24 de junio de 1796 un tercer proyecto al Consejo de los Quinientos. Los tiempos, sin embargo, habían cambiado. Ya no gobernaban Francia los jacobinos; ahora prevalecía una tendencia crecientemente conservadora que emprendió una firme revisión legislativa de las normas dictadas por la Convención (se deroga, por ejemplo, la retroactividad en materia de sucesiones y se restringe el divorcio). Dentro de este contexto, el proyecto de Cambacérès, que había tratado de conciliar los principios filosóficos iusnaturalistas con la legislación y la costumbre, en 1 104 artículos, no tenía ninguna posibilidad de promulgarse. Un estudio reciente de Jean-Louis Halpérin<sup>51</sup> ha demostrado virtualmente que no bastaba la voluntad de promulgar un código, que sin duda la había, sino que era necesario encontrar compromisos socialmente aceptables a fin de ganar el apoyo de los juristas, lo cual no estuvo en el horizonte de las asambleas revolucionarias y de sus legisladores. Prueba de ello es que se llegó incluso a estigmatizar el proyecto, porque al decir de muchos contenía normas estimadas inmorales<sup>52</sup>. Consciente de la inviabilidad de su proyecto, el propio Cambacérès, que sobrevivió con éxito a la purga política desatada, no volvió a insistir. Sería necesario que un gobierno fuerte y audaz, como el de Napoleón, llevara a feliz término el proceso codificador, que sería esencialmente una obra colectiva, resultado de la cooperación de los elementos más dispares tanto en lo normativo como en lo político;

---

<sup>50</sup> Cita no precisada por Gioele SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel Diritto privato*, Fratelli Bocca editore, Milano, Torino, Roma, 1911, p. 159.

<sup>51</sup> Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 1992.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 161.

que abrazara por igual a las tradiciones consuetudinarias locales de origen franco y a la tradición romanista; a la filosofía racionalista y al *ius comune* y consuetudinario; a los juristas conservadores y a los políticos revolucionarios. En todo caso, en estas circunstancias, bajo la dirección napoleónica y en un clima político mucho más estable, la obra de la codificación pasó a ser tarea predominante de juristas conocedores del Derecho romano y consuetudinario y no de filósofos puros como la Convención había soñado.

Siempre en esta primera ola codificadora vendrían los códigos-símbolo por excelencia: los promulgados por Napoleón Bonaparte: el Civil en 1804, el de Procedimiento Civil en 1806, el de Comercio en 1807, el de Instrucción Criminal en 1808 y el Penal en 1810. A este último lo habían precedido dos códigos penales, promulgados durante la época del Derecho intermedio, es decir, durante la fase que transcurre desde la caída del Antiguo Régimen hasta la dación de los códigos napoleónicos: el primero dictado el 6 de octubre de 1791 y el segundo aprobado el 25 de octubre de 1795.

En todo ese período de «l'età delle codificazioni»<sup>53</sup>, el Código Civil sobresalió, ya por sus virtudes técnicas, ya por su oportunidad política y moderación, y, básicamente, porque ideológica y políticamente representaba el triunfo, ahora en el plano normativo, de una clase social que desde la Baja Edad Media pugnaba por aprehender el poder del Estado: la burguesía.

La codificación napoleónica tiene, por otro lado, una característica hasta entonces inédita, y cuyo significado político y jurídico es inconmensurable. Antes de la Revolución francesa no existía en toda Europa esa forma de Derecho que confería a los códigos una verdadera autoridad normativa: la ley constituyente<sup>54</sup>. No cabe

---

<sup>53</sup> Bruno PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 97-98.

<sup>54</sup> Esta dimensión del problema ha sido subrayada por CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, op. cit., capítulo II: «La rivoluzione francese», 1: «La teoria

duda de que la toma del poder político por la burguesía y la consecuente promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de la Constitución de 1791, dieron nacimiento a un nuevo orden jurídico. El ejercicio de esta atribución legislativa implicó un real poder constituyente. A partir de entonces podría armarse con coherencia todo el edificio legislativo burgués, incluido, naturalmente, el Código Civil. Estos dos procesos, ambos de codificación, que escindieron los ámbitos público –terreno de la política– y privado, determinaron, a la vez, la asunción de un rol predominantemente técnico del jurista y su plena despolitización<sup>55</sup>.

En Norteamérica, Quebec tuvo también su código civil, hacia 1866, redactado sobre el modelo del Código napoleónico, el cual conservó con sorprendente vitalidad una tradición que se remonta a la *Coutume* de París y a las *Ordonnances* francesa. Un clima nacionalista, partidario de la preservación de la lengua y de la cultura francesa en general, ha fortalecido la vitalidad del sistema romanista en esta área. En esa región, la Unión Americana no estuvo al margen del proceso codificador. Como hemos puntualizado antes, tuvo también episódicos intentos de codificación del Derecho privado, premuniéndose incluso, en 1787, de una Constitución escrita, alejándose, en ese sentido, de la tradicional postura del *Common Law*, que le habría exigido una Constitución basada en la tradición y en las costumbres. Debe tenerse en cuenta también que en su propio vasto territorio subsistían regiones que pertenecían al

---

giuridica rivoluzionaria», 2: «La codificazione francese», 3: «Dall'ideologia giuridica della Rivoluzione alla filosofia del Codice Napoleone», pp. 99-142. Una presentación global del problema puede encontrarse en el trabajo de TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna...*, *op. cit.*, pp. 25-28. También ha sido desarrollado por CLAVERO en un trabajo ahora clásico: «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», *op. cit.*, pp. 79-145.

<sup>55</sup> TARELLO, *Storia della cultura giuridica...*, *op. cit.*, p. 28.

sistema romanista, como la excolonia francesa –antiguamente española<sup>56</sup>– de Luisiana, estado donde se dictó un código civil, en 1808, a tan sólo cinco años de la venta del inmenso territorio de *Nouvelle Orléans* a favor de la potencia americana. Dicho código, reformado en 1819 y en 1825, condensaba las Ordenanzas reales y la Costumbre de París, vigentes hasta entonces, así como el Derecho español (sobre todo las *Siete Partidas*), que dejó sus huellas durante la dominación hispánica del territorio, esto es, de 1762 a 1800<sup>57</sup>. Se percibe la influencia del proyecto de *Code civil français* del año VIII<sup>58</sup>. Hay serias dudas, en cambio, si la comisión encargada de la elaboración y reforma del Código (integrada por Pierre Derbigny, Moreau-Lislet y Edward Livingston) tuvo o no a su disposición la versión final del *Code* napoleónico<sup>59</sup>; lo cierto es que se trató de un ordenamiento bastante original y adscrito a la tradición jurídica romanista, de la cual, a pesar de los embates del *Common Law* y de su inmensa repercusión, el Derecho de la Luisiana, afortunadamente, no ha llegado a salir totalmente, constituyendo en nuestros días un «sistema jurídico *sui generis*»<sup>60</sup>. El problema para este código es el marco jurídico e institucional en el que se encuentra. El juez, por ejemplo, no se siente vinculado ni a su letra ni a su espíritu.

<sup>56</sup> Rodolfo BATIZA, «La unidad del Derecho privado en Luisiana durante el régimen español», en *Derecho*, n.º 23, PUCP, Lima, 1963, pp. 148-164.

<sup>57</sup> DAINOW, «Le droit civil de la Lousianie», en *Revue International de Droit Comparé*, n.º 6, 1954, p. 19; John H. TUCKER, «The Code and the Common Law in Lousiana», en *The Code Napoleon and the Common Law*, B. Schwartz, New York University Press, 1956, p. 346; A. BARHAM, «Methodology of the Civil Law in Lousiana», en *Tulane Law Review*, n.º 50, 1976, pp. 474 ss.; BATIZA, «Origins of Moderne Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for Lousiana Law», en *Tulane Law Review*, n.º 56, 1982, pp. 477 ss.

<sup>58</sup> Una imagen de conjunto reciente en Richard HOLCOMBE KILBOURNE, *A history of the Louisiana Civil Code: The Formative Years, 1803-1839*, Clinton, 1987.

<sup>59</sup> TUCKER, *op. cit.*, p. 371.

<sup>60</sup> DAINOW, *op. cit.*, p. 32.

La codificación, si bien se inicia en Europa, trasladándose luego hacia el Nuevo Mundo, se desarrolla en América latina en forma simultánea al proceso codificador europeo. Si bien a aquélla la preceden el *Landrecht* prusiano, el *Code* francés y el ABGB austriaco, la codificación en América se adelanta a la codificación italiana (1865), portuguesa (1867), española (1889) y alemana del BGB (1896-1900), lo cual, como sugiere Bravo Lira, «invita a revisar la imagen, demasiado simplista, de que la codificación avanza desde Europa hasta el resto del mundo»<sup>61</sup>. No deja de llamar la atención que todos los países que habían dependido políticamente de la corona española, con la sola excepción de Cuba y Puerto Rico, tuvieron códigos civiles antes que la propia España.

Si la repercusión del Código napoleónico fue inmensa durante todo el ochocientos, al concluir el siglo, otro código, reelaboración romanizada y moderna del *usus modernus pandectorum* de la Escuela pandectística: el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán, que, dictado en 1896, entraría en vigor el 1.º de enero de 1900, habría de ejercer durante los primeros cincuenta años del novecientos otro ciclo de influencias. Pero en el siglo xx no sería el único código europeo mimado por los juristas: unos años después, un jurista suizo, Eugenio Huber, entre 1907 y 1911 prepararía para su país un gran código, y, en Italia, el régimen fascista de Mussolini, hacia 1942, haría lo propio. La circulación del *Code* ya había cesado.

---

<sup>61</sup> Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica...», *op. cit.*, p. 38. Tal afirmación se encuentra consignada en la página 82. Más adelante dicho autor reconoce: «Ciertamente la codificación es de raíz europea.» Agregando: «Tiene su foco en Europa central y en Francia. Desde allí se extiende al resto de Europa continental y a ultramar, a los países regidos por el Derecho castellano y portugués, Iberoamérica, Filipinas y demás» (p. 84).



**El Código napoleónico**



«Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil.»

Napoleón Bonaparte, desde el destierro en Santa Elena.

«La obra más importante de la literatura francesa es el Código de Napoleón.»

PAUL VALÉRY



EN EL PROCESO de codificación desatado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, el Código Civil francés —o *Code* de Napoleón— representa la culminación y el paradigma. La culminación, porque no basta considerarlo como el fruto inmediato de la revolución, sino como el más feliz y logrado resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial de un modo peculiar de entender al *ius comune*, *el mos gallicus*, sin olvidar ciertamente el crisol de costumbres; y el paradigma, porque impuso una nueva lógica y porque no hubo en adelante proyecto de código civil alguno en el orbe que no tuviera como referente obligatorio a esta obra notable.

A contrapelo de los códigos de Baviera, del *Landrecht* prusiano y del Código Civil austriaco, el *Code* no fue más el producto del absolutismo, sino más bien de un iluminismo razonablemente liberal, política e ideológicamente moderado, apaciguado ya del radicalismo de la revolución, pero que recogía con fidelidad el programa ideológico de la burguesía, que para entonces ya había asegurado para sí el control del poder político. Con todo ello, el modelo garantista, ante eventuales amenazas, que considera al individuo el eje de la sistematización del Derecho, será su guía principal y prevalecerá como filosofía<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DOMENICO CORRADINI, *Illuminismo e legislazione. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 25-26.

## 2.1 El *Code*: crisol de influencias

El Código Civil francés encuentra uno de sus antecedentes más lejanos en la «codificación» de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano, en Constantinopla, entre los años 529 a 533<sup>2</sup>, pero más concretamente en las *Instituciones* de Gayo y Justiniano, de donde recoge parcialmente su ordenación sistemática.

La vinculación del Código napoleónico con la compilación de Justiniano no es, sin embargo, inmediata; hubo un intermediario histórico: el *ius comune*. La resurrección de los estudios de Derecho romano por obra de los glosadores en la Baja Edad Media, a la vez que contribuyó a un mejor conocimiento del Derecho romano justiniano, tendiendo un puente con la antigüedad clásica y posclásica, hizo posible a los comentaristas construir un Derecho privado común de base romana, con materiales múltiples derivados del Derecho canónico, consuetudinario, estatutario, germánico, capaz de adaptarse a las relaciones creadas por las nuevas condiciones históricas y de imponerse por su carácter universalista a todo el mundo occidental. La formación de un Derecho privado común sobre soportes romanos allanó el camino a la unificación del Derecho privado. En ese sentido, el *Code* se adscribe a la tradición romanista y es el heredero del *ius comune*. Empero, dicha irrecusable filiación no debe hacernos olvidar la existencia de otras fuentes normativas, como las costumbres de cuño francogermánico, y filosóficas como el iusnaturalismo racionalista, sin las cuales el Código napoleónico no habría podido diseñarse.

El texto del *Code* refleja, en efecto, múltiples influencias. Una parte de ellas fue tomada de los juristas que desde el siglo xvi ha-

---

<sup>2</sup> Sobre las aspiraciones sistemáticas de la «codificación» justiniana, vide Wolfgang KUNKEL, *Historia del Derecho romano*, Editorial Ariel, Madrid, 1970, pp. 170-184.

bían venido trabajando con los materiales del Derecho romano, en el interior de la rica tradición culta del *mos gallicus*, una suerte de rama francesa humanista en el interior del *ius commune*, inaugurada en Francia, curiosamente, por un jurista milanés, Andrés Alciato (1492-1553), que reniega del *mos italicus* de los posglosadores y comentaristas, continuada luego por los otros humanistas eruditos, entusiastas admiradores del Derecho romano clásico, como Jacques Cujaz (Cujacius, 1522-1590), el más alto representante del humanismo jurídico, a la vez que severo crítico del *mos italicus*<sup>3</sup>, y por los trabajos sistematizadores de Hugh Doneau (1527-1591), más conocido como Donellus.

Otra contribución importante, en esa marcha incesante hacia la sistematización, que sólo acabaría con la promulgación del *Code*, fue ofrecida por juristas prácticos como Charles du Moulin (1500-1566) y Guy Coquille (1523-1603), quienes sin perjuicio de manejar con solvencia las fuentes romanas, se complacían en consolidar y comentar el Derecho consuetudinario<sup>4</sup>. Una frase de Coquille resume el ideario de esta corriente: «nuestras costumbres son el verdadero Derecho civil»<sup>5</sup>.

Vendrían luego, cada vez más cerca de la codificación napoleónica, los aportes fundamentales de Jean Domat (1625-1676), con su trabajo *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (publicado entre 1690 y 1697). La obra de Domat, portadora de ambas

---

<sup>3</sup> Es de Cujacio el irónico juicio contra los bartolistas, típicos exponentes del *mos italicus*, de quienes decía: «Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi» («Verbosos en cosas fáciles, en difíciles mudos y en angustiosas difusos»). Vide Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 172.

<sup>4</sup> La obra de Charles du Moulin constituye una etapa de importancia especialmente relevante en el proceso de afirmación del Derecho nacional francés. Bastaría recordar su influencia en la redacción de las costumbres de París. Para mayor información, Vincenzo PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli, Liguori, 1990, pp. 270-276.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 386.

tradiciones –la romana y la consuetudinaria–, llegó a ser utilizada por los codificadores en virtud de sus principios generales, que recogiendo al Derecho romano lo despojaban de sus elementos anacrónicos y casuísticos, proponiéndose una vocación sistematizadora más resuelta. Sobre la base del Derecho romano, Domat, a la sazón jurisconsulto de la monarquía absoluta de Luis XIV y estrecho amigo de Pascal, presentaba un sistema completo del Derecho civil, al punto que su trabajo ha sido considerado con justicia «le préface du Code Napoléon»<sup>6</sup>. Jean Domat fue llamado por Boileau, «el restaurador de la razón en la jurisprudencia», dado que, como lo insinúa el sugerente título del artículo de Marie France Renoux-Zagamé, su obra significó un tránsito «de los juicios de Dios al espíritu de las leyes»<sup>7</sup>, de un sistema medieval en el que la razón se echaba de menos, en el que prevalecían las ordalías o juicios de Dios que confiaban el destino de los pleitos e individuos al aleatorio e increíble «designio divino», a un sistema racional y predecible como el que habría de plantear un siglo después Montesquieu en su famoso libro. Domat, pues, introducía cambios sustanciales en los métodos de exposición e interpretación del Derecho. La vieja escolástica se hallaba prácticamente desterrada de su pensamiento y, aunque nos encontramos todavía ante un jurista fuertemente imbuido por la fe religiosa y los dogmas eclesiásticos (aconseja a los jueces, quienes «continuamente faltan a su misión», a «juzgar como Dios mismo juzgaría»)<sup>8</sup>, se advierte al instante el interés por sistematizar las heterogéneas piezas del conglomerado jurídico: el Derecho romano, el canónico, las ordenanzas reales y las costumbres regionales, y por reformularlas en términos generales. Por todo ello, puede decirse que Domat es uno de los precursores

---

<sup>6</sup> Dicha expresión fue acuñada por V. Cousin y apareció en el *Journal des Savants*, de 1843. Citada por Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, «Domat: du jugement de Dieu a l'esprit des lois», en *Le Débat*, mars-avril, 1993, p. 54.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 54-68.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 55.

del *Code* y cumple en el plano de la jurisprudencia el mismo rol que en el campo filosófico ejerció Descartes: reimplantar la razón. Sin embargo, el proceso de racionalización del ingente material jurídico no acabaría con Domat, puesto que uno de los esfuerzos más logrados con ese propósito fue emprendido por un jurista más próximo aún a la codificación moderna, Robert-Joseph Pothier (1699-1772), cuyo *Traité des obligations*, aparecido en 1761, recogía, sin considerarlos incompatibles, tanto el Derecho romano como el *droit coutumier* o consuetudinario. Pothier simplificaba así la labor de los codificadores y su obra vino a ser, de hecho, un comentario anticipado de la obra de éstos. Pothier fue también el autor de las célebres *Pandectae justinianee in novum ordinem digestae*, comentarios sistemáticos del Derecho romano, que en la última fase de la codificación sirvieron sustancialmente al legislador<sup>9</sup>.

Como se habrá advertido, la sistematización opera sobre dos fuentes básicas: el Derecho romano y el Derecho consuetudinario, vocación sistematizadora que va haciéndose cada vez más exigente a la luz de un sistema filosófico que justamente presenta como encomiable el carácter sistemático.

### 2.1.1 El Derecho romano

Es digno de resaltarse que el Derecho romano no tuvo fuerza vinculante en Francia. Los monarcas franceses estaban más preocupados en defender su soberanía frente al Imperio —o lo que quedaba de él: la idea de imperio—, mientras que los juristas, fieles al rey, tenían gran consideración al principio conforme al cual el Derecho romano sería aplicado no en razón de su promulgación por

---

<sup>9</sup> ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Recueil Sirey, Paris, 1920. Véase también el sugerente artículo de Paolo Grossi, «Un paradiso per Pothier», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 14, 1985, pp. 401-456.

parte del Imperio romano, sino más bien en virtud de la fuerza de la costumbre y por sus cualidades intrínsecas: «non ratione imperii, sed imperio rationis». La desconfianza francesa por el Derecho romano se deriva de una idea que se abrió camino en el medioevo, según la cual este Derecho, como orden normativo del *imperium romanum*, sería un Derecho imperial, y, como tal, propio de toda Europa occidental. Como Derecho imperial que era, podía regir eventualmente en Francia, hallando por dicho motivo fuerte oposición, pues, como se sabe, en la práctica la idea de imperio (con la consiguiente pretensión universalista) se hallaba patrocinada por la monarquía germánica<sup>10</sup>, rival de la monarquía francesa que rehusaba la subordinación política al Sacro Imperio Romano. El rechazo, de naturaleza fundamentalmente política, llevó a decretar, en 1219, su prohibición en la Universidad de París, prohibición que se mantuvo hasta 1679, cuando el Imperio germánico no constituía ya, en la práctica, ningún peligro. A la hostilidad contra el Derecho romano concurrió también otra razón: el creciente prestigio de las escuelas de Derecho y la competencia que veían en ellas las escuelas de teología. Con todo ello, en Francia, con cierto retardo se produjo una recepción del Derecho romano justiniano, y a partir del siglo XIII florecieron centros de estudios en Toulouse y Orleans que rivalizaban con las universidades italianas de Bolonia, Ravena y Pavía. Sin embargo, la recepción del Derecho romano no alcanzó la dimensión que tuvo en Alemania. Tanto la corona como los abogados prácticos continuaban aferrados al *droit coutumier* y estaban convencidos de su primacía. Este fenómeno hace de la experiencia francesa un caso singular, al punto que Dawson prefiere hablar de la «french deviation»<sup>11</sup>, pues la adopción de las costumbres francogermánicas distingue la codificación francesa de la alemana, donde hubo una prescindencia casi total de la tradición

---

<sup>10</sup> Vide Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, op. cit., pp. 118-119.

<sup>11</sup> John P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, University of Michigan Law School, 1968, Chapter IV, pp. 262-373.

consuetudinaria local y una asimilación plena del romanismo.

Francia ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreó el Derecho romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho romano, es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo, se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos configurando el *ius comune*, «espina dorsal de la historia del Derecho francés»<sup>12</sup>. No es casual que un estudioso como Maitland –ligado al *Common Law* y, por lo tanto, libre de sospechas filorromanísticas– sostuviera con razón: «Europe without the Digest would not be the Europe that we know»<sup>13</sup> («Europa sin el Digesto no sería la Europa que conocemos»). Fue, precisamente, en las escuelas francesas donde el humanismo jurídico –corriente que admiraba la cultura clásica y veía con ojos nuevos pero eruditos a la compilación justiniana– logró su mayor esplendor, cancelando la hegemonía que los italianos habían detentado durante más de tres siglos en el estudio del Derecho romano. Por otro lado, en la última fase de la codificación éste ocupó un «puesto de honor», lo cual se comprende fácilmente, como anota Solari, puesto que «de los Derechos históricos era el más perfecto, el menos lejano de las exigencias de un Derecho racional»<sup>14</sup>.

### 2.1.2 El Derecho consuetudinario, el particularismo jurídico y la codificación

Otra de las fuentes de la codificación napoleónica, el *droit coutumier*, prevalecía en la zona noroccidental, de origen franco-

<sup>12</sup> FRANCESCO CALASSO, *Il Medioevo del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 612.

<sup>13</sup> Citado por KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>14</sup> G. SOLARI, *op. cit.*, p. 164.

burgundo, es decir, en las tres quintas partes del territorio actual —frente a las dos quintas partes restantes del área centromeridional del *droit écrit* de raíz romanovisigótica<sup>15</sup>—. En realidad, esta diferencia no era tan rígida como a primera vista parece, puesto que en el sur del país, en ciudades como Burdeos y Toulouse, había también costumbres escritas de origen germánico, influenciadas, claro está, por el Derecho romano vulgar, primero, y por el justiniano después. Y viceversa, las regiones del norte no permanecieron inunes al Derecho romano, donde éste tuvo el rango de *ratio scripta* supletoria, de modo que si un problema no estaba regulado por el *droit coutumier* se recurría al Derecho romano. Generalmente esto sucedía en materias como las obligaciones y los contratos, que exigían un tratamiento más refinado<sup>16</sup>.

En el norte, tras la caída de los carolingios entre los siglos x y xi, coincidiendo con la subdivisión del reino franco en innumerables secciones dinásticas y eclesiásticas, la región se vio anegada de costumbres locales. Eran tantas que, al cabo de un tiempo, hacia el siglo xiii, empezaron a aparecer, merced a la pluma de los prácticos, una serie de escritos jurídicos que describían las costumbres de una cierta zona. Entre las obras más famosas pueden citarse el *Livre de Justice ed de Plet*, que describía las *coutumes* de Orleáns, además de la famosa, completa y razonada recopilación de *Coutumes de Beauvaisis*, llevada a cabo por Philippe de Beaumanoir. A pesar de estas fijaciones escritas de la tradición oral, subsistía una tremenda fragmentación de las costumbres. Fue

---

<sup>15</sup> Un tratamiento más detallado, todavía actual, en OLIVIER MARTIN, *La Coutume de Paris. Trait d'union entre le Droit romain et les législations modernes*, Société Anonyme du Recueil Sirey, 1925. Otro trabajo que a pesar del tiempo transcurrido conserva gran actualidad, sobre todo al analizar detalladamente el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas en Francia, es el de Jean BRISAUD, *A History of French Private Law*, John Murray, Association of American Law Schools, London, 1912.

<sup>16</sup> Vide Henri REGNAULT, *Manuel d'Histoire du Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 5.<sup>a</sup> édition, Paris, 1947, pp. 112-120.

necesario entonces que el rey francés interviniera. Es así que Carlos VII, el año de 1454, promulgó la ordenanza de «Montils-les Tours», a la que siguieron otras *Ordonnances* reales en las que disponía que las costumbres de los diversos territorios fuesen reformuladas por escrito con la colaboración de funcionarios de la corona. Este arduo trabajo recién concluyó en el siglo xvi, después de vencer la resistencia que ciertas regiones, en especial la Normandía, oponían<sup>17</sup>. Paralelamente, la *Coutume de Paris*, cuya redacción se remonta a 1510, y que, en esencia, fue un cuerpo de jurisprudencia sistemática del Parlamento de esta ciudad, termina por imponerse sobre el resto de costumbres locales —muchas de las cuales asimila.

El año de 1580 fue concluida una recopilación de todas las *coutumes*, tal como había sido dispuesto más de un siglo antes, en 1454, por el rey Carlos VII, lo cual se logró merced a la amplia jurisdicción del Parlamento de París. Se trataba de otro paso para lograr la unificación legislativa tan deseada. La redacción de las costumbres, a juicio de Olivier-Martin, «salva a la Francia de una recepción masiva del Derecho romano como la efectuada en Alemania»<sup>18</sup>. Con la fusión de las *coutumes* en cuerpos orgánicos, aparece un Derecho consuetudinario común, idóneo para amalgamarse luego con el *droit écrit*. Sin esa condensación previa, como advierten Zweigert y Kötz, «el Código Civil de 1804 no habría podido realizar la unificación del Derecho en Francia»<sup>19</sup>. La influencia del Derecho romano sobre esa masa de costumbres germánicas tampoco estaba ausente.

A pesar de que en Francia se había logrado la unidad política,

---

<sup>17</sup> John P. DAWSON, «The Codification of the French Customs», en *Michigan Law Review*, n.º 38, 1939, pp. 765 ss.

<sup>18</sup> OLIVIER-MARTIN, *La Coutume de Paris. Trait d'union entre le Droit romain et les législations modernes*, Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 13.

<sup>19</sup> Konrad ZWIEGERT, y Hein KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 96.

y de que gracias a una tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta se había conseguido cierta uniformidad en las costumbres, todavía se presentaba en el país la división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*. Pluralismo jurídico insoportable para el iluminismo, que hizo proclamar a uno de sus genuinos representantes, Voltaire, entre irónico y mortificado:

«Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar.»<sup>20</sup>

La codificación, ante todo, debía acabar con ese *particularismo jurídico*<sup>21</sup> de matriz feudal, sustituyéndolo con un Derecho general para todos los súbditos, fundado en la razón. Los inconvenientes de este particularismo jurídico no llamaban la atención mientras la vida social se desarrollaba en el interior de pequeños territorios; pero al intensificarse las relaciones sociales con el cambio de las condiciones económicas y el desarrollo de la manufactura y el comercio, con la centralización creciente del poder político que se proponía la unidad política y administrativa, se hizo cada vez más

---

<sup>20</sup> VOLTAIRE, VOZ «COUTUMES», en la edición francesa del *Dictionnaire Philosophique*, volumen V, París, 1833, p. 248 (la traducción es nuestra). En diversos pasajes del «Diccionario filosófico» pueden encontrarse jugosos reparos contra el «particularismo jurídico» consuetudinario. De especial importancia y belleza son los comentarios a la voz «de las leyes».

<sup>21</sup> La expresión «particularismo jurídico» fue acuñada por los juristas del ochocientos a fin de contraponer la proverbial como aparente uniformidad del Derecho codificado con aquel período, infeliz y caótico, que lo precedía. Por «particularismo jurídico», a juicio de TARELLO, se entiende la falta de unidad y de coherencia del conjunto de leyes vigentes en una determinada esfera temporal y espacial, sujeta a un juicio de valor conforme al cual en dicha esfera «debería haber» o «se espera que haya» unidad y coherencia de las leyes. *Vid. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 29.

imperiosa la uniformidad y la certeza en materia legal<sup>22</sup>. La lucha contra esa especie de maraña legal y consuetudinaria propia del medioevo y del Antiguo Régimen, alcanzó incluso carácter programático al haber sido incluida como una de las exigencias del nuevo Estado en el título 9 de la Constitución de 1792<sup>23</sup>. Tal había sido también una inacabada aspiración de la monarquía absoluta. La burguesía, ya en el poder, habría de proseguir y concluir este proceso. Con el *Code*, el Derecho civil, que hasta entonces había sido considerado en las regiones de *droit écrit* como «derecho de la razón» o «derecho natural», sustraído del arbitrio del soberano; o bien, en las zonas de *droit coutumier*, como un orden jurídico descentrado, territorial y estamental, garantizado por inmunidades feudales, se convierte en Derecho del Estado para «todos los franceses»<sup>24</sup>. Es, pues, el punto de arribo de un largo camino hacia la uniformidad jurídica.

El Código napoleónico no desatendió las costumbres hasta entonces existentes. Así, frente a la diversidad de las fuentes utilizadas para su elaboración (ésta es virtud que explica en gran parte su perdurabilidad), un historiador del Derecho, Bertauld, exclamaba:

«Si, nosotros franceses, hemos nacido de la mezcla y el cruce de diversas razas, ellos también [los códigos] son el resulta-

---

<sup>22</sup> Gioele SOLARI, *La idea individuale e l'idea sociale nel Diritto privato*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1911, p. 43.

<sup>23</sup> A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français, de 1789 a 1814. Révolution, consulat & empire*, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, Paris, 1911 («Les Constitutions»), pp. 31-56.

<sup>24</sup> En ese sentido, resultan emblemáticas las palabras de Portalis, en su famoso *Discurso preliminar*, cuando sostenía que desde la promulgación del Código las personas «no serán más provenzales, bretones, alsacianos, sino franceses». Vide FENET, *op. cit.*, t. I, p. 483. También el artículo de René CASSIN, «Codification and National Unity», en *The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard SCHWARTZ, New York University Press, New York, 1956, pp. 46-54.

do de una laboriosa y lenta fusión. Como a la nación en la que se aplicarían, aquéllos derivan de la complejidad y su genealogía está ligada a todas las variedades y a todas las raíces de nuestra historia [...]. Como nuestra sangre [...] la fuente de nuestra legislación no es sólo gala ni puramente romana, y tampoco sólo germánica. Ella ha recibido un contingente de todas»<sup>25</sup>.

### 2.1.3 La filosofía moderna: iusnaturalismo y jansenismo

Otro de los soportes del *Code* –que no debe ser menospreciado– es de naturaleza filosófica<sup>26</sup>. Detrás de la tan decantada transacción entre el Derecho romano y las costumbres, de la que ya hemos dado cuenta, se encontraría la confluencia de dos tradiciones filosóficas imperantes en Francia entre los siglos xvii y xviii: la Escuela moderna de Derecho natural y la versión jansenista<sup>27</sup> del protestantismo, que profesaban muchos juristas franceses<sup>28</sup>. Según

<sup>25</sup> A. BERTAULD, *Introduction a l'histoire des sources du Droit français*, Cosse et Marchal Imprimeurs Éditeurs, Paris, 1860, pp. I-II. El estudio de Bertauld insiste mucho, para explicar el nacimiento del Derecho francés codificado, en esa suerte de compromiso y conciliación entre los elementos románicos y los germánicos.

<sup>26</sup> Una de las primeras aproximaciones a la relación entre la filosofía moderna y el Código Civil francés es el trabajo de A. BOISTEL, «Le Code civil et la philosophie du Droit», en *Le Code civil (1804-1904), livre du centenaire*, Arthur Rosseau éditeur, Paris, 1904, t. I, pp. 47-70.

<sup>27</sup> Esta doctrina, que toma su nombre del teólogo holandés Cornelio Jansenio (1589-1638), fue defendida en Francia por Arnauld y los teólogos de Port-Royal. Condenada por el papa Urbano VIII, fue también combatida duramente por los jesuitas, lo cual provocó la reacción de un filósofo jansenista, Pascal, quien dirigió sus ataques a esa orden religiosa en sus *Cartas provinciales*. Puso énfasis en la predestinación, limitando el libre albedrío.

<sup>28</sup> Ésta es la tesis central de André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du*

el autorizado criterio de Arnaud, discípulo de Michel Villey, la genética del Código napoleónico debería buscarse ante todo en la doctrina iusfilosófica<sup>29</sup>. El Código aparece entonces como

«[...] un término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa. Por un lado, una corriente empírica, positivista, austera y reaccionaria, sostenida por una suerte de jansenismo jurídico, y por otro, una tendencia iusracionalista moderna [...]»<sup>30</sup>.

Arnaud insiste en que el verdadero conflicto, antes que en el aparente dilema Derecho-costumbre, se presentaba entre el viejo y el nuevo orden jurídico, «entre la tradición, auspiciada por el movimiento jansenista escéptico y antirracional, y la corriente iusnaturalista moderna»<sup>31</sup>; equilibrio difícilmente logrado que abarca las fuentes, el plan y hasta la sustancia del *Code*. Por eso, mientras que la primera cohesionaba las leyes positivas, fuesen escritas (léase racionalistas) o consuetudinarias (léase irracionalistas), la segunda pretendía que dichas reglas guardasen conformidad con la Razon. La raíz conservadora del Código se halla en la primera, es decir, en las fuentes, especialmente en aquellas de procedencia consuetudinaria. La impronta revolucionaria burguesa se halla en la se-

---

*Code civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1969 (Bibliothèque de Philosophie du Droit, volume IX).

<sup>29</sup> La posición de Arnaud se sitúa ciertamente en el marco de la escuela de su maestro Michel Villey, quien no ha dejado de subrayar la matriz filosófica de la experiencia jurídica. El Derecho, desde esta perspectiva, estaría subordinado a la filosofía o a ciertos sistemas filosóficos subyacentes. Véase, de VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, así como el espíritu general que anima a la revista francesa *Archives de Philosophie du Droit*.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 217.

gunda, es decir, en el plan, en la sistemática. Con ésta se impulsarían las reformas económicas y sociales que los tiempos demandaban; con aquélla se controlarían los excesos, convirtiendo a la larga al Código, cuando las conquistas burguesas ya se habían consumado, en un instrumento de conservación social.

A pesar de que la tesis de Arnaud es muy sugerente, no han faltado, como es natural en la investigación científica, algunas observaciones. Posiblemente las atingencias más sólidas han sido formuladas por Giovanni Tarello<sup>32</sup>. El desaparecido jurista italiano cuestionaba la sobrevaloración que concede Arnaud a las fuentes doctrinarias. En ese aspecto, el trabajo del estudioso francés asumiría un «senso idealistico» y revelaría una marcada propensión hacia «esquemas interpretativos en los cuales las cosas derivan de las ideas, antes que estas últimas de las primeras»<sup>33</sup>. En efecto, sin negar el rol activo, y hasta la fuerza motriz que tienen las ideas en el complejo histórico, no se puede subestimar el papel de otros elementos sociales y culturales que se hallan completamente ausentes en el análisis de Arnaud. En segundo lugar, Tarello estima que las categorías «*école du droit naturel moderne*» y «*jansenismo des gens de lois*» («Escuela moderna del Derecho natural» y «jansenismo de la gente de leyes» —léase «operadores técnicos del Derecho»—) son «bastante vagas», «inútiles y equívocas»<sup>34</sup>. La primera expresión abarca a iusnaturalistas que van desde Grocio a Barbeyrac, incluyendo a figuras tan dispares como Pufendorf y Leibniz o como Locke y Wolff, y parece caracterizarse sólo por su cotejo (formulado ya por Villey) con otra etiqueta —«*droit naturel classique*»— que abarca todas las doctrinas que esgrimen una concepción no subjetiva del *ius* desde Aristóteles hasta Suárez, pasando por Tomasio. Encua-

---

<sup>32</sup> Giovanni TARELLO, *Cultura giuridica e politica del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988 (a propósito del *Code Napoléon*, «Sulle origini dottrinali del *Code civil*», pp. 123-132).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>34</sup> *Ibid.*

drar a los juristas franceses de la segunda mitad del seiscientos y de la primera mitad del setecientos en estas nociones, de por sí muy discutibles, de «modernistas» y de «jansenitas», hace perder de vista que se ocupaban del comentario de las costumbres y de la práctica judicial prevalecientes, y echa sombras sobre el probado credo iluminista de dichos autores, que buscaban desde entonces –¡qué duda cabe!– una sistematización más racional del Derecho.

Resultaba preciso, sin embargo, como lo hizo Arnaud, subrayar la importancia de la filosofía como un elemento fundamental en la construcción del *Code*, presentándolo como el resultado de largos años de reflexión y de práctica jurídica. La importancia histórica de la Escuela de Derecho natural puede valorarse mejor si consideramos que los principios por ella elaborados se tradujeron en normas jurídicas positivas, dando vida y significado nuevo a las formas jurídicas tradicionales<sup>35</sup>, como el Derecho romano y las costumbres locales. Con esta filosofía se intentaba interpretar, modificar, corregir e integrar la tradición, no destruirla. El Derecho romano, por ejemplo, merced a los principios de dicha escuela adquiere un nuevo espíritu. De otra manera no se podría comprender cómo aquél haya terminado sirviendo a la causa de la libertad y a los fines del individualismo,

«[...] después de haber sido durante todo el medioevo y en el período de formación de los Estados nacionales, invocado contra la libertad individual, a favor del Derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo»<sup>36</sup>.

Nutren también al Código y al proceso de unificación legislativa que lo precedió, el pensamiento de autores tan diversos uno de

<sup>35</sup> SOLARI, *La idea individuale e l'idea sociale...*, op. cit., p. 43.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 49.

otro como Montesquieu, Rousseau y Voltaire, unidos, sin embargo, por su vocación iluminista. Su pensamiento no sólo influyó en el campo de las ideas políticas, sino, incluso, en la lógica y en la sustancia del Derecho privado. La afirmación del individuo, el carácter general e impersonal de las normas, la fe en el legislador y el rol meramente fonográfico del juez, son sólo una muestra de una presencia harto elocuente en el *Code* y en sus primeros intérpretes<sup>37</sup>. No estuvieron ausentes tampoco las doctrinas de los fisiócratas, economistas y filósofos al mismo tiempo. La convicción de que la propiedad privada era de Derecho natural (recibida de Locke), la condena de la propiedad feudal, la libertad económica y la emancipación del suelo, constituían algunos de los fundamentos teóricos básicos que el Código Civil se encargó de recoger. Asimismo, gracias a la afirmación de los derechos del hombre por la nueva conciencia jurídica, gestada a partir de la filosofía, fue posible la renovación de los principios del Derecho privado. Si observamos con calma, veremos que todas las reformas civiles que se sucedieron en el período revolucionario y que tuvieron su culminación en el *Code*, procuraron –a despecho de lo que realmente ocurrió– inspirarse en las ideas de libertad, propiedad e igualdad.

La filosofía del Derecho natural terminó absorbiendo y recreando a las otras fuentes, pues, según explica Solari:

«[...] ante la idea de unidad ningún sacrificio parecía grave: el Derecho romano, canónico, germano, feudal, productos imperfectos del tiempo, debían de dar lugar al Derecho eterno de la naturaleza»<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Las restricciones al rol interpretativo del juez se acentuarían con la Escuela de la Exégesis. Portalis, por ejemplo, no participaba plenamente de esta concepción.

<sup>38</sup> *Ibid.*

## 2.2 La génesis política del *Code*: Napoleón y el Consejo de Estado

La génesis externa más inmediata del *Code* se produce en 1800, cuando los cónsules (en la práctica, Napoleón Bonaparte, que era el primer cónsul) designan una comisión integrada por cuatro miembros (que no eran precisamente revolucionarios, sino más bien abogados y jueces prácticos): François Denis Tronchet (1726-1806), literato, traductor y, en ese momento, presidente de la Corte de Casación; Félix Julien Jean Bigot de Prémeneau (1747-1825), abogado ante el Parlamento de París y comisario del gobierno ante la Corte de Casación (ambos, profundos conocedores del *droit coutumier*); Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807), alto funcionario administrativo, además de brillante orador y escritor, y Jacques Maleville (1741-1824), magistrado de la Corte de Casación, primer comentarista del *Code*<sup>39</sup>, expertos los dos en *droit écrit*. La comisión, en pocos meses alcanza su proyecto al Consejo de Estado, tras haberse debatido en la Corte de Casación y en las diversas cortes de apelación. El proyecto es discutido en el Consejo de Estado, con la participación del mismo Napoleón. El resultado de esta reelaboración fue parcialmente rechazado por el Congreso, pero, hechas las modificaciones pertinentes, poco a poco iba siendo aprobado, hasta que el 20 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad, bajo el título de *Code civil des Français*. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante emperador. El año de 1814, con la restauración monárquica, si bien no llegaron a derogarlo, prefirieron llamarlo simplemente *Code ci-*

---

<sup>39</sup> Enterado Napoleón —que no deseaba comentarios que enturbiaran la claridad del Código— de la obra de Maleville, exclamó la célebre frase: «Mon code est perdu.» Véase Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bâle et Paris, 1935, p. 13.

*vil.* A la larga, la historia hizo justicia y quedó designado desde 1870 como *Code Napoléon*<sup>40</sup>.

Por otro lado, en concurrencia con el impulso político e ideológico de la revolución, sólo con la iniciativa de Napoleón Bonaparte, designado primer cónsul en 1800, se pudo llevar a feliz término la esperada codificación en Francia. Además, la personalidad de este genial gobernante tiñe el *Code* en su espíritu y contenido. No obstante que durante esa época se hallaba en plena campaña militar contra Inglaterra, se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado<sup>41</sup>. De ciento dos sesiones, dedicadas a debatir el Código, Napoleón dirigió personalmente cincuenta y siete<sup>42</sup>. En los debates su participación fue vivaz. No dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados fuesen fácilmente comprensibles, y hasta ciertas instituciones como la idea de una familia sólida y patriarcal, el impedimento de los hijos ilegítimos para que indaguen su paternidad, el divorcio consensual y la adopción, llevan su impronta<sup>43</sup>. Que

---

<sup>40</sup> A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français, de 1789 a 1814. Révolution, consulat & empire*, Recueil Sirey, Paris, 1911, pp. 328-338.

<sup>41</sup> Sobre esta participación, véase Jean BOURDON, *Napoléon au Conseil d'Etat*, Editions Berger-Levrault, Paris, 1963. También la síntesis de Georges MICHEL, «Le Conseil d'Etat et la codification», en *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire, publié pour commémorer son cent cinquantieme anniversaire*, Recueil Sirey, Paris, 1952, pp. 467-471.

<sup>42</sup> Véase la «Introduction» de Albert SOREL en *Le livre du centenaire*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1904, t. I, pp. XXIV-XXIX. Uno de los trabajos más documentados escritos hasta hoy en torno a Napoleón Bonaparte en la elaboración del *Code*, es el publicado recientemente por Eckhard, María THEEWEN, *Napoléons Anteil am Code Civil*, en la serie «Schriften zur Europäischen, Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 2», Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

<sup>43</sup> Al parecer, ciertas motivaciones personales no estaban ausentes. Así, el divorcio consensual, que defendía Napoleón en colisión con su idea de una familia patriarcal y sólida, bien puede explicarse en su interés por constituir una dinastía tras divorciarse de Josefina de Beauharnais, quien, como se sabe, ya

Bonaparte mismo fuera consciente de su rol en la dación del *Code*, se desprende de su famosa frase pronunciada en el exilio de la isla Santa Elena:

«Mi verdadera gloria no consiste en haber vencido cuarenta batallas. Waterloo borraré el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borraré, aquello que vivirá eternamente es mi código civil y [subrayando su intervención] las actas verbales del Consejo de Estado.»<sup>44</sup>

El Código no fue sólo, sin embargo, el producto de la discusión en el Consejo de Estado, que habría finalizado, mas no iniciado el trabajo. «Los autores —según Esmein—, antes que sus profetas, fueron sus discípulos»<sup>45</sup>, que no lo consideraban como un punto de partida totalmente nuevo, como el inicio de una nueva era, sino, por el contrario, como una conclusión, como «punto de arriba y de partida al mismo tiempo; una síntesis del pasado que no debería excluir la sobrevivencia y la aplicación del Derecho precedente»<sup>46</sup>. Es interesante la observación formulada por Helmut Coing cuando sostiene que el carácter revolucionario del Código se manifiesta más en sus carencias, en el hecho de que no contiene instituciones jurídicas antiguas. Falta, por ejemplo, la subordinación feudal señor-vasallo. Está ausente también el *censive* o relación jurídica entre el dueño de la tierra y el campesino, y se prescinde de las prestaciones personales que ataban al siervo a su señor. En ese

---

no podía darle hijos. Su lucha por la adopción podría tener también una motivación semejante. *Vide* THEEWEN, *op. cit.*

<sup>44</sup> SOLER, *op. cit.*, p. XXIV.

<sup>45</sup> A. ESMEIN, «L'originalité du Code civil», en *Le livre du centenaire*, Arthur Rosseau éditeur, Paris, 1904, t. I, pp. 5-21, p. 5.

<sup>46</sup> Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli editore, p. 80. Relevante para nuestros fines es, sobre todo, el capítulo III: «Il Codice napoleone e le origini del positivismo giuridico in Francia», pp. 67-100.

aspecto, el *Code* había roto con la tradición jurídica anterior. Pero si nos detenemos a examinarlo podemos extraer una imagen diversa, de la que se infieren sus deudas con el pasado. Así, la construcción sistemática reposa fuertemente en la clasificación de las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano. Muchas de las instituciones jurídicas fundamentales, como las obligaciones, descansan íntegramente en el Derecho existente en 1789<sup>47</sup>. Lo que no debe olvidarse es que están animadas de un nuevo espíritu y en otras manos que no son más las de la aristocracia. Tras el Código reposaban un conjunto variopinto de tradiciones y de intereses jurídicamente articulados, respecto de las cuales era impensable que fueran desarrollados en los pocos meses de debate. Además, el proceso de codificación o, mejor dicho, la unificación del Derecho en Francia, era de vieja data. La virtud de Napoleón y de sus colaboradores fue dar término a ese proceso.

No debe perderse de vista tampoco que la posición moderada asumida por el Consejo de Estado, equidistante por igual del espíritu reaccionario del Antiguo Régimen y del radicalismo de la revolución, imprime al *Code* de un espíritu ideológica y políticamente tibio. Xavier Martin ha insistido en su ambivalencia ideológica, la que, a pesar del liberalismo o, mejor dicho, de consuno con él, impone fundamentos autoritarios y reaccionarios<sup>48</sup>. Basta echar una ojeada a la trayectoria política de los miembros de la comisión, de los «artesanos del Código», en la feliz expresión de Arnaud, para cercionarnos de que no estamos ante legisladores con propensiones revolucionarias<sup>49</sup>: Tronchet, proclamado por Napoleón el pri-

---

<sup>47</sup> Helmut COING, «Historia del Derecho y dogmática jurídica», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 6, Valparaíso, 1981, pp. 101-102.

<sup>48</sup> Vide Xavier MARTIN, «L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme», en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1982, pp. 589-618.

<sup>49</sup> No obstante ello, debe anotarse que en el Consejo de Estado se hallaba un radical, Berlier, regicida confeso. Vide ARNAUD, *op. cit.*, anexos.

mer jurisconsulto de Francia, fue defensor de Luis XVI; Bigot de Préameneau, un auténtico realista, salvó al rey en las Tullerías mientras se desempeñaba como presidente de la Asamblea, llegando a ser detenido bajo la Convención por sus ideas moderadas; Portalis, relator y decidido impulsor del Proyecto, fue detenido y expatriado por la misma razón<sup>50</sup>. Un particular interés revisten las ideas políticas y jurídicas de Portalis, en cuanto constituyen en gran medida una de las fuentes inspiradoras de la filosofía del Código napoleónico. Tanto su libro *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle* (París, 1820), como su famoso *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, constituyen una radiografía de su concepción más apaciguada<sup>51</sup>. El ideal de Portalis se coloca a caballo de la licencia y la tiranía. Ambas situaciones, a su juicio, son nefastas. En el *Discurso preliminar*, documento esencial de la codificación, refiriéndose a la época reciente que lo precedió, dirá: «si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro de los abusos, los siglos de la filosofía de las luces han sido, muy a menudo, el teatro de los excesos»<sup>52</sup>. Si en el plano político Napoleón fue artífice de un compromiso entre exmonarquistas y exjacobinos, Portalis, en la dimensión jurídica, es un auténtico intérprete del significado del Código de 1804, que fue también un acto de compromiso<sup>53</sup>. El Código aparece así bajo otro aspecto: una condición indispensable de orden y pacificación que, por un lado, rescataba las conquistas revolucionarias y las continuaba, y que, por otro, morigeraba los excesos en los que se había incurrido durante la revolución, evitando cualquier radicalismo.

---

<sup>50</sup> ARNAUD incluye en su trabajo *Les origines doctrinales...*, *op. cit.*, un pequeño diccionario biográfico de suma utilidad (pp. 297-319).

<sup>51</sup> MARIO CATTANEO, en *Illuminismo e legislazione*, *op. cit.*, pp. 121-124, formula un agudo análisis de la postura de Portalis.

<sup>52</sup> P. A. FENET, *op. cit.*, t. I, p. 483.

<sup>53</sup> CATTANEO, *op. cit.*, p. 123.

Podría tratarse, entonces, más que de un ordenamiento revolucionario, de un cuerpo positivo reformista<sup>54</sup>, un «instrumento de paz y de reconciliación entre los ciudadanos»<sup>55</sup>. Napoleón y los comisionados, o «artesanos», coincidían en ese propósito y el *Code* traducía ese espíritu. No se equivoca Corradini cuando presenta a la codificación francesa con una «doble faz»<sup>56</sup>, a la manera de la cabeza de Jano. Vista con la mirada puesta en el pasado, considerando las luchas que fueron necesarias para afirmarse y los obstáculos que a ella se oponían, es el producto de una auténtica revolución cumplida en nombre del liberalismo y del iluminismo. Vista en relación con el presente, especialmente a partir de la idea propuesta por sus exégetas (que rechazaban el potencial rol creativo de los jueces), asumía el valor de un instrumento de conservación para una sociedad que, si bien era «nueva» respecto al período de la monarquía del setecientos, no estaba dispuesta a admitir transformaciones sucesivas.

## 2.3 *Code*: instituciones y realidad social<sup>57</sup>

El Título Preliminar del Código de Napoleón establece de manera

---

<sup>54</sup> C. J. FRIEDRICH, «The Ideological and Philosophical Background», en *The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard SCHWARTZ, New York University Press, 1956, pp. 2-4. Este autor distingue tres tipos de códigos: 1. Los digestos, que serían simples compilaciones, sin mayor pretensión de generar un cambio social; 2. Los códigos reformistas o moderados, y 3. Los códigos revolucionarios (como los dictados y debatidos en Francia en la última década del setecientos). El *Code* sería un ordenamiento reformista con elementos revolucionarios. Pp. 1-18.

<sup>55</sup> André TUNC, «The Grand Outlines of the Code», en *The Code Napoleon and the Common Law World*, *op. cit.*, p. 21 (pp. 19-45). El mismo artículo se encuentra en la *Tulane Law Review*, n.º 29, 1955, pp. 431 ss.

<sup>56</sup> D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>57</sup> La literatura francesa de Derecho civil es tan vasta en corrientes y autores,

inequívoca un Derecho territorial de alcance nacional. Tiene además una importancia estructural, porque configura al Derecho como un sistema de reglas legislativas, imponiendo una metodología deductiva que sustituye a la casuística. Todos los ciudadanos franceses son colocados bajo el imperio de la ley. El principio de la personalidad, conforme al cual se aplicaba el Derecho que correspondía al individuo de acuerdo a su origen local o a su *status* social o eclesiástico, queda suprimido (arts. 1 y 3). Igualmente, desde que la ley deviene en la única fuente formal del Derecho, desplazando a la costumbre, el Estado será el único ente soberano para promulgar normas. Se instituye el principio de irretroactividad de las leyes (art. 2), con el propósito de impedir al Estado la violación de los llamados derechos adquiridos, es decir, para evitar que los bienes que han ingresado al patrimonio de una

---

que su sola mención amilana al investigador. Para nuestros fines basta presentar una imagen panorámica de algunas de las instituciones a partir del análisis de los textos normativos considerados relevantes por su vinculación con los cambios sociales. Aunque el *Tratado de Derecho civil* de Jean CARBONIER propone justamente un análisis social de las instituciones, es el estudio de uno de sus discípulos, André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1973, el que ofrece, desde un enfoque que se reclama estructuralista, algunas de las observaciones tan lúcidas como discutibles sobre el *Code*. No hemos seguido, sin embargo, sino muy puntualmente la metodología de este autor. Remitimos al lector a las reseñas que se han dedicado a dicho trabajo, entre las que se hallan: 1. La impecable presentación de José Manuel DELGADO OCANDO a la versión castellana, *La regla de juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*, Universidad de Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Maracaibo, 1978, pp. 9-31; 2. El prefacio de Michel VILLEY (pp. 25-31) en la versión hispana; 3. El artículo crítico de Mario SBRICCOLI, «Strutturalismo e storia del Diritto privato. La régola del gioco nel gioco delle régole», aparecido en la revista italiana *Politica del Diritto*, n.º 4-5, 1973, pp. 551-562; 4. La recensión de Massimo BRUTTI, «Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica», publicada en *Quaderni fiorentini...*, n.º 3-4, 1974-1975, pp. 763-799.

persona le sean arrebatados merced a una disposición legislativa. Asimismo, partiendo del principio de la separación de poderes, al juez le compete la administración de justicia, a la cual no podrá rehusarse bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (art. 4). La Escuela de la Exégesis reforzará el papel subordinado de la magistratura, constriñendo su tarea a la aplicación de las leyes, precisamente a partir de la interpretación de esta norma. Finalmente, al prohibirse la derogación, por vía de convenciones privadas, de las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (art. 6), se edifica una muralla a la libertad contractual en aras de la conservación del sistema económico que la hace posible.

Con tan sólo seis artículos, el Título Preliminar, que sirvió de modelo a numerosos códigos<sup>58</sup>, acababa con el particularismo o pluralismo jurídico existente en Francia hasta entonces, sentándose las bases de un Derecho primordialmente positivo de base legislativa, que, desde la perspectiva del codificador, garantizaba los derechos del ciudadano, hacía previsible el cumplimiento de las normas y aseguraba la subsistencia del orden social.

El libro primero «De las personas» contiene básicamente la regulación de la capacidad y goce de los derechos civiles. De acuerdo al artículo 8 el titular de estos derechos es «tout français», cualquier ciudadano francés, aunque en realidad se está pensando en el ciudadano razonable y responsable, dotado de un cierto patrimonio, experto en negocios y medianamente versado en cuestiones legales. En efecto, el Código excluye del juego al vago e indigente, al extranjero, al ausente, a los menores (obviamente), restringiendo al mínimo los derechos civiles de las mujeres. El *Code*, en ese sentido, decide —en la terminología de Arnaud— quién

---

<sup>58</sup> Sobre la influencia del Título Preliminar del *Code* en el mundo iberoamericano, *vide* Bartolomé CLAVERO, «Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», *Quaderni fiorentini...*, n.º 23, 1994, pp. 81-194.

tiene la calidad de jugador<sup>59</sup>; el Código determina quién participa del juego y quién no; puede incluso definir quién vive para el Derecho y quién está muerto para él, al punto que puede declararse la muerte civil de una persona (art. 25).

Por otro lado, en el mismo libro se ocupa del registro del estado civil («Des actes de l'état civil»), clara expresión de la secularización de las relaciones familiares, considerada por los redactores como una de las más grandes conquistas de la revolución.

La sólida familia patriarcal de origen romano, fundada sobre la patria potestad perpetua —extendida sobre los hijos, las hijas y los nietos *ex filio*— y sobre la unidad del patrimonio familiar, que bloqueaba cualquier tipo de iniciativa económica emprendida por los hijos, es «reemplazada» por una familia burguesa igualmente sólida, pero donde la patria potestad cesa con la mayoría de edad de los hijos (art. 372), es decir, a los 21 años cumplidos (art. 388). No obstante que se elimina cualquier vínculo feudal o gremial entre el individuo y el Estado, la familia se mantiene como la única instancia intermedia, entre el individuo y el Estado, que merecerá la protección legal. Puede observarse incluso una definida línea política orientada al fortalecimiento de la familia. Bastaría recordar una carta de Napoleón a su hermano, el rey de Nápoles, donde a la vez que lo exhorta a acabar con la aristocracia y los vínculos feudales, le recomienda crear nuevos vínculos para sus colaboradores más estrechos. «No hay mejor camino —recalca— para garantizar la seguridad de tu dinastía.»<sup>60</sup>

Por otro lado, aunque la estructura familiar fue apenas tocada por la revolución y por el Código, la mayor transformación que se

---

<sup>59</sup> ARNAUD, *La regla de juego en la paz burguesa*, *op. cit.*, pp. 115-114.

<sup>60</sup> Citada por RHEINSTEIN, p. 140. Un análisis sobre las ambivalencias del Código en materia de familia puede encontrarse en el artículo de MAX RHEINSTEIN, «The Code and the Family», en B. SCHWARTZ, *The Code Napoleon and the Common Law World*, *op. cit.*, pp. 139-161.

operó sobre ella consistió en la secularización del matrimonio. Bajo el Antiguo Régimen, el Estado poco o nada tenía que ver con el matrimonio: éste era un sacramento y, en consecuencia, se hallaba dentro de la competencia de la Iglesia. El nuevo orden legal arrebató a la Iglesia la jurisdicción en la celebración del matrimonio y en las cuestiones judiciales y se la confió al Estado laico y hace del matrimonio un contrato civil (art. 7 de la Constitución de 1791). De allí al divorcio vincular sólo restaba un paso, y los revolucionarios mediante una ley de 1792 acogieron el divorcio por causa específica y por mutuo acuerdo. El Código, tras un intenso debate conservó el divorcio-sanción por las causales de adulterio (arts. 229 y 230), crueldad e injuria grave (art. 231) y comisión de un delito que conllevase un castigo degradante (art. 232). El divorcio por mutuo acuerdo se mantuvo (art. 233): el Primer Cónsul lo defendió, corriendo el rumor de que lo hacía para deshacerse de Josefina y contraer nupcias con una princesa de sangre real que le diera un heredero. Al final, como se sabe, el rumor se confirmó.

El Derecho de familia del Código refleja la estructura patriarcal de la familia típica de la burguesía de inicios del siglo XIX; la familia gira en torno a la figura del marido-padre, el «buen padre de familia». Durante el matrimonio sólo a él le toca la potestad sobre los hijos (art. 373), pudiendo impedir con su negativa el matrimonio de uno de ellos hasta el cumplimiento de los 25 años, si se tratase de varones, o hasta los 21 años, si se tratase de mujeres, aun si mediara la autorización de la madre (art. 148). En cuanto concierne a las relaciones entre los cónyuges, el artículo 213 habla por sí mismo: «El marido debe protección a su mujer; la mujer obediencia al marido.» Dentro de esta lógica, la mujer estaba obligada a vivir con su marido y a seguirlo donde éste juzgase oportuno residir (art. 214). En el imaginario machista del Código Civil, el marido estaba obligado a suministrarle a la mujer todo lo necesario para cubrir sus necesidades, según sus facultades y su condición (art. 214), mientras que la mujer debía ocuparse de las actividades domésticas y de la educación de los hijos, considerándosela inex-

perta en asuntos de negocios. No podía, en consecuencia, concluir ningún contrato ni disponer en modo alguno sin el consentimiento del marido, incluso cuando los esposos hubiesen decidido mediante un convenio previo al matrimonio mantener la separación patrimonial de sus bienes (art. 217). Como a la mujer no se le consideraba «razonable», tampoco podía presentarse en juicio sin autorización del marido (art. 215), aunque, paradójicamente, podía ser encausada en un proceso criminal (art. 216).

Cualquier interferencia por parte del Estado en el ámbito de la comunidad familiar era considerada intolerable: las funciones que habrían correspondido normalmente a un juez o a un tribunal recaían en un «consejo de familia», con jurisdicción en asuntos familiares, compuesto por parientes lejanos (tíos, tías, primos, cuñados) (arts. 406-411), ligados al núcleo familiar por una relación mucho más estrecha de cuanto se pueda imaginar hoy. La amplia protección concedida al núcleo familiar es una característica esencial del Derecho de familia francés; por esa razón es que se prohíbe la indagación judicial de la paternidad ilegítima, exceptuando el caso de rapto coincidente con la época de la concepción (art. 340). Con el mismo temperamento, la libertad de testar y de donar, que dentro del principio de autonomía de la voluntad muy bien pudo admitirse, fue notablemente limitada en interés económico de la familia. Sólo se podía disponer libremente, ya sea por acto intervivos o por testamento, de la mitad de los bienes, si se dejaba a la muerte un hijo legítimo; de la tercera parte, si se dejaba dos, y de la cuarta parte, si quedaban tres o más descendientes del donante o testador (art. 913). La libertad de donar y testar incluso se hallaba restringida al causante si, a falta de hijos, sobrevivían sus ascendientes. Si los ascendientes supérstites eran de ambas líneas, materna y paterna, el causante sólo podía disponer de la mitad de sus bienes; si los sobrevivientes eran de una de las líneas, aquél estaba autorizado a disponer de las tres cuartas partes de sus bienes (art. 915).

El *Code civil* transformará, pues, de una manera profunda la

estructura de la sociedad civil. Mediante dos de sus ejes, la propiedad y el contrato, extirpó las instituciones merced a las cuales se había perpetuado el control aristocrático de la tierra, introduciendo otras que abrieron a la burguesía un amplio acceso a la propiedad y a la explotación de la riqueza. En este sentido, el nuevo Derecho sucesorio prohibió terminantemente los fideicomisos (art. 896), que habían sido instrumentos de concentración de la riqueza en manos de la aristocracia y que, al mismo tiempo, habían impedido la utilización plena de los recursos. Se eliminaron los mayorazgos y los derechos de primogenitura, instalándose el principio de igualdad entre los coherederos (art. 745). Con una medida de esta índole se fragmentaban las grandes propiedades, cancelándose la relación entre el linaje aristocrático y la propiedad de la tierra, creándose así las condiciones para el acceso de la burguesía a la propiedad de aquélla. Las relaciones de propiedad se regularon en función de la explotación burguesa de los recursos, o sea, de máxima explotación económica; se estableció que los particulares, como principio, «tienen la libre disposición de bienes que les pertenecen, bajo las modificaciones establecidas en la ley» (art. 537). En el centro del sistema se colocó a la propiedad, cuyo contenido era «la facultad de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, mientras no se les dé un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos» (art. 544). La copropiedad, que establecía limitaciones al disfrute de los bienes, fue vista con recelo, señalándose que no podía mantenerse la indivisión y autorizándose que la partición pudiera pedirse siempre, no obstante existiesen prohibiciones o convenciones que buscaran impedirla (art. 815)<sup>61</sup>.

Dentro del mismo espíritu liberal, los contratos se regularon de modo que permitieran una circulación libre y rápida de la riqueza: la autonomía contractual, convertida en principio central del Dere-

---

<sup>61</sup> Vide Claude Léwy, «The Code and Property», en SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 137-162.

cho de las obligaciones y del Derecho contractual, no tenía ningún límite, excepto a través de normas cogentes como el respeto al orden público y las buenas costumbres (art. 6), y el individuo era libre de determinar el tipo y el contenido del vínculo contractual (art. 1134); el acuerdo de las partes bastaba para producir los efectos traslativos de la propiedad (art. 1138). Para facilitar la realización de los negocios, se redujeron a cuatro los requisitos necesarios para la validez de los contratos (consentimiento de las partes, capacidad para contratar, objeto cierto y causa lícita) (art. 1108)<sup>62</sup>.

Pensando en el individuo razonable, se estableció la autorresponsabilidad del ciudadano, quien, en virtud del artículo 1382, si ocasionaba un daño a otro a causa de un comportamiento negligente a él imputable, se hallaba obligado a resarcirlo. Tal principio, a la vez que limitaba la actuación de los individuos, también les otorgaba una amplia libertad de actuación. De ese modo el sistema económico adquiriría coherencia.

El *Code*, en definitiva, tradujo fielmente los ideales sociales de la burguesía y del tipo de modelo económico que pregonaba: el capitalismo. De allí que la libertad fuese la piedra angular de toda la construcción. Reflexionando sobre ese punto, Ripert señalaba:

«El capitalismo se llamó *liberal* porque había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse.»<sup>63</sup>

El capitalismo necesitaba, como lo advirtió Gramsci, crear su propio Derecho<sup>64</sup>. El *Code* es, precisamente, la expresión de esta

---

<sup>62</sup> Más información en Arthur von MEHREN, «The Code and Contract. A Comparative Analysis of Formation and Form», SCHWARTZ, *ibid.*, pp. 110-137.

<sup>63</sup> George RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Bosch, Buenos Aires, 1950, pp. 14-15.

<sup>64</sup> Antonio GRAMSCI, *Antologías*, compilación de M. Sacristán, México, Siglo XXI editores, 1970, p. 401.

voluntad. El Derecho del Antiguo Régimen no correspondía más a la evolución económica y social. Las reglas jurídicas, feudales y corporativas no se allanaban a los grandes cambios comerciales y eran del todo inapropiadas a las nuevas condiciones de vida. La burguesía requería un Derecho anticorporativista, laico, individualista y práctico, compatible con las necesidades de los nuevos tiempos.

Los efectos de la codificación napoleónica sobre la sociedad francesa, como sobre otras sociedades tradicionales que lo recibieron en vía de recepción voluntaria o de concesión forzosa, fueron irrecusables. No cabe duda de que el *Code* se adelantó al desarrollo economicosocial y fue uno de sus instrumentos más eficaces. El Código facilitó inmensamente la modernización capitalista de la sociedad y de la economía francesa<sup>65</sup>. Bastaría echar revista a la literatura que emergió a lo largo del siglo XIX: las circunstancias sociales, esa cómoda placidez de los personajes burgueses de Alejandro Dumas y Emilio Zola, atestiguan con fidelidad la transformación operada. En todos esos cambios, que transformaron a Francia en una nación moderna y próspera y, por lo tanto, en una potencia capitalista no exenta de conflictos internos, la presencia del *Code* se percibió a cada instante. A dicho ordenamiento legal le tocó ser la regla de juego, popularizada por Arnaud, que el capitalismo y sus agentes sociales –los jugadores– apremiaban.

---

<sup>65</sup> Sobre el particular, Jean MAILLET, «Codifications napoléoniennes développement économique et formation de la société française capitaliste», *Quaderni fiorentini...*, n.º 2, 1973, pp. 111-145.

**La expansión del *Code***



«La más extravagante idea que puede nacer en la cabeza de un político es creer que es fácil entrar armado a un pueblo para hacerle adoptar otras leyes y constitución. Nadie ama a los misioneros armados.»

ROBESPIERRE

«Si los romanos dieron sus propias leyes a sus aliados, ¿por qué no puede la Francia hacer adoptar las suyas a Holanda?»

NAPOLEÓN BONAPARTE

«Si algo me corresponde al mérito que puede tener dicho proyecto será tan solo el tino en la elección de los originales y el acierto de haber adoptado como base fundamental el Código Civil de Francia.»

JULIÁN VISO (*Proyecto de Código Civil de Venezuela*, 1853)

«En Sud América son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un Presidente que, no pudiendo perpetuarse por una dinastía, se contenta con perpetuar su nombre por un código.»

J. B. ALBERDI



LA DACIÓN del *Code*, en 1804, constituyó un acontecimiento fundamental en el desarrollo del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo. En nuestros días ya estamos habituados a considerar el Derecho en términos de codificación, como si tal debiera ser siempre la forma de un cuerpo de normas. Se trata de una actitud mental sumamente enraizada en el hombre común y aun en los operadores técnicos del Derecho, de la cual es preciso liberarse. En efecto, como hemos visto, la idea de la codificación surgió en virtud del pensamiento iluminista de la segunda mitad del setecientos y se cristalizó esencialmente durante el siglo pasado. En consecuencia, hace tan sólo dos siglos que el ordenamiento jurídico devino Derecho codificado. De otro lado, no se trata de una condición común en todo el mundo y propia de todos los países. Basta pensar que la codificación tiene una existencia muy débil en los países anglosajones. Representa, en realidad, una experiencia jurídica de los últimos dos siglos, típica de Europa continental. Aunque dicha experiencia comenzó antes de que se promulgara el Código Civil francés, éste en definitiva representaba *el Código* por antonomasia, *el Código* emblemático.

El Código napoleónico tuvo una resonancia prodigiosa tanto dentro como fuera de Europa. Muchos Estados lo adoptaron, lo imitaron o se valieron de él. Seducía su carácter de ruptura con la

tradición legislativa anterior, fuese por la manera sintética y clara como se presentaba, fuese por el rigor técnico alcanzado, fuese por su contenido en cuanto servía de instrumento de modernización social. Gozaba entonces de toda la fuerza innovativa que había caracterizado la ola iluminista de la Revolución francesa. No podía dejar de contar con la simpatía de quienes abrazaban el pensamiento liberal, por cuanto había socavado las bases mismas de la estructura feudal, consagrando la paridad entre los ciudadanos, la secularización del Derecho de familia, la desamortización de la propiedad inmobiliaria y la libre iniciativa económica. Sin embargo, el *Code* también seducía por su espíritu moderado, conciliador, por su eclecticismo. No es la obra de un revolucionario fanático ni de un reaccionario nostálgico, sino un óptimo compromiso entre las ideas revolucionarias y las instituciones tradicionales. Por otra parte, el hecho de que Napoleón, personaje de indiscutible prestigio y simpatía, hubiese participado en los debates, generaba la impresión de que algo de su carisma reposaba en el Código mismo. La redacción del Código era impecable. A sus artículos normalmente no les faltaba ni sobraba nada. Su extensión además era moderada, ni tan extensa como el *Landrecht* prusiano ni tan breve como los proyectos de Cambacérès. A sus intrínsecas cualidades técnicas que son ciertamente innegables se sumaba la coacción. Francia, en la época de Napoleón, merced a las armas había extendido su dominio. En Europa era una potencia hegemónica y el número de sus colonias de ultramar aumentó. Todos estos factores colaboraron para que el *Code* tuviera en el mundo una fuerza expansiva notable.

La influencia del *Code* es únicamente parangonable con la recepción del *Corpus Iuris Civilis* justiniano durante la Baja Edad Media en Europa y que después, en la Edad Moderna, siguió extendiéndose bajo la colonización fuera del viejo continente. A los pocos años de haberse promulgado aquél, parecía que habría de suceder al Derecho romano en el rol de *ius commune*: ya no era el código de los franceses, era el código del mundo. El Código

napoleónico llevó además el crecimiento del sistema jurídico romanista a países totalmente ajenos a la cultura latina, que sucumbieron a su prestigio<sup>1</sup>.

La expansión del Código napoleónico operó a través de dos mecanismos: la concesión y la recepción jurídica. En el primer caso prevalecía la voluntad francesa, que por la fuerza imponía su ordenamiento civil: junto a las bayonetas y en las mochilas del soldado, llegaba también un código. En el segundo, lo que contaba era la voluntad del país que deliberada y conscientemente abrazaba total o parcialmente el *Code*. Hubo ocasiones en las que de la concesión se pasó a la recepción; es decir, lo que empezó como un hecho de fuerza se convirtió en una adopción voluntariamente confirmada. Veamos ahora, mediante una rápida ojeada, el amplio proceso de su recepción en el mundo moderno. Luego se examinará con mayor detalle el objeto de nuestro estudio: la influencia del *Code* en el Derecho latinoamericano.

### 3.1 Recepción y circulación del *Code* en el mundo

#### 3.1.1 Bélgica

Mediante la concesión, el *Code* ingresó a Bélgica, que se hallaba políticamente anexada a Francia. Al fenecimiento de la invasión

---

<sup>1</sup> Una visión de conjunto y detallada sobre esta influencia se encuentra en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit 1950. L'influence du Code civil dans le monde*, Pendone, Paris, 1954, 912 pp., publicados por la Asociación Henri Capitant y por la Société de Législation Comparée. Una perspectiva más sintética ofrece Jean LIMPENS, «Territorial Expansion of the Code», en *The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard SCHWARTZ, Institute in Comparative Law, New York University Press, 1956, pp. 92-109. Limpens formula tres tipos de recepción del Código: conquista, persuasión e inspiración.

francesa, este país conservó el *Code* de muy buen grado, al punto de que fue objeto de menor número de reformas que en su patria de origen<sup>2</sup>. Estas mismas se inspiraron en él y en la cultura jurídica francesa, que, por otra parte, tenía una vinculación muy estrecha con Bélgica. Así por ejemplo, algunos exégetas del Código Civil, como François Laurent (1810-1887) –su ardiente defensor–, eran belgas. Por ese mismo sistema, la concesión, el *Code* entró en vigencia en áreas que pertenecían al dominio francés, como Luxemburgo, los territorios alemanes situados en la ribera occidental del Rin, el Palatino, Prusia Renana, Hesse-Darmstad, Ginebra, Saboya, los ducados de Parma y Placencia, Blemont y el principado de Mónaco. En muchos de estos lugares se conservó el *Code* durante un largo período: en los territorios tedescos, hasta 1900, año en que entra en vigor el BGB; en el condado de Ginebra, hasta 1912, cuando se promulga el Código Civil suizo; así como en Bélgica, Luxemburgo y Mónaco, hasta la actualidad.

### 3.1.2 Holanda

Conquistado el Reino de Holanda por las tropas francesas, e impuesto Luis Bonaparte, hermano de Napoleón, como rey de los holandeses, en 1809 el *Code* entró en vigor en este País Bajo. Luis se permitió hacer algunos cambios. Por esta razón, y seguramente por algunas otras, cayó en desgracia a los ojos de su hermano, quien después de abolir el Reino de Holanda, incorporándolo al dominio francés, promulgó su *Code* en la versión originaria. Aunque en 1838 se promulgó un código civil holandés, conocido con el nombre de *Burgelijk Wetboek* (BW), se inspiró básicamente en el

---

<sup>2</sup> Vide René PIRET, «Le Code Napoléon en Belgique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, año 67, 1954 (número de homenaje al Código Civil francés por sus ciento cincuenta años), pp. 754-791.

Código galo, tanto que la mayor parte de sus dispositivos no hacen otra cosa que traducir literalmente al modelo que siguen<sup>3</sup>. Hecho que no deja de ser curioso, habida cuenta de que entre los siglos xvii y xviii en Holanda se desarrolló una cultura jurídica de altísimo nivel, que combinaba las antiguas costumbres, el Derecho romano y la filosofía iusnaturalista. Autores como Vinnius y Grocio, de gran influencia en el mundo moderno, fueron exponentes de esta cultura, la misma que con la expansión del dominio colonial holandés llegó a cristalizarse de modo original en el Derecho positivo de Sudáfrica y Ceilán. El *bw* estuvo en vigencia en Holanda hasta un tiempo recientísimo. En efecto, desde 1970 hasta 1993 se han promulgado sucesivamente los libros de un nuevo código, gestado inicialmente por Meijer y que actualmente rige en dicho país.

### 3.1.3 Italia

A Italia el *Code civil* arribó también con el ejército de Napoleón, rigiendo en casi todos los pequeños Estados itálicos, con excepción de Sicilia y Cerdeña, islas protegidas por la flota inglesa. Se promulgó el 12 de agosto de 1804 en Guastalla; el 4 de julio de 1805 en Génova; el 23 de setiembre del mismo año en Parma; el 16 de enero en Lombardía; en Módena, el 30 de enero; el 30 de marzo en Venecia; el 21 de abril de 1806 en Luca (donde gobernaban Elisa Bonaparte y Felix Baciocchi); en la Toscana, el primero de mayo de 1808; en Nápoles, el 26 de diciembre de 1809, y en el Estado Pontificio el 16 de enero de 1812<sup>4</sup>. Esta expansión vertigi-

---

<sup>3</sup> LIMPENS, «Territorial expansion of the Code», *op. cit.*, p. 94.

<sup>4</sup> Guido ASTUTI, «Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori», en *Napoleone e l'Italia*, Accademia Nazionale dei Lincei, Quaderno n.º 179, Roma, 1973, pp. 175-239.

nosa fue efímera, dado que con la restauración monárquica, en 1814, el Código francés fue abandonado con el mismo entusiasmo con el que había sido recibido. No obstante su corta vigencia, el efecto que produjo fue inmenso: ponía punto final al *ius comune* y a su sistema de fuentes. Desde entonces la ley se convertía en el oráculo jurídico. La doctrina de los autores y las costumbres, pilares del Derecho común, cedían ante el predominio de la ley. Pero al mismo tiempo ésta despertaba y modernizaba a la sociedad italiana.

Operada la restauración, a pesar del discurso antinapoleónico y de la influencia historicista contraria a la codificación, muy pronto la clase política se dio cuenta de que el Derecho romano-canónico ya no bastaba para regular las relaciones privadas. Entonces se empezaron a promulgar, en cada uno de los Estados, códigos «pre-unitarios», de escasísima originalidad y cuya matriz principal era nada menos que el *Code*, el cual esta vez primaba no por *ratione imperii* (la invasión napoleónica), sino por *imperii rationis* (sus virtudes técnicas e ideológicas). Así, se dictan el Código Civil para el Reino de las Dos Sicilias, en 1819; el Código para los Estados de Parma, Placencia y Guastalla, en 1820; el Código Civil para los Estados de Su Majestad el Rey de Cerdeña o Código Civil albertino, de 1838, y en 1852, el Código Civil «per gli stati stensi»<sup>5</sup>. Dichos códigos prepararon el terreno del Código Civil italiano de 1865, que instauró en Italia la unidad nacional y que rigió hasta 1942. Un papel de primer orden jugó en este sentido la literatura jurídica francesa, especialmente la Escuela de la Exégesis, pues reforzó la primacía de la ley. Gran parte de las obras de autores que perte-

---

<sup>5</sup> G. P. CHIRONI, «Le Code civil et son influence en Italie», en *Livre centenaire del Code Napoléon*, 1904, t. II, pp. 763-777.

De este proceso de codificación pre-unitario deben excluirse el territorio lombardo-veneto —entonces dentro de la jurisdicción de Austria, donde se promulgó el ABGB el año de 1815—, la Toscana y los dominios pontificios que carecían de códigos.

nección a este movimiento se tradujeron a la lengua de Dante y los juristas italianos estudiaban con avidez la doctrina francesa. Puede hablarse entonces de dos recepciones: una recepción legal: la del *Code*, y una recepción doctrinaria: la doctrina legalista de la exégesis. La recepción de la segunda, si bien reducía inequívocamente el Derecho a la ley, facilitaba que la disciplina civilista en cuanto producción teórica se unificase y especializase; alentaba, también, que la doctrina italiana recuperase, aunque de modo todavía discreto, el viejo prestigio perdido.

El Código italiano de 1865, resultado del *Risorgimento* y los ideales románticos, se nutrió también del *Code*, cuya filosofía liberal compartía. No sólo era una simpatía con el texto sino también con el espíritu. Esa influencia escapaba, pues, del mero ámbito jurídico. Era el mismo clima cultural que se reproducía. Muchos cambios sociales y políticos a los que había asistido la Francia de la época revolucionaria y napoleónica, ocurrieron igualmente, salvando las particularidades, en la Italia *risorgimentale*.

La filiación napoleónica del *Codice civile* italiano se advertirá en la estructura y el contenido, aunque en menor medida que los ordenamientos anteriores. Su fuente más importante, el Código albertino sardo, se hallaba fuertemente inspirado en el modelo francés. A pesar de ello traerá algunos dispositivos y principios que lo alejan de la ortodoxia del *Code*. No podía olvidarse totalmente la rica tradición jurídica del *mos italicus* medieval, como tampoco podía desatenderse a la realidad del país. El patriotismo y el nacionalismo del nuevo Estado que se gestaba habrían impedido también una nueva y completa recepción del Código francés. En muchos aspectos debía ser original. No estaba ausente tampoco la repercusión de la Escuela histórica del Derecho, y, particularmente, de Savigny. Tuvo, pues, el Código italiano, rasgos de autenticidad. Como algunos rasgos de esta originalidad, se encuentran, por ejemplo: la recurrencia expresa en el inciso 2 del artículo 3 del Título Preliminar, a la analogía y a los principios generales; la inclusión de normas de Derecho internacional privado; el reconoci-

miento de las personas morales o jurídicas; la igualdad entre el ciudadano y el extranjero en el goce de los derechos civiles, y la indisolubilidad del matrimonio<sup>6</sup>.

### 3.1.4 Alemania

En Alemania, en el Gran Ducado de Baden y en los estados de la Federación Renana, el Código napoleónico entra en vigor automáticamente tras la victoria francesa, en 1807. Regirá en ambas provincias durante casi un siglo, pues sólo hacia 1900 éstas se regirán por el BGB. La concesión del *Code* en estos lugares traería profundas modificaciones en el orden social y contribuiría decisivamente, merced a sus normas y principios, a transformar la sociedad feudal-estamental en una sociedad burguesa, rompiendo la estructura social y política del Antiguo Régimen<sup>7</sup>. La igualdad formal de todos los ciudadanos, consagrada por el *Code*, a despecho de su posición economicosocial diversa; la libre movilidad de los bienes inmuebles; la supresión del fideicomiso; la secularización de la vida privada, y la autonomía de la voluntad negocial, produjeron sustanciales cambios en la Alemania de esos tiempos, donde la codificación prusiana de 1797 conservaba todavía la división del cuerpo social en tres segmentos: nobles, burgueses y campesinos. No se crea, sin embargo, que la adopción del Código napoleónico

---

<sup>6</sup> Para mayor información en la historiografía jurídica más reciente, *vide* Carlo GHISALBERTI, *Unità, nazione e unificazione giuridica in Italia*, Laterza, Bari, 1988, especialmente el capítulo V: «La codificazione napoleonica e la sua recezione in Italia», pp. 111-146. Sobre la codificación de 1865 y 1942, del mismo autor, *La codificazione del Diritto in Italia (1865-1942)*, Laterza, Bari, 1994.

<sup>7</sup> Elisabeth FEHRENBACH, *Sociedad tradicional y Derecho moderno. La recepción del Code Napoleón en los estados de la Federación Renana*, Alfa, Buenos Aires, 1980.

fuera absolutamente revolucionaria, habida cuenta de que preservó una institución típicamente feudal: el mayorazgo, con el cual Napoleón pretendía asegurarse la conformación de un nuevo grupo de poder leal<sup>8</sup>.

A la dación del *Code* surgieron también en Alemania comentaristas de esta obra legislativa. El más brillante de todos fue Carl Salomo Zachariae von Lingenthal (1765-1843), profesor de la Universidad de Heidelberg, autor de un *Handbuch des französischen Civilrechts*, que contribuyó a la superación de los métodos de la escuela exegética. Aubry y Rau tradujeron al francés el trabajo del estudioso alemán, y ellos mismos se vieron notablemente influenciados por dicho estudio<sup>9</sup>.

El *Code*, así como encontró partidarios como Grolman y Gönner, que exigían su introducción integral, también halló en Alemania terribles detractores. El hecho de que se tratara del odiado producto de la ideología burguesa y el hecho de que fuera introducido con las armas mediante la conquista militar, provocó fatalmente diversas reacciones: de una parte, de las fuerzas aristocráticas que se oponían tenazmente a las reformas políticas y sociales, a la abolición del Derecho feudal, y de otra, del sentimiento patriótico alemán, que se enfrentaba al imperialismo francés. Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), jurista de origen aristocrático (y, paradójicamente, de ascendencia francesa), representante de la Escuela histórica, fue el más talentoso entre los primeros. En su celebrado ensayo *Von Beruf Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* («De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho»), publicado con afán polémico contra un abanderado de la codificación, Anton Friedrich Justus

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 47. Se advierte una flagrante contradicción entre el artículo 27 del Protocolo de la Federación Renana, sobre los privilegios de los señores estamentales, y el Código Civil antifeudal.

<sup>9</sup> Josef KOHLER, «Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemandes», en *Livre centenaire*, Paris, 1904, t. II, pp. 615-638.

Thibaut (1772-1840), en 1814<sup>10</sup>, arremete frontalmente contra la filosofía racionalista, la codificación (que por entonces se discutía en Alemania); reivindica la costumbre, la tradición, el nacionalismo, la idea de un desarrollo espontáneo del Derecho, contraponiéndolos a la ley, la razón, el cosmopolitismo y la elaboración científica, respectivamente. El Derecho, resultado del «espíritu del pueblo», según Savigny, debe ser más un instrumento de conservación que de cambio. Traduce así la mentalidad y los intereses de la aristocracia. La prédica historicista tuvo en Alemania, país de la Restauración monárquica absolutista, mucho éxito, tanto que, apenas en 1900, entró en vigor el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), el cual, a pesar de responder a un desarrollo jurídico específico, siendo el típico fruto del tecnicismo de la Escuela pandectística, contiene aún una serie de similitudes con el Código Civil francés<sup>11</sup>, como que pertenecen a la misma raíz romanista.

### 3.1.5 Suiza

En Suiza, el *Code* rige desde 1804 en Ginebra y en Berna, que entonces formaban parte de la República Francesa. Subsistió después de la caída de Napoleón en 1815, cuando los dos cantones se incorporaron a la Confederación Helvética. A lo largo del siglo XIX, época durante la cual los diversos cantones elaboraban sus códigos civiles, aquél seguía constituyendo el modelo ideal. Esto suce-

---

<sup>10</sup> El artículo de Antonio Federico Justo THIBAUT (1774-1840), «Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania» (Heidelberg, 1814), así como la réplica de Savigny, se encuentran en *La codificación*, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 1-169.

<sup>11</sup> Un paralelo entre ambos, por Carl CROME, «Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français», en *Livre centenaire*, *op. cit.*, pp. 587-614. Un rasgo esencial de ambos es el aprovechamiento del Derecho romano, aunque en ese punto el Código alemán es más romanizado.

de con el Código del cantón de Vaud, de 1819, y menos acusadamente en los códigos de Tessin (1837), Friburgo (1834-1850), Neuchâtel (1854-55), y Valais (1855). A partir de 1912 las leyes cantonales fueron sustituidas por el *Zivilgesetzbuch* (ZGB), obra del jurista Eugen Huber (1849-1923), en el cual los institutos jurídicos franceses juegan todavía un modesto rol, pero ya no parangonable al cumplido por las formas jurídicas autóctonas y por el Derecho alemán<sup>12</sup>. Esto no es óbice para considerar, como lo hace Cavin, que «durante casi un siglo el *Code* ha sido la base de nuestros derechos cantonales en la Suiza latina»<sup>13</sup>.

### 3.1.6 Rumania

El año de 1865 Rumania promulgó un código civil que era una mera traducción del Código francés, tanto así que los comisionistas que se encargaban de su «redacción» sólo necesitarían de dos meses para cumplir su cometido. En realidad desacataron al Consejo de Estado, que había recomendado seguir principalmente al Código Civil italiano, que acababa de dictarse.

Por otra parte, no hubo en este cuerpo normativo ningún esfuerzo por adaptar el Derecho civil a las condiciones del país. Constantinescu advierte que la dación de este código supuso inicialmente una ruptura total con el Derecho rumano antiguo, por lo que devino incompatible con la realidad que pretendía ordenar, «extraño a los hábitos del pueblo y a la realidad social del país»<sup>14</sup>. Posteriormente, merced a su aplicación, la distancia que separaba el Código de la realidad se atenuó. El Código rumano jugó un papel crucial en la modernización del país y facilitó la «europeización» creciente de una nación tradicionalmente cerrada.

---

<sup>12</sup> CAVIN, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, pp. 685-698.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 694.

<sup>14</sup> *Ibid.*, CONSTANTINESCU, p. 677.

### 3.1.7 Portugal

En la península ibérica, le cupo al *Code* desempeñar una tarea igualmente importante, a pesar de que estos pueblos, España y Portugal, eran portadores de una vieja cultura y de un legajo jurídico que hundía sus raíces en el Derecho romano y en las costumbres. En Portugal, que poseía ya desde el siglo xv un Derecho unitario con las Ordenanzas de Alfonso V, Felipe III y de otros monarcas, la elaboración de un código civil fue confiada al vizconde António Luis Seabra (1798-1895), profesor de la Universidad de Coimbra. Aprobado el proyecto por el Parlamento, comenzó a regir a partir de 1867. Su estilo academicista, lleno de definiciones abstractas, y la sistemática original, lo distinguían sustancialmente del Código francés. Empero, no deja de traslucir la influencia del *Code*, que entre los códigos extranjeros fue el más recurrido, sobre todo en los derechos reales, las obligaciones y los contratos. Se aparta de él al regular el Derecho de familia y las sucesiones<sup>15</sup>. Ha regido hasta junio de 1967, fecha en la empezó a operar un nuevo código civil.

No deja de llamar la atención que en el Brasil la tradición jurídica lusitana se haya mantenido con mayor pureza que en el mismo Portugal. En efecto, el *Esboço* de Código Civil brasileño, preparado por Augusto Teixeira de Freitas, refleja más nítidamente el Derecho común que la codificación portuguesa, vinculada más estrechamente a los códigos napoleónicos. Algo semejante habrá de ocurrir con el Código Civil español de 1889 y numerosos códigos latinoamericanos. Las antiguas metrópolis guardaban menor lealtad al pasado jurídico que los pueblos que acababan de sacudirse de la dominación colonial.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, DE MAGALHAES, pp. 630-638.

### 3.1.8 España

En España, la historia de la codificación, especialmente la civil, estuvo plagada de vicisitudes: «fue una sucesión de proyectos incompletos o derrotados, [...] la larga historia de una frustración»<sup>16</sup>. Durante casi todo el siglo XIX, el Derecho civil continuaba bajo el manto de las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Leyes de Toro*, la anacrónica *Novísima Recopilación*, promulgada esta última en 1805. Fuera de Castilla seguían en vigor las fuentes escritas o consuetudinarias forales, que tanto malestar habían causado a la unificación del Derecho español. España, en el plano normativo como en la esfera de la vida social, no había asomado todavía a la modernidad. Acelerar la codificación y con ella la modernización, era la divisa de la Constitución de Cádiz de 1812, que en el artículo 258 ordenaba la redacción inmediata de tres códigos: el civil, el penal y el de comercio. El primer proyecto de Código Civil, concluido en 1821, no delimitaba claramente la materia de Derecho civil, pues contenía normas administrativas, procesales y mercantiles. Era, además, excesivamente amplio. Su redactor principal, el jurista valenciano Nicolás María Garelly (1777-1850), liberal que luchó por la abolición de la inquisición y de los señoríos, a la manera de Portalis elaboró un «Discurso preliminar» que precedía a su proyecto. La influencia francesa es muy significativa en la sistemática y en las definiciones, como lo ha demostrado Mariano Peset, uno de sus más profundos conocedores<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 4.ª edición, 1988, p. 536.

<sup>17</sup> MARIANO PESET REIG, «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488, 1972, pp. 125-157. Véase la perspectiva diacrónica de larga duración de Johannes-Michael SCHOLZ, «Penser les institutés hispano-romaines», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 8, 1979, pp. 157-178. Véanse también los artículos compilados por Francisco RICO-PÉREZ a propósito del centenario del Código Civil español, en *Centenario del Código Civil* (4 vols.), Universidad de Pinoso Enrique Tierno Galván, Alicante, 1989.

Posteriormente, en 1832, bajo la restauración absolutista, un jurista guipuzcoano, Pablo de Gorosabel, publicó en Tolosa por iniciativa privada un proyecto de Código Civil español. Aunque, muy inspirado en el *Code*, Gorosabel no se limitó a transcribirlo. Su proyecto está basado también en la legislación y la doctrina castellana. Escasa repercusión del Derecho francés se encuentra en el proyecto de José María Fernández de la Hoz, publicado en 1843. De la Hoz se proponía elaborar un código utilizando predominantemente el Derecho castellano. Sin embargo, el famoso proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena (1783-1855), de 1851, sí se encuentra fuertemente signado por el *Code* napoleónico, por la doctrina de sus artífices, a saber, Portalis y Bigot de Préameneau, y por la doctrina de la exégesis, como se deduce del libro *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), publicado por Goyena –simplemente así se le designaba– y que fuera conocidísimo en América latina. Anima al proyecto la misma filosofía liberal iluminista del ordenamiento que toma por modelo. De allí el predominio de la legislación sobre las otras fuentes del Derecho, la identificación de la ley con todo el Derecho, el sentido individualista de la propiedad (art. 391), o la prohibición de las manos muertas de adquirir bienes inmuebles por testamento (art. 608). Esta última disposición afectaba seriamente los intereses de la Iglesia y sería un motivo determinante que evitó su promulgación. Otra norma que desató polémica fue el artículo 75, que sometía las causas de divorcio o simple separación de cuerpos *thorum et mensae* (el proyecto no reconocía el divorcio vincular) a la jurisdicción Civil. Una innovación de esa índole, no obstante su timidez, «no podía tener cabida en el Código Civil de una nación católica»<sup>18</sup>. El proyecto de 1851 suprimía los Derechos forales; por eso también concitó gran hostilidad en un país de marcadas identidades regionales. Ésta sería

---

<sup>18</sup> José María ANTEQUERA, citado por TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 542.

otra de las razones de su infortunio. La lección produjo su efecto, de modo que cuando se constituyó la comisión que habría de dar a luz el, hasta hoy vigente, finisecular Código Civil español de 1889, se convocó a civilistas representativos del Derecho foral. En el fondo se trataba de un arduo esfuerzo de conciliación entre el Derecho castellano, los Derechos forales y las influencias extranjeras, particularmente la ejercida por el *Code*. A veces resulta sorprendente encontrar la presencia francesa en campos tradicionalmente preservados a las leyes y costumbres locales. Por ejemplo, el artículo 57 del Código español reproduce literalmente el artículo 213 del Código francés, cuando estipula: «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido.» En materia de obligaciones la influencia francesa es notable.

La evidente repercusión de la legislación y la doctrina francesas en España no fue un fenómeno aislado, que comprometiera sólo el ámbito jurídico. La debilitada metrópoli atravesaba desde fines del siglo XVIII, en todas las esferas de la vida social, una ola de afrancesamiento, que alcanzaría el vértice más alto en el siglo XIX<sup>19</sup>, en el que se redactan los proyectos codificadores y el propio Código Civil. Sin embargo, el innegable atraso con el que se dictó un código moderno hizo de la influencia francesa una expresión tardía. Tal como observara un político español del ochocientos, Comas: «es demasiado tarde para presentarnos en Europa con un código individualista, y pronto, demasiado pronto para presentarnos con un código inspirado en el principio armónico y social»<sup>20</sup>. Ello no impidió que su vigencia se extendiera a Cuba, Puerto Rico y Filipinas, logrando así regir hasta en tres continentes.

---

<sup>19</sup> Dan cuenta de esta recepción cultural, Jean SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, y Richard HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Aguilar, Madrid, 198(?).

<sup>20</sup> Citado por Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, pp. 122-123.

### 3.1.9 Medio y Lejano Oriente

En el siglo XIX Francia era una de las potencias coloniales más poderosas. Las zonas sujetas a su dominio fueron sobre todo el Medio Oriente, África, Indochina y Oceanía. Con las armas, su cultura y su lengua, los franceses transportaron también su Derecho, y con él, su *Code civil*. Aunque estas colonias han alcanzado ya su independencia, la cultura jurídica francesa jugó un rol importante, incluso hasta nuestros días.

#### 3.1.9.1 Egipto

En Egipto, por ejemplo, en 1876, fue introducido un código civil mixto; en 1883 se dictó un código civil nacional. Ambos fueron casi idénticos al *Code* napoleónico, con exclusión del Derecho de familia y de las sucesiones, herederos de la tradición islámica. Tribunales mixtos conformados por jueces europeos se dedicaban a aplicarlos mientras no se afectaran cuestiones religiosas, reservadas a tribunales de origen local. Desaparecidos estos tribunales, que constituían una afrenta a la soberanía egipcia, se promulgó un nuevo código civil en 1848, obra del jurista As-Sanhuri, el mismo que entró en vigor un año después. Este código todavía reposa en gran parte en el Derecho francés. No se incluyen en él disposiciones sobre la familia y las sucesiones, que permanecen en el campo religioso. Separando estas materias de la ordenación legislativa, el Derecho musulmán es significativamente menor y éste asoma al regular la donación y el derecho de prelación<sup>21</sup>. Hasta hoy existe, pues, entre el Código francés y el nuevo Código egipcio, como anota Maury,

---

<sup>21</sup> Pierre ARMIJON, «Le Code civil et l'Egypte», en *Livre centenaire*, op. cit., t. II, pp. 744-760.

«una incontestable línea de parentesco, los dos pertenecen a la misma familia, pero el segundo no se limita a seguir o a imitar al primero. El legislador ha repensado, corregido y completado, realizando así una obra bastante original»<sup>22</sup>.

### 3.1.9.2 El Líbano

Este país, que formaba parte, como Egipto y Siria, del Imperio otomano, y que se hallaba regido por el *Medjelle* o *Majala*, rápidamente asimiló la cultura jurídica francesa, especialmente después que por orden de la Sociedad de Naciones fue sujeto, en 1922, a la autoridad francesa. En ese tiempo se produjo una masiva recepción de la doctrina jurídica francesa, recepción científica más que positiva. En ese contexto, en 1932 se promulgó un código de obligaciones y contratos, redactado por juristas franceses, entre los que se hallaba nada menos que Josserand. Más que hablarse entonces de una influencia directa del *Code*, se puede insistir en la repercusión del Derecho francés contemporáneo. Igual suerte corrieron el Derecho procesal civil y el Derecho comercial, basados primordialmente en el Derecho galo moderno. La educación legal ha recibido también esta impronta. Podría decirse que el Líbano, país predominantemente islámico, pero multirreligioso, en materia jurídica es el más occidentalizado<sup>23</sup>.

### 3.1.9.3 Siria

Este país, decididamente más enraizado en la religión musulmana,

---

<sup>22</sup> MAURY, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, p. 842.

<sup>23</sup> CHEVALIER, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, pp. 868-879. *Vide* también Konrad ZWIEGERT y Hein KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 137.

tuvo una recepción del Derecho francés mucho más débil que la del Líbano. Sólo después de acabada la segunda guerra mundial se promulgaron numerosos códigos, como el Código Civil dictado en 1949. Las infiltraciones de aquél existen, pero «son menos netas y no presentan las mismas perspectivas de desarrollo»<sup>24</sup>. Aquéllas, sin embargo, aunque pocas son asaz importantes. Una de las más significativas es el régimen moderno de Derecho patrimonial. Su fuente más importante es el Código Civil egipcio, inspirado en parte, como hemos visto, en el Derecho francés. No podría hablarse aquí de una repercusión directa del *Code*, sino de una circulación selectiva y limitada de los modelos jurídicos franceses en las diferentes ramas.

#### 3.1.9.4 Turquía

Aunque Turquía adoptó cuatro códigos franceses: el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, en materia civil el Código Civil turco, conocido con el nombre *Medjelle* y promulgado en 1869, sólo tuvo fortuitas semejanzas con el *Code* napoleónico. En este país más bien se operó, en 1926, después de la proclamación de la república por Kemal Atatürk, una recepción integral del Código Civil suizo (ZGB), obra de Eugen Huber. La recepción incluyó también al Código suizo de las obligaciones, introducido prácticamente sin variaciones. Pero el legislador turco no se contentó con adoptar los textos legislativos, sino que dispuso la traducción de obras doctrinales y de la jurisprudencia del tribunal helvético, al tiempo que enviaba a jóvenes juristas a estudiar en las universidades del país cuyo Derecho se recepcionaba. Fue ésta, pues, una recepción integral en el verdadero sentido de la palabra.

---

<sup>24</sup> CHEVALLIER, *ibid.*, p. 75.

En la recepción del Código Civil suizo y del Código de las obligaciones prevalecieron diversidad de razones. Desde un hecho casual: el ministro de Justicia había estudiado Derecho en Suiza, hasta la familiaridad de los juristas turcos con la lengua francesa. El BGB alemán por esta misma razón no gozó del respaldo del político turco, quien se hallaba convencido de que adoptando arquetipos occidentales de todo género (las leyes comprendidas y, curiosamente, aun la vestimenta), habría de portar a su país al desarrollo, tanto que al proceso de modernización compulsiva se le conoce con el neologismo de *kemalización*<sup>25</sup>.

### 3.1.9.5 Argelia, Túnez y Marruecos

Desde el inicio del siglo XIX los territorios del Magreb: Argelia, Túnez y Marruecos, fueron objeto de la influencia política francesa. Su Derecho de las obligaciones y su Derecho comercial, como recuerdan los comparatistas Zweigert y Kötz, son muy similares al modelo francés<sup>26</sup>. Así, en Argelia fueron introducidos en bloque el *Code civil* y el *Code de commerce*, desde 1834. En Túnez (1906) y en Marruecos (1913) entró en vigor un *Code des obligations et des contrats*, consistente en una adaptación del Código Civil francés a las exigencias locales. Incluso ahora, a pesar de las reformas introducidas, la presencia del Derecho francés es inconfundible.

En el campo del Derecho de familia y del Derecho sucesorio regía una suerte de estatuto personal. Las controversias entre ciudadanos franceses residentes se resolvían en tribunales especiales que aplicaban las reglas del *Code civil*, en tanto que los conflictos entre los nativos eran conocidos por tribunales religiosos, de conformidad al credo religioso. Existían para ello tribunales cristianos,

---

<sup>25</sup> ZWIEGERT y KÖTZ, *op. cit.*, p. 216.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 138.

hebreos y musulmanes. Tras la independencia, todos, nativos y extranjeros residentes, se someten al Derecho islámico, que ha sido codificado en Túnez, en 1956, y en Marruecos, en 1958<sup>27</sup>.

### 3.1.9.6 Irán

Irán procedió a codificar su Derecho entre 1928 y 1935. El papel del Derecho francés era servir de modelo, mas no debe exagerarse su importancia, ya que en materia civil su rol es secundario. El Derecho iraní se inspira principalmente, en efecto, en las costumbres islámicas, que en los últimos años han sido reforzadas por una política estatal resueltamente fundamentalista<sup>28</sup>.

### 3.1.10 África negra

Las colonias francesas más extensas se encontraban en el África, y más precisamente, al sur del Sahara. Con el tiempo todos estos territorios se han convertido en Estados independientes. Entre estos flamantes Estados y Francia subsisten, naturalmente, especiales relaciones de tipo económico y cultural, aunque las tentativas de crear una suerte de *Commonwealth*, mediante la *Union Française*, han tenido poco éxito.

Al imperio colonial francés pertenecía la gobernación general de África occidental, de cuyo territorio nacieron, a pesar de los esfuerzos por mantener la unidad estatal, ocho Estados independientes: Senegal, Mauritania, Malí, Nigeria, Guinea, Alto Volta, Costa de Marfil y Gambia. Lo mismo sucedió en África ecuatorial francesa, de la cual surgieron, en 1960, Gabón, el Congo, Chad y la Re-

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> MAURY, *Travaux...*, *op. cit.*, p. 833.

pública Centroafricana. Es preciso recordar a Togo y Camerún, que primero fueron colonias alemanas y después de la segunda guerra mundial fueron sometidas a la administración francesa; además de Madagascar, sujeta al dominio francés desde 1885 e independizada también en 1960. Si se incluyen las zonas que pertenecían a Bélgica, o sea, el Congo, Ruanda y Burundi, se puede evaluar claramente cuál es la importancia de los Estados francófonos, donde primordialmente aparecen las concepciones jurídicas francobelgas<sup>29</sup>.

Poco después de la conquista los franceses introducían ritualmente el *Code civil* y el *Code de commerce*, con una u otra modificación, incluyendo las modificaciones que se operaban en la metrópoli. La dación de estos textos legislativos regía para los ciudadanos franceses, es decir, los emigrados y sus descendientes o cualquier otro que obtuviera dicha ciudadanía. A los súbditos no franceses de estas colonias, que en virtud del artículo 80 de la Constitución francesa de 1946 devinieron «ciudadanos franceses de estatuto local», curiosa categoría, no se les aplicaban dichos códigos, sino más bien el Derecho africano consuetudinario o el Derecho islámico. Así como existía un estatuto personal en el plano normativo, lo había también en el plano jurisdiccional.

Un país en el que ha habido un alto grado de asimilación del Derecho francés es el Senegal, en el que en 1964 se ha promulgado un código de las obligaciones, de influencias varias. En los otros países el Derecho consuetudinario y el islámico no han perdido su vigor, no obstante que durante la dominación colonial Francia hizo denodados esfuerzos por difundir el uso de su Derecho. No puede desconocerse que junto a necesidades prácticas que aconsejaban su introducción quedaba el viejo ideal igualitario e iluminista de la Revolución.

---

<sup>29</sup> ZWEIGERT y KÖTZ, *op. cit.*, pp. 138-139.

### 3.1.11 Extremo Oriente

#### 3.1.11.1 Japón

En 1867, una era de modernización empieza en el Japón. La codificación del Derecho japonés estaba decidida<sup>30</sup>, pero mientras se la esperaba, una ley de 1875 imponía a los jueces «decidir según las disposiciones legislativas; en defecto de ellas, conforme a las costumbres. Si no hubiese ley ni costumbre, según los principios de la razón y de la equidad»<sup>31</sup>. Los magistrados japoneses debían buscar estos principios en el Derecho occidental y especialmente en el Derecho francés, entonces dominante. Esta preponderancia se debe sobre todo a la labor del jurista francés Gustave Boissonade (1825-1910)<sup>32</sup>, quien cumplió un importante rol como consejero y profesor universitario, insistiendo en el Derecho natural. Boissonade reforzó el interés de los estudiantes de la época Meiji por el Derecho europeo, quienes, a la vez, mostraban un enorme interés por la lengua francesa entonces en boga. El mismo jurista fue comisionado para preparar un código civil que, como es lógico, se apoyaba básicamente en el *Code*. En un caso único en la historia legal contemporánea, su proyecto fue aplicado en el Japón entre 1880 y 1896 sin haber recibido sanción oficial alguna. El esbozo fue, sin embargo, criticado por su excesivo afrancesamiento, que no prestaba ninguna atención al desarrollo legislativo y

---

<sup>30</sup> Sobre la influencia del *Code* en el Japón, *vide* GORAI, «Influence du Code civil français sur le Japon», en *Livre centenaire*, t. II, *op. cit.*, pp. 781-790. Igualmente, MASAO ISHIMOTO, «L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 67, 1954, pp. 744-752.

<sup>31</sup> ZAJTAY, «Les destinées du Code civil», en *Livre centenaire*, *op. cit.*, p. 809.

<sup>32</sup> MARIO G. LOSANO, «Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno», en *Materiali per la storia della cultura giuridica moderna*, 1973, pp. 519-585.

doctrinal de otros países, en especial el Derecho civil alemán, que precisamente durante esos años estaba siendo codificado. Por esa razón, una nueva comisión fue constituida. A ella se debe la elaboración del Código Civil japonés de 1898, un código que, aunque conserva la influencia del *Code* y de la doctrina francesa, no escatima al BGB alemán<sup>33</sup>. En definitiva, el proyecto de Boissonade se mantuvo.

### 3.1.11.2 China

La China siguió el ejemplo del Japón en materia de codificación, constituyendo una comisión en 1916. Los códigos chinos fueron promulgados entre 1929 y 1931. Siguen sustancialmente al BGB alemán, aunque el aporte francés no estuvo ausente, como lo atestigua la presencia de un jurista galo en la comisión redactora, Escara, profesor de la Universidad de París, quien admitió no haber insistido demasiado en imponer el *Code civil* en China. Los acontecimientos revolucionarios truncaron la vigencia de estos códigos, calificados de «burgueses». En nuestros días, el proceso de «socialismo de mercado» que conduce a China a una franca modernización capitalista, al margen del eufemismo del nombre, exige la incorporación de instituciones jurídicas que otorguen la suficiente seguridad jurídica a las transacciones. En el ámbito del Derecho civil, la influencia del sistema romanista es bastante marcada. La Universidad de Pekín, por ejemplo, desarrolla en coordinación con la Universidad de Roma Tor Vergata, un proyecto de traducción del *Corpus Iuris Civilis*. Distinto es el camino optado por el Derecho comercial y el Derecho penal, que siguen sobre todo al *Common Law*.

---

<sup>33</sup> Jean LIMPENS, «Territorial Expansion of the Code», *op. cit.*, p. 101.

### 3.2 Recepción y circulación del *Code* en América latina

Tradicionalmente se ha juzgado que la circulación de las ideas y de las normas jurídicas francesas, especialmente en el campo del Derecho privado o, dicho con más precisión, en el del Derecho civil, ha sido de tal magnitud que los países latinoamericanos no hicieron otra cosa que copiar literalmente el *Code* de Napoleón, acogéndolo como suyo en su integridad. Tal afirmación tiene, sin duda, algo de verdad en lo concerniente al momento inicial de la codificación, pero no puede conducirnos a generalizaciones temporales y geográficas. Sin embargo, la influencia del *Code* en América ha sido considerada por algunos como la única y más importante fuente del contenido de los códigos latinoamericanos del ochocientos<sup>34</sup>. Los códigos latinoamericanos, bajo esa perspectiva eurocéntrica, aparecerían como simples epígonos o satélites alrededor de un astro que era el *Code*; una cohorte de satélites numerosísima que encarnarían la reproducción más o menos exacta de la horma. Serían, para usar la bella como injusta expresión de Bartolomé Clavero, «napoleónidos», en cuanto entran en la órbita del astro rey, del paradigma<sup>35</sup>. Tampoco se puede minimizar la in-

---

<sup>34</sup> Una visión extrema en esa dirección la ofrece JOSÉ HURTADO POZO en *La ley «importada». Recepción del Derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima, 1979, cuando sostiene que los códigos decimonónicos de Haití, Bolivia, Chile, Ecuador, Uruguay, Argentina, Colombia y Perú «constituyen versiones fieles del Código Civil francés» (p. 19), colocando en el mismo plano códigos tan diversos entre sí como el de Haití y el de Chile (que inspiró los códigos de Ecuador y Colombia allí citados). El problema de Hurtado Pozo, cuyo aporte teórico y metodológico es impecable, fue que tomó excesiva confianza de fuentes secundarias. La misma cita, *letra por letra*, podemos encontrarla en un autor europeo, PAPACHRISTOS, *La réception des Droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1975, p. 27.

<sup>35</sup> Bartolomé CLAVERO, «Ley del Código: transplantes y rechazos constituciona-

fluencia del *Code* en el área americana, asignándole, por ejemplo, la misma importancia que al *Landrecht* prusiano o al Código Civil austriaco, o explicando el proceso codificador de la región como el puro resultado de una tradición jurídica autónoma que hunde sus raíces en las compilaciones romanas y castellanas (y que olvidó drásticamente la tradición indígena), y que, por lo tanto, no precisaba de un modelo como el del *Code*, deduciendo de ello por añadidura que cualquier análisis en su relación con este último sería inoperante. Bastaría atender entonces a una singularísima experiencia jurídica latinoamericana, que «debe ser interpretada sobre la base de criterios internos muy suyos»<sup>36</sup>. Ambas perspectivas, la primera, que pretende basar exclusivamente el desarrollo del Derecho civil latinoamericano moderno en el Código napoleónico, y la segunda, que anula toda contribución francesa significativa para el desenvolvimiento legal y doctrinario latinoamericano, considerando estéril una perspectiva comparatista entre aquél y los códigos del

---

les por España y por América», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 23, 1994, pp. 81-194. Clavero, en un exhaustivo pero todavía incompleto análisis de los títulos preliminares de varios códigos iberoamericanos, considera que la dependencia de tales ordenamientos legislativos con el paradigma francés se conecta, especialmente, con la supresión o debilitamiento de otras fuentes, como la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, del horizonte jurídico, y la correlativa identificación de la ley con el Derecho. Aunque tal observación es verdadera y llevó al legislador latinoamericano a asumir una postura realmente esquizofrénica frente a la realidad indígena, negando abstractamente su existencia, parece, por un lado, olvidar que el monopolio del Derecho por parte del Estado y el predominio de la ley sobre otras fuentes responde a un proceso histórico particular antes que a la adopción más o menos calculada de un artículo legislativo. Confunde, además, la parte con el todo. Si la reducción del Derecho a la ley es un rasgo de dependencia, no es tampoco el único, como no constituyen ejemplos de independencia plena las notas distintivas que se fijaron en dichos códigos.

<sup>36</sup> Hermann EICHLER, *Privatrecht in Lateinamerika* (manuscrito), Fest. Hellbling, Berlin, 1981, p. 481. (Hay traducción española de Héctor DELLA COSTA: *Derecho privado en Latinoamérica*.)

Nuevo Mundo, incurren en error y se basan comprensiblemente en puntos de vista subjetivos: la simpatía o la aversión, o, en todo caso, en una insuficiente compenetración con las fuentes o con el universo ideológico latinoamericano del siglo XIX.

La tradición ibérica ocupó, en efecto, también un espacio importante en la legislación y en la doctrina. Gran parte de las instituciones jurídicas de la época llevan la impronta castellana, pues ésta se avenía a los valores y convicciones imperantes entre la clase dirigente. Empero, este sector social, de cuyo seno procedían muchos de los codificadores, intentaba asimilar el Derecho de la codificación europea de entonces<sup>37</sup>, particularmente el Derecho francés, adecuándolo en menor o mayor grado a sus propios valores<sup>38</sup>. Por esa época, las antiguas colonias de España reafirmaban su soberanía organizando sus Constituciones y cuerpos legislativos básicos. Subyacían a esa vorágine sistematizadora razones políticas, ideológicas y tecnojurídicas. Como Estados independientes, no podían dejar de contar con un andamiaje legal propio, máxime cuando los textos constitucionales se habían trazado un programa codificador. Por otro lado, el racionalismo iluminista, que había acompañado la emancipación, imponía la sanción de códigos capaces de condensar en un número limitado de artículos soluciones a problemas de naturaleza jurídica. Francia, cuya filosofía racionalista había nutrido la mentalidad de los próceres de la Independencia, ofrecía con el *Code* el ejemplo más llamativo. Éste se presentaba como la coronación de los principios revolucionarios, ga-

---

<sup>37</sup> Ilustrativo de la influencia europea no francesa es el trabajo de Rolf KNÜTEL, «Influenza dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794 sul Código Civil argentino del 1869», en *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano*, CEDAM, Padova, 1991, pp. 79-108; y el de Gian Savino PENE VIDARI, «Note sui rapporti fra codice cileno e codice sardo sui regime delle acque», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, *op. cit.*, pp. 425-436.

<sup>38</sup> Vide Héctor LAFAILLE, *Fuentes del Derecho civil en América latina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

rantizaba la igualdad de los ciudadanos, la libertad contractual y la seguridad jurídica en las relaciones sociales. En ese sentido, como explica Ernesto Cordeiro Álvarez, el *Code* gozaba en estas tierras de un valor político considerable<sup>39</sup>, aspecto que no debe ser desdeñado al historizar este proceso. Asimismo, se juzgaba que la dación de los códigos representaba un avance desde el punto de vista formal frente al enmarañado e incierto Derecho de la colonia, que, a pesar de su riqueza doctrinaria, confundía, dada su impresionante extensión y su escaso orden sistemático, a los operadores del Derecho.

Se produjo, en consecuencia, una simbiosis al interior del Derecho latinoamericano: de una parte, la tradición hispánica, y de otra, la legislación y la doctrina modernas encarnadas en el *Code* de Napoleón. Si observamos atentamente, encontraremos que nuestros códigos, en menor o mayor medida, se inspiran en el paradigmático ordenamiento.

El *Code* napoleónico, así como los ordenamientos que en él se inspiraban, tuvieron una adaptación más o menos grande con la realidad social. No se interpuso un divorcio dirimente entre los dos datos: la formulación normativa y la realidad, a pesar de que tal diferencia existió y era bastante grande. No fueron tampoco simples mandatos arbitrarios o una mera expresión verbal. La fortuna que habrían de tener estos códigos se mide por el grado de eficacia con el que estaban investidos. Todo código ha de estar premunido de un *mínimum* de viabilidad; de este carácter estaban dotados el *Code* y los códigos que lo imitaban. Una de las razones que explican la exitosa adopción del *Code* descansa en el hecho de que los legisladores latinoamericanos no lo veían como un cuerpo legal extraño a su propia tradición jurídica: el Derecho romano, que conocían de cerca, era también la base del modelo que seguían. Esta vigencia de la codificación en América latina no po-

---

<sup>39</sup>Cordeiro ÁLVAREZ, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, p. 740.

día ser, sin embargo, la réplica exacta de la experiencia jurídica francesa. Naturalmente, si en el texto legislativo había muchas semejanzas, no las había en el contexto social y económico. Así, una serie de instituciones extranjeras carecerían de correspondencia con las circunstancias locales, de índole diversa. La recepción heterogénea habría de propiciar el desarrollo de un tipo de Derecho que, no obstante sus similitudes —en el plano de la literalidad y la sistemática— con la codificación europea, particularmente con la napoleónica, en el terreno de la aplicación práctica pronto comprobaría enormes diferencias; contradicciones que en ocasiones serían tan patéticas como la del armador francés fabulado por Carpentier en *El siglo de las luces*, jacobino y amigo espiritual de Rousseau y Voltaire, quien no encontró mejor nombre para un buque negrero que el de *El contrato social*.

### 3.2.1 República Dominicana

Este antiguo dominio ibérico, que fue colonizado desde las primeras expediciones descubridoras de Cristóbal Colón, ocupa la parte oriental de La Española, isla que alberga a dos Estados soberanos: República Dominicana y Haití. Santo Domingo, como usualmente se le conoce, sirvió a los españoles de puerta de entrada a las Indias occidentales. La lengua, la religión y las formas jurídicas españolas se transplantaron a su suelo. En esta vieja posesión hispana se abrió el primer centro de estudios del continente, se edificó la primera catedral y se instaló la primera Audiencia; se adjudicó la primera encomienda y seguramente se tramitó el primer proceso judicial. Por ello se nos presenta como «la cuna de la civilización occidental en el Nuevo Mundo»<sup>40</sup> y como la primera avanzada del

---

<sup>40</sup> Federico ÁLVAREZ, «La circulation du modèle juridique français: la république dominicaine», en *Journèes franco-italiennes de la Association Henri*

colonialismo europeo en América. En Santo Domingo, donde su padre y él mismo fueron encomenderos, Bartolomé de Las Casas —ese valiente sacerdote dominico— empezó su prédica a favor del indio. La Española adquirió, pues, gran importancia en los años iniciales de la Conquista; pero descubiertos luego territorios y civilizaciones más ricas en el continente, los colonos españoles decidieron alejarse de ella; abandonando los cultivos, dejaron la isla a merced de filibusteros ingleses, franceses y holandeses.

La parte occidental de la isla, región montañosa donde se halla Haití, fue ocupada lentamente por Francia, que desde 1640 poseía la isla Tortuga. Un marino francés, Bertrán d'Oregon, asentó la posesión francesa. Tras una serie de querellas fronterizas con España, Francia consolidó su dominio merced a la paz de Riswick (1697), primero, y luego gracias al tratado de Aranjuez, celebrado en 1777. Casi veinte años más tarde las posesiones francesas se extenderían hasta cubrir el entero territorio de la isla. En efecto, en virtud del tratado de Basilea, España, gobernada ya por los Borbones y sumida entonces en una crisis atroz, vende oficialmente la parte oriental de la isla. La operación comercial se efectuó en 1795. Empero, en la práctica no se produce todavía lo que podríamos llamar una «colonización» de la parte oriental. Como ésta no se lleva a cabo, en enero de 1801 el carismático líder negro antiesclavista Toussaint-Louverture, nada menos que a nombre de Francia e invocando los títulos del tratado, penetra en Santo Domingo con una turba de rebeldes, prácticamente sin hallar resistencia a su paso y antes bien con el apoyo de los esclavos dominicanos<sup>41</sup>. Ante el al-

---

*Capitant des amis de la culture juridique française*, sobre circulación del modelo jurídico francés en América latina, Niza, mayo de 1993.

<sup>41</sup> Alejo Carpentier ha descrito con maestría la larga y cruenta rebelión negra en Haití. En *El reino de este mundo* narra, por ejemplo, el fallido alzamiento de Vicente Ogé y la feroz represión que siguió a su derrota. Mientras que en *El siglo de las luces* se ponen al descubierto las contradicciones que encierra la expansión de las ideas iluministas de la Revolución francesa en un medio to-

zamiento que devoraba toda la isla, Napoleón, haciendo la vista gorda de los ideales de libertad, mientras escribía a Toussaint-Louverture en los términos más cordiales, manifestándole su admiración, enviaba cazurramente a su cuñado, el general Leclerc, a la cabeza de un poderoso regimiento, para imponer paz y tranquilidad en la isla; léase: con el propósito de poner a salvo la vida y los bienes de los colonos blancos que pugnaban por mantener la esclavitud. Después de una cruenta guerra, el ejército de Leclerc, conformado por 25 000 hombres, casi diezmado por las batallas y la fiebre amarilla, logra la capitulación de la resistencia. Simulando dejar en libertad a Toussaint, al poco tiempo éste es apresado mientras duerme y es enviado a prisión en Francia, donde fallece. Alentados por los principios de igualdad y fraternidad que la ideología revolucionaria enarbolaba, y afligidos por la captura de su jefe, los haitianos no dan tregua al enemigo. Contra toda lógica, atendiendo al número de hombres y al tipo de armamento, los rebeldes negros arrojan a los franceses y constituyen, en enero de 1804, una república autónoma: Haití. Unos años después, hacia 1809, los franceses sobrevivientes son expulsados de la parte oriental por una alianza compuesta por colonos y fuerzas inglesas y españolas. En el marco del tratado de París, en 1814, España recupera la autoridad sobre su antigua colonia.

Las vicisitudes en la isla no concluyen allí. Tras la frustrada independencia que proclamara, en 1821, José Núñez de Cáceres, rector de la Universidad de Santo Domingo, esta posesión nuevamente cae en manos de Haití, instalándose, hacia 1822, la feroz dictadura de Boyer.

Santo Domingo ofrece un caso muy interesante, porque es un país en el que el *Code* se halla todavía en efecto. Fue también el primero en adoptarlo. El mes de julio de 1825, en un típico caso

---

talmente extraño —como el Caribe esclavista— a los principios proclamados por la ideología liberal. La presencia del valiente como lúcido jefe negro, Toussaint-Louverture, desfila por la novela.

de recepción integral, Haití adopta el *Code civil*, que entra en vigor en toda la isla. Meses después adoptaría los otros códigos franceses. La legislación francesa rige en Santo Domingo durante los veintidós años de dominación haitiana, y no eran sino las leyes impuestas por un pueblo invasor. Empero, cuando gracias a la lucha tenaz de los colonos liderados por Juan Pablo Duarte, el 27 de febrero de 1844 se proclama la independencia, no se pensó en derogar los *cinq codes* promulgados por el invasor. Es más, el 4 de junio de 1845 la Asamblea legislativa adopta los cinco códigos franceses, vale decir, el civil, el penal, el de comercio, el de procedimientos civiles y el de procedimientos penales. Lo «real maravilloso» —la frase célebre de Carpentier— prevalece otra vez y se promulgan nada menos que ¡en lengua francesa!<sup>42</sup>.

En 1861, a iniciativa del propio presidente de la República, Santana —un antiguo prócer independentista—, Santo Domingo se anexa a España. Todos los códigos son sustituidos por la legislación española, salvo uno: el *Code civil*. El año 1865 se restituye la independencia y con ella el vigor de los *cinq codes*. Recién en abril de 1884 el Código Civil es traducido por una comisión de juristas a la lengua castellana y promulgado oficialmente como el Código Civil dominicano, con 2 280 artículos, uno menos que el *Code* napoleónico<sup>43</sup>.

Ciertamente, en el Código Civil dominicano se han introducido diversas reformas<sup>44</sup>. Habría sido absurdo, por ejemplo, en un país en el que los hijos extramatrimoniales son la mayoría, conservar

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, Federico ÁLVAREZ (hijo). Este autor señala que estos códigos eran diferentes a los códigos haitianos. Lamentablemente, no indica en qué consistía esa diversidad. Suponemos que eran sustancialmente idénticos. Sin embargo, sería interesante acabar con las dudas mediante un estudio comparativo.

<sup>43</sup> J. B. PÉREZ, *El Code civil francés en la República Dominicana*, ONAP, Santo Domingo, 2.<sup>a</sup> edición, 1984.

<sup>44</sup> Federico ÁLVAREZ, *op. cit.*, incluye en los anexos de su cuidadoso trabajo las modificaciones y reformas que ha sufrido la legislación civil dominicana.

disposiciones del *Code* abiertamente hostiles a quienes detentan esa condición, a saber: la imposibilidad de indagar judicialmente la paternidad; la desigualdad entre hijos legítimos e ilegítimos en la distribución de la masa hereditaria, etc. D'Ardenne de Tizac<sup>45</sup> ha puntualizado algunas diferencias de los códigos haitiano y dominicano frente al Código Civil francés, entre las que enfatiza justamente la consideración de los hijos, divergencias que insinuarían cierta originalidad del legislador caribeño.

La vinculación entre el Derecho dominicano y la cultura jurídica francesa es sumamente estrecha, como se evidencia de la revisión del libro de Familia, cuya reforma, aprobada el año 1878, fue llevada a cabo por una comisión mixta francodominicana<sup>46</sup>. Además, los tribunales dominicanos citan jurisprudencia francesa y las facultades de Derecho siguen la doctrina de Francia. Puede convenirse entonces con Galíndez cuando asegura que la historia de la legislación civil en República Dominicana «es la historia del *Code civil* en ese país»<sup>47</sup>.

Ni siquiera la ocupación norteamericana, entre 1917 y 1924 —que, por supuesto, dejó algún rastro—, logró destruir la preeminencia legal de este ordenamiento<sup>48</sup>, que se encuentra plenamente enraizado en la tradición jurídica y cultural de ese país. Después de más de una centuria de vigencia el viejo *Code* ha dejado ya de ser francés, merced a un complejo proceso de adaptación social, convirtiéndose en dominicano.

---

<sup>45</sup> Cita de Hermann EICHLER, *Derecho privado en Latinoamérica*, op. cit.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> GALÍNDEZ, *Travaux de la Semaine...*, op. cit., pp. 806-807.

<sup>48</sup> Gustavo Adolfo MEJÍA RECART, *Historia general del Derecho o historia del Derecho dominicano*, Santiago, República Dominicana, 1943.

### 3.2.2 México

Si excluimos a Haití (1825) y Luisiana (1808 y 1824), México, con el Código Civil para el Estado de Oaxaca, se presenta como el primer país americano en contar con un código civil<sup>49</sup>. Aquél es, como bien ha dicho con insistencia Raúl Ortiz-Urquidi<sup>50</sup>, el primer código iberoamericano propiamente dicho, pues el dominicano fue promulgado bajo la dominación haitiana, mientras que aquel código ciertamente fue el primero entre todos los europeos y americanos afiliados a la tradición española y portuguesa.

El Código de Oaxaca fue aprobado de manera separada en tres libros sucesivos por el segundo Congreso constitucional de dicho estado, en las siguientes fechas: el primer libro, el día 31 de octubre de 1827; el segundo, el 2 de setiembre de 1828, y el tercero, el 29 de octubre del mismo año. Su promulgación tuvo lugar, sucesivamente, en el orden antes mencionado: el 2 de noviembre de 1827, el 4 de setiembre de 1828 y el 14 de enero de 1829<sup>51</sup>.

Dicho código constaba de tres libros: el primero, precedido de un título preliminar de trece artículos, tenía por título «De las personas» (arts. 14 al 389); el segundo, «De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad» (arts. 390 al 570), y el tercero, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», siendo el más extenso (arts. 571 al 1415).

---

<sup>49</sup> María del Refugio GONZÁLEZ, *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, pp. 63-114; Francisco de ICAZA, «La codificación civil en México (1821-1884)», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, año 9, n.º 9, México, 1985, pp. 265-278. También, José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, «Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, año 10, n.º 10, México, 1986, pp. 373-384.

<sup>50</sup> Vide Raúl ORTIZ-URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, Editorial Porrúa S. A., México, 1974.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 9.

El modelo que sigue este texto normativo no es otro que el *Code* Napoleón. En su sistemática, al igual que el Código francés, se inicia con el libro de las Personas; el libro segundo literalmente sigue al francés y lo mismo hace el libro tercero. Si se procede a un examen analítico del texto y de las instituciones que trae<sup>52</sup>, se observa, por ejemplo, que el artículo primero del Título Preliminar ha sido puntualmente reproducido del francés, con ciertas variantes curiosas: la entrada en vigor de las leyes no se produce después de un día sino después de dos días de su promulgación. El Código de Oaxaca tampoco suprime la lectura de los bandos, con lo que no hace sino seguir una vieja costumbre hispana. Por lo demás, se advierte, por cierto, una adaptación de las fórmulas políticas de un Estado federal como el mexicano. Una serie de normas del Título Preliminar del *Code* han sido seguidas. El efecto más importante de dicha recepción consiste en el abandono de la costumbre como fuente formal del Derecho, lo cual parecería inexplicable para una sociedad mayoritariamente indígena si no se toma en cuenta el clima ideológico liberal de la época. Sin embargo, es fácil percibir un afán de adaptación, lo cual se evidencia en el trastocamiento del orden y meridianamente en el artículo 8, que confusamente redactado estipula:

«Todo habitante del estado está obligado á instruirse de las leyes que sean concernientes á su estado, profesión, ó á sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada.

Solamente en el caso en que las acciones que antes eran

---

<sup>52</sup> Uno de los mayores aciertos del trabajo de Ortiz-Urquidi es el haber incluido en los anexos los tres libros, hasta entonces casi inaccesibles para los estudiosos de otros países, en la parte final de su valioso estudio. María del Refugio GONZÁLEZ reconoce que dicho código fue «motivo de una búsqueda casi policiaca, infructuosa hasta ahora»: *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México durante el siglo XIX*, op. cit., nota 62, p. 77.

permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído si alegare que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no hubo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley.

Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta excepción.»

El artículo 8, sin duda, atiende a la realidad indígena del estado de Oaxaca; sin embargo, peca de ingenuidad y etnocentrismo cuando, implícitamente, espera que la raza aborigen se familiarice con el castellano en el término de cinco años desde que se publiquen los códigos.

En el libro de las Personas, a pesar de que el molde es el Código de Napoleón, se halla en el artículo 16 una disposición desconocida en el ordenamiento francés: «Los seres inanimados nacidos de muger, pero sin forma ni figura humana, no tienen ni derechos de familia ni derechos civiles.» La huella del Derecho romano y castellano es allí harto evidente. Donde se encuentra una variante significativa es en el título III, que regula el domicilio. El Código de Oaxaca opta por ocuparse del «domicilio y de la vecindad»: la «vecindad» es una categoría desconocida para el Código napoleónico. Todo lo relativo a los registros de estado civil, ausencia y muerte civil es sustancialmente idéntico a su modelo napoleónico.

Como la mayor parte de la legislación latinoamericana de la época, en materia familiar y sucesoria no se inclina por las fórmulas del Código galo. Su inspiración en estos campos se encuentra en otras fuentes: en cuestiones matrimoniales, en el Derecho canónico; y en asuntos sucesorios, en el libro X de la *Novísima Recopilación*. En ese sentido, marcó una pauta que habrían de seguir otros países: imitar al *Code*, excepto en el ámbito familiar y en las sucesiones, terrenos en los que la tradición prevalecía y donde no

estaba dispuesta a aceptar innovaciones perniciosas, como el matrimonio civil y el divorcio absoluto, que serán acogidos muchos años más tarde, venciendo una vasta gama de resistencias<sup>53</sup>. El Código de Oaxaca estipula en el artículo 78: «Los matrimonios celebrados según el orden de nuestra madre iglesia, católica apostólica romana, producen en el estado todos los efectos civiles.» Igualmente se proscribe el divorcio vincular. El artículo 144 recita: «Por divorcio se entiende solamente la separación de marido de muger, en cuanto al lecho y habitación, con autorización del juez. Hay divorcio perpetuo y temporal.» Se presenta un cambio significativo en la causal de divorcio por adulterio, pues mientras el Código napoleónico permite invocar esta causal a la mujer si hay concubina en el hogar común (art. 230), el Código de Oaxaca reclama únicamente la configuración del adulterio por cualquiera de los cónyuges (art. 145). Al igual que el *Code*, el Código de Oaxaca prohíbe la indagación judicial de la paternidad, exceptuando el caso de raptó de la madre (art. 196).

Los libros segundo y tercero están básicamente inspirados en la legislación francesa. Una norma paradigmática del Código francés, el artículo 544, que define la propiedad, ha sido reproducida literalmente por el Código de Oaxaca en el artículo 415: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.»

Pasa algo extraño con el libro tercero, pues a pesar de que el Código de Oaxaca sigue en todo al Código napoleónico, deja sin regular los contratos de préstamo (uso y consumo), los aleatorios de juego y de apuesta; los de garantía: fianza, prenda, anticresis e hipoteca; así como los de depósito, secuestro, mandato, transac-

---

<sup>53</sup> Desde 1870 se advertirá una paulatina secularización de las relaciones familiares en México. *Vide* Silvia Marina ARROM, «Changes in Mexican Family Law in the Nineteenth Century: The Civil Codes of 1870 and 1884», en *Journal of Family History* 10/3, 1985, pp. 305-317.

ción, además de la expropiación y la prescripción. Posiblemente un desmesurado afán de síntesis y brevedad se apoderó de los codificadores mexicanos. Ortiz-Urquidi se extraña por esta rara omisión que, en realidad, no hace sino comprobar la fidelidad, en materia de contratos, del legislador mexicano con el ordenamiento francés. Ello comprobaría, sin embargo, a juicio del estudioso, que «sus autores no eran simples copias --meros copiones como decimos en México-- sino juristas de gran envergadura y de un gran sentido de responsabilidad»<sup>54</sup>.

El Código de Oaxaca pudo haber competido (siempre con ventaja) en antigüedad con el Código de Zacatecas, mas éste, por desavenencias políticas, no llegó a entrar en vigor. Este proyecto (1829), muy influido por el Derecho francés, no llegó pues a aplicarse. Sobre la vigencia del Código de Oaxaca hay versiones contradictorias. Mientras que para María del Refugio González este código «no entró en vigor, pues el artículo 1852 condicionaba su vigencia a la promulgación del Código de Procedimientos Civiles, el cual no se realizó» (sic), Bernardino Bravo Lira reputa que el Código de Oaxaca rigió hasta 1837. Su existencia --de ser cierta tal información-- habría sido efímera; con menos de diez años de vigencia<sup>55</sup>.

Benito Juárez, el famoso abogado indígena, entonces goberna-

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>55</sup> María del Refugio GONZÁLEZ, «Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)», en *Libro del cincuentenario del Código Civil*, Universidad Autónoma de México, México D. F., 1978. (También en *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México...*, *op. cit.*, pp. 63-114; nota 125, p. 90.) Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, *op. cit.*, nota 39, p. 101. Ocurre, sin embargo, que el artículo 1852 no existe, ya que la numeración sólo llega al 1415. Por otra parte, las referencias del profesor Bravo Lira son todas secundarias. Las dudas sobre su vigencia podrían ser despejadas atendiendo a una norma derogatoria concreta; y la controversia sobre su apli-

dor de Oaxaca y luego presidente de la República, estimaría, no sabemos si fundadamente, que el código de su estado había causado graves perjuicios a los ciudadanos por no conformarse a «nuestras costumbres peculiares»<sup>56</sup>. Con estas palabras, Juárez se afiliaba a la corriente historicista. Sus expresiones, por otra parte, tienen que ser entendidas en el interior de ese enfrentamiento (no el único) que desgarró a la sociedad mexicana de mediados del ochocientos, entre el vernaculismo y el extranjerismo. Años después (1861-1867), Juárez —quien jugó un papel crucial en esos acontecimientos— tendría más razones para oponerse al *Code*: la descabellada como inútil intervención francesa ordenada por Napoleón III.

Ignoramos también el régimen de Derecho privado durante la ocupación del territorio mexicano, al que arribaron cerca de cuarenta mil soldados. Es harto probable, sin embargo, que prevaleciese un régimen jurídico de carácter personal, aplicándose el propio *Code* napoleónico a los invasores. La invasión francesa y su subsecuente repudio popular explicarían, por otra parte, el rápido abandono de aquel texto legal. No obstante ello, otros ordenamientos civiles, como los promulgados por el estado de Veracruz (1861-1869), redactados por Justo Sierra, el ilustrado padre de la codificación mexicana, y los códigos civiles de México (1871 y 1884), inspirados en los códigos veracruzinos y redactados por encargo del presidente Juárez, continuarían apoyándose en la autoridad del Código galo<sup>57</sup>.

El trabajo legislativo de Justo Sierra recibió la influencia francesa, ya sea de manera directa, o indirectamente por el proyecto de

---

cación, examinando expedientes judiciales en los que se invocaran sus disposiciones.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 100. Las palabras de Juárez fueron pronunciadas el 2 de julio de 1848.

<sup>57</sup> Jorge SÁNCHEZ CORDERO, «La circulation du modele juridique français au Mexique», Jornadas franco-italianas, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Niza, mayo de 1993.

Código Civil español de Florencio García Goyena<sup>58</sup>. El propio emperador Maximiliano, en plena ocupación europea, ordenó que se continuara con el desarrollo del proyecto, suspendido tras la toma de la capital, y él mismo, en persona, quiso presidir los debates. Bajo el mandato de este príncipe se promulgaron, el 6 y el 20 de julio de 1866, los dos primeros libros del Código Civil del Imperio mexicano. Su estrepitosa caída le impidió concluir con la revisión de los dos libros restantes. La participación de Maximiliano y de los juristas que lo acompañaban tiñó al proyecto Sierra de un afrancesamiento mayor, tanto que si se compara el texto con el *Code* se observará una gran coincidencia. Las definiciones relativas al registro civil, el matrimonio y la propiedad son idénticas. A la caída de Maximiliano, la comisión revisora del proyecto Sierra recurrió a una serie de fuentes utilizadas por el gran codificador mexicano, tales como el proyecto de Florencio García Goyena y sus concordancias, motivos y comentarios; el Código francés y las leyes de reforma; pero también empleó obras doctrinarias de inspiración española, como el texto de Juan Sala, el *Febrero* mexicano, y el *Diccionario de legislación* de Joaquín Escriche. Las actas también aluden —como puntualiza Batiza— a juristas franceses como Cujacio, Boileux, Domat, Pothier, Merlin Delvincourt, Toullier, Duranton, Demolombe y Troplong. No faltan referencias al guatemalteco José María Álvarez, Azevedo, Covarrubias, Elizondo, Antonio Gómez, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Juan de Matienzo, Grocio, Heinecio, Vinnio, Voet, Bartolo, Alciato y Pufendorf<sup>59</sup>.

El Código Civil de 1884 sería la coronación del proyecto libe-

---

<sup>58</sup> *Ibid.* Rodolfo BATIZA, «Las fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México», en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (1983), UNAM, México, 1984. pp. 155-162. El profesor Batiza señala, entre otras, fuentes como el Código Civil de Luisiana, mientras que «sólo unas cuantas disposiciones carecerían de fuente específica, tal vez elaboradas por el propio doctor Sierra» (pp. 155-156).

<sup>59</sup> SÁNCHEZ CORDERO, *op. cit.*, p. 8. BATIZA, *op. cit.*, p. 157

ral. El laicismo, merced a la influencia del *Code* y a la lucha de los liberales, será plenamente incorporado en el Derecho mexicano, a semejanza de lo que ocurrirá en Costa Rica, donde se impuso por medios mucho más pacíficos, y a diferencia de los Estados sudamericanos, en los que la separación de la Iglesia del Estado será tardía. Se ratifica el matrimonio civil, el fuero secular; se acaba con la propiedad vinculada (manos muertas, capellanías, etc.) y se consagra el divorcio absoluto, incluyendo el que procede del mutuo consenso.

El ascendiente del Derecho francés sufriría gradualmente un debilitamiento. Nuevas corrientes jurídicas y filosóficas circularán en el país azteca. Así, el tercer Código Civil mexicano, promulgado en 1828, pero vigente desde 1832, se identificará con otro modelo legislativo: el BGB alemán. El individualismo, que caracterizaba al Código de 1884, será sustituido por un ordenamiento de carácter social, compatible con las reformas sociales de la revolución mexicana y en concordancia con las proclamas de la República alemana de Weimar.

### 3.2.3 Bolivia

Bolivia fue el primer país sudamericano que promulgó un código civil. El 22 de marzo de 1831, gracias al mariscal Andrés de Santa Cruz, empedernido admirador de Napoleón, se aprobó el Código Civil boliviano. Habría de entrar en vigencia a partir del 2 de abril del mismo año. Los cuatro magistrados de la flamante Corte Suprema de Bolivia, instalada en 1827, tomaron por modelo al *Code*<sup>60</sup>, como antes había tomado por modelos Santa Cruz diversas crea-

---

<sup>60</sup> Valentín ABECIA, «La obra legislativa del mariscal Santa Cruz», *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, 1977, p. 15.

ciones napoleónicas: la Legión de Honor en Bolivia, el título de Protector, el grado de Mariscal.

De los códigos sudamericanos, el Código boliviano es el que sigue con mayor fidelidad al modelo galo. Las modificaciones que el legislador emprendió fueron pequeñas, pero altamente simbólicas. La sistemática que adopta es la misma, no así la extensión. El legislador boliviano elaboró un cuerpo normativo con menos numerales. Sólo cuenta con 1 556 artículos, frente a los 2 281 del Código francés. La mayor parte de sus dispositivos se pliegan a éste (casi dos terceras partes; el tercio restante se inspira en el Derecho castellano). El Título Preliminar es una reproducción *ad litteram* de su arquetipo napoleónico: verdadera esquizofrenia para un país eminentemente indígena, del que desde entonces se destierra, en términos formales, a la costumbre; actitud que sólo se comprende por la ideología iusnaturalista que compartían el imitador y el imitado. El iusnaturalismo no reparaba en las diferencias etnológicas en las que un orden normativo determinado debía operar. Sencillamente el individuo no es sino uno al margen de cualquier consideración histórica o geográfica. Consecuentemente, una misma legislación podía regir bajo climas distintos.

El libro primero («De las personas») registra, sin embargo, varias modificaciones. Así por ejemplo, la actitud xenófoba que registraba el *Code*, a despecho de los ideales de la revolución, explicable por la situación de guerra que vivía Francia en ese entonces, no aparece tan marcada en el Código boliviano. No obstante ello, hace depender el goce de derechos de los extranjeros de los tratados internacionales y de la reciprocidad, como se colige del artículo 7. El Código boliviano incluye reglas muy minuciosas sobre los instrumentos del estado civil, que debieran figurar en un cuerpo adjetivo, defecto técnico que también se observa en el Código napoleónico. Regula, a semejanza de éste, la muerte civil, pero sin sus efectos radicales, puesto que permite al condenado testar o dar poder para que otro teste en su nombre (art. 17), a diferencia del artículo 25 del cuerpo civil galo. Todo lo referente al domicilio y a

los ausentes es copia fiel del texto francés, aun en los detalles más pequeños. Luego empieza a separarse del *Code*; en efecto, reglamenta los esponsales, dedicándoles el capítulo con el que se inicia el título segundo; la herencia hispánica y canónica en este punto es evidente. Lo es también al normar el matrimonio bajo las fórmulas del Concilio tridentino. De ninguna manera se acepta entonces el matrimonio civil y mucho menos el divorcio vincular («El matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los esposos», reza enfático el artículo 142). Prácticamente no se hallan huellas del Código francés en el terreno familiar. La europeización no entraba en el ámbito más privado: la familia; de modo que, como anotaba Luis Alberto Sánchez refiriéndose a las sociedades latinoamericanas de la mitad del ochocientos, mientras la *calle* empezaba a ser cosmopolita, la *casa* continuaba siendo colonial<sup>61</sup>.

Aunque las reglas de filiación legítima e ilegítima son exactamente iguales, el Código boliviano no consagra la categórica prohibición del artículo 340 del *Code*, que prohíbe la indagación judicial de la paternidad. En su lugar se instaló una norma oscura, capaz de generar más de un problema al intérprete:

«Todo reconocimiento por parte del padre o de la madre, *lo mismo que todo reclamo por parte del hijo, podrá ser disputado en juicio por todos los que tengan un interés inmediato.*» (art. 172). (Subrayado nuestro.)

Si bien la redacción es oscura —tal vez deliberadamente—, deja abierta la puerta para plantear acciones de indagación judicial de la paternidad; en un país con un crecido número de hijos ilegítimos no reconocidos, habría sido absurdo prohibirla. El legislador, sin embargo, fue tímido y contradictorio, ya que en el artículo 166,

---

<sup>61</sup> Luis Alberto SÁNCHEZ, *Historia general de América*, EMISA, Lima, t. III, p. 773.

al regular las formas de reconocimiento de un hijo natural, no incluyó la indagación judicial.

En lo referente a la adopción, la patria potestad y la tutela, no es más que una traducción del Código francés, que en estos puntos se apoya más en el Derecho romano que en el Derecho consuetudinario. Imita también al *Code* en las cuestiones referentes a la emancipación, la mayoría, la curatela, mas no regula como éste al consejo de familia.

Ambos códigos dan la misma denominación al libro II: «De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad». La clasificación de los bienes en inmuebles y muebles y los elencos de uno y otro son idénticos. Hasta la definición principista de la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas «de la manera más absoluta», sin más limitaciones que las impuestas por las leyes y reglamentos (art. 544 del *Code*), es seguida al pie de la letra por el legislador boliviano (art. 289), abandonando completamente la tradición hispana e ignorando al Derecho indígena acentuadamente solidario. Este mismo sistema se acoge para la accesión, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres prediales.

El libro tercero del código del país andino lleva el mismo epígrafe del *Code*: «De las diferentes maneras de adquirir la propiedad», en las que incluye, como el modelo galo, la donación, la sucesión legal, el testamento y las obligaciones, a las que se agregan la accesión (tratada en el libro II) y la prescripción. En el área de sucesiones el Código boliviano reduce significativamente el número de los dispositivos que traía la horma francesa. Aquí también, como en el Derecho de familia, el legislador altiplánico toma distancia. Por ejemplo, el testamento, que es tratado en el título segundo del *Code*, se regula en el título primero. Atendiendo excepcionalmente a la realidad boliviana, se establece un tipo privilegiado de testamento: el otorgado por los indios residentes a más de una legua de sus respectivos cantones, quienes pueden testar verbalmente o por escrito, con la sola presencia de dos testigos veci-

nos del lugar (art. 455). En ese punto, como en otros pocos, el legislador boliviano no se comportó sumisamente a la ley que, en general, le servía de brújula. Su inspiración directa fueron las *Partidas*, las *Leyes de Toro* y la *Novísima Recopilación*. Bastaría echar una mirada al libro x de este último ordenamiento positivo para comprobar el íntimo parentesco entre el Código boliviano y la legislación española. Así, mientras en el *Code* (art. 755) la sucesión legal se prolonga hasta el sexto grado (hasta el grado duodécimo, en la representación colateral), en el código andino sólo alcanza al cuarto grado (art. 620), a partir de una línea interpretativa de la *Novísima Recopilación*. El Código francés fue más generoso en cuanto a las liberalidades del testador, en comparación con el Código boliviano. El primero, tratándose de descendientes, denota aquéllas, ya en la mitad, la tercera o la cuarta parte, conforme al número de descendientes; existiendo ascendientes las fija en la mitad y en las tres cuartas partes, según pertenezcan a una o a las dos líneas. El segundo, en cambio, impuso proporciones más reducidas, que provenían del Derecho castellano: el quinto, cuando se favorecía a una sola persona, y el tercio, cuando los favorecidos son todos los hijos o descendientes (arts. 570 y 571). Si el disponente sólo tenía ascendientes, podría disponer del tercio de sus bienes (art. 572). El Código boliviano regula la desheredación, de raíz romana (Novela 115), y a las mejoras, de raigambre castellana.

En cuanto a las obligaciones y los contratos, el Código boliviano sigue *ad pedem litterae* al *Code* napoleónico. Los principios en éste contenidos, como la autonomía de la voluntad, la seguridad en los términos de los contratos, la distinción romana entre las fuentes de las obligaciones: contrato, delito, cuasi contrato y cuasi delito, están también presentes en el Código boliviano.

Los silencios del *Code* son también los mismos del Código Civil boliviano. Instituciones capilares de la estructura colonial, como las capellanías, los patronatos, los mayorazgos, fueron desaparecidas de un plumazo. Si una medida de este género causó estragos

a la aristocracia francesa, en una sociedad en la que el desarrollo económico capitalista avanzaba resueltamente, imaginemos los efectos que podría tener en Bolivia, cuyo orden social era todavía precapitalista y donde aquellas instituciones constituían piezas centrales del orden colonial. El papel que jugó la legislación civil debió ser, seguramente, altamente subversivo. Ahora bien, el ataque liberal a la propiedad vinculada comprometía lamentablemente a las comunidades indígenas. Y no sería nada raro que los responsables en la aplicación de la ley estuvieran más preocupados en la liquidación o en el debilitamiento de éstas que en la abolición de otras formas jurídicas tradicionales. La historia del Derecho boliviano, con los instrumentos metodológicos de las ciencias sociales, tiene en sus manos un tema a esclarecer.

En síntesis: puede decirse que el Código boliviano sigue con mucha fidelidad el texto francés. Sin embargo, la afirmación de que, salvo algunos detalles, no fue más que una simple traducción española del Código francés, como asegura Ernesto Cordeiro Álvarez<sup>62</sup>, está lejos de ser cierta. Sucede que estos «detalles» fueron sumamente significativos, habida cuenta de que regulaban esferas importantísimas de la vida social como el Derecho de Familia y las sucesiones. No hubo, pues, una recepción integral del *Code*, como la operada en Santo Domingo.

Al Código Civil boliviano le estaba reservada una larga vigencia. Rigió hasta 1975, año en el que entraron en vigor un código civil y un código de familia. Habría de inspirar mediante la recepción voluntaria a la normativa civil del Código General de Costa Rica, preparado por Braulio Carrillo, y habría de imponerse por vía de concesión expansiva al Perú de la Confederación Perú-Boliviana.

---

<sup>62</sup> Cordeiro ÁLVAREZ, *Travaux...*, *op. cit.*, p. 743. DURAN, *ibid.*, p. 771.

### 3.2.4 Costa Rica

La macrobia legislación española que continuaba rigiendo aún después de la declaración de la Independencia, en los antiguos dominios ibéricos, era una realidad que no se compadecía con la nueva realidad estadual, autónoma y republicana. Costa Rica, que formara parte del virreinato de Nueva España, no era la excepción. Pronto se advertiría la necesidad de premunirse de códigos básicos que estuvieran en consonancia con la carta política aprobada. Costa Rica, como los demás países latinoamericanos, consideraba que la codificación sería uno de los medios más eficaces para acercarse al mundo moderno y alcanzar niveles más altos de vida. Ramón Ramírez, regente de la Corte Suprema de esa nación, hacia 1858 estimaba que la promulgación de códigos era «una necesidad inherente a toda sociedad civilizada»<sup>63</sup>. La reforma del sistema jurídico, a través de códigos básicos, sencillos y con pretensión de regular toda la conducta social, que sustituyeran a una «legislación voluminosa, enredada, y en verdadero caos de disposiciones o decretos contradictorios, derogados o en desuso»<sup>64</sup>, se presentaba como imperativa y debía ser la audaz tarea de la tendencia modernizadora<sup>65</sup>.

La labor codificadora inicial correría a cargo de un jurista, Braulio Carrillo (1800-1845), quien coincidentemente, hacia 1841, cuando se aprobó el llamado Código General de Costa Rica, era el

---

<sup>63</sup> *Código General de la República de Costa Rica*, Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 1858. Advertencia de don Rafael Ramírez.

<sup>64</sup> *Ibid.*, Advertencia, p. I.

<sup>65</sup> Carlos José GUTIÉRREZ ha descrito ese proceso modernizador en Costa Rica. Vid. *El funcionamiento del sistema jurídico*, San José, Editorial Juricentro, 1979, y para un ámbito más amplio que incluye a América latina toda, *Derecho privado y modernización. El esfuerzo latinoamericano*, Nueva York, agosto de 1989.

presidente de la República (1835-1842)<sup>66</sup>, un caso emblemático de gobernante ilustrado que por medio de la codificación sustantiva y procesal intentaba dotar a su país de un instrumento de transformación social y económica, recogiendo las ideas iluministas en boga. Un paralelo interesante puede trazarse con la vocación legislativa del general Santa Cruz en Bolivia y el Perú.

El Código General constaba de tres partes: la sección civil (que era la primera y que rigió hasta 1888); la penal (cuya vigencia se prolongó hasta 1880), y la de procedimientos judiciales (que en materia civil subsistió hasta 1889 y en materia penal hasta el año 1910)<sup>67</sup>. Merced a este código general, Costa Rica se constituyó en el primer país de América latina –a excepción de Santo Domingo, cuyo proceso es harto diferente– en contar con prácticamente todos sus cuerpos legislativos. Se produjo una de las recepciones más completas que se haya conocido en América, pues cuatro de los *cinq codes* galos –excluyendo el Código de Comercio– fueron adoptados con algunas modificaciones. Braulio Carrillo, cautivado como Santa Cruz por el genio napoleónico y por la cultura francesa, no halló mejor camino que hacerlos suyos con ciertas variantes.

Es muy probable que otro de los medios de recepción del *Code civil* fuese el Código Civil boliviano de Santa Cruz, entonces ya vigente, como lo insinúa Bravo Lira<sup>68</sup>. Esta misma influencia se

---

<sup>66</sup> Vide Fernando FOURNIER ACUÑA, *Historia del Derecho* (publicación de la que no pueden deducirse el lugar ni la fecha de impresión, así como tampoco el sello editorial), pp. 224 ss.

<sup>67</sup> Gracias a la cortesía de Gina Acuña obtuvimos un ejemplar (una fotocopia integral) del Código General de 1841 ya citado. Véase también el «Estudio preliminar» al Código Civil de Costa Rica, de Héctor BEECHE LUJÁN y Favio FOURNIER JIMÉNEZ, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962.

<sup>68</sup> Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, compilador Abelardo Levaggi, Buenos Aires, 1992, p. 102.

Víctor Pérez Vargas, civilista costarricense, en una jugosa conversación nos

registraría a través del Código Civil santacrucino que rigió, por algunos meses, en el Perú de la Confederación Peruano-Boliviana (1836-1837).

La recepción del *Code civil* fue vasta, sin ser integral. El Título Preliminar sigue casi fielmente al modelo francés. Así, el artículo primero, donde se prescribe que las leyes obligan en todo el territorio del Estado y que serán ejecutadas en cada lugar en virtud de su solemne promulgación, no es sino una versión simplificada del homólogo galo. El artículo segundo —traduciendo *ad litteram*— sanciona que la ley dispone para lo venidero y que no tiene efectos retroactivos. Lo propio puede decirse de los artículos tercero y cuarto, que corresponden al numeral tercero del francés. Los siguientes artículos de dicho título no se reproducen. De modo que no se hallan referencias a la responsabilidad del juez por su negativa a juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, ni a la imposibilidad de derogar leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres mediante convenciones entre particulares. No se sigue al Derecho romano ni al castellano en el tratamiento general de las personas, puesto que no se recoge la división de las personas por razón del estado natural y del estado civil. Tampoco aparece una referencia a la protección del concebido y, por el contrario, el Código General parecería excluir una adecuada custodia tuitiva al estipular el artículo 6.º que «todo nacido en el Estado, goza de los derechos civiles [...]», precisión inexacta que no trae el Código francés. A semejanza del *Code*, el Código General incluye la muerte civil (arts. 14 a 24).

La regulación del matrimonio se aparta ostensiblemente del laicismo que caracterizó al Código napoleónico. En el artículo 100 se determina que el matrimonio como sacramento debe adecuarse a las formalidades del Concilio de Trento. Dentro de la misma di-

---

revelaba que existían evidencias muy concretas de la conexión entre el Código General de Costa Rica y la codificación santacrucina.

rección sacramental se rechaza el divorcio vincular. El matrimonio, conforme el artículo 143, sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos. Asimismo, las causas de divorcio relativo *quad thorum et mensae*, no disolutorio del vínculo, se ventilan ante el fuero eclesiástico (art. 148). Este enérgico rechazo de formas y procedimientos laicizantes constituye un elemento común de identidad en las codificaciones latinoamericanas del ochocientos. Se podían seguir las pautas legislativas francesas en la medida en que no se contrapusieran a las costumbres y a la mentalidad católica, mas se optaba por la tradición si la contraponían. De modo que, como anotaba Luis Alberto Sánchez refiriéndose a las sociedades latinoamericanas de la mitad del ochocientos, mientras la *calle* empezaba a ser cosmopolita, la *casa* continuaba siendo colonial<sup>69</sup>.

El Código General para la República de Costa Rica no recoge la prohibición napoleónica que impedía indagar judicialmente la paternidad; pero tampoco permite esta indagación libremente. En América latina, donde hubo y hay tantos hijos ilegítimos, habría sido un caso de esquizofrenia jurídica prohibirla.

El artículo 301 define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o reglamentos». Esta norma corresponde, como se sabe, al famoso artículo 544 del Código napoleónico. Idéntico espíritu de imitación se advierte al regular otros derechos reales y los contratos.

El legislador costarricense reemplazó su código civil de 1841, de inocultable raigambre francesa, por otro, hacia 1888, sumamente influido por el proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena, de 1851. Dado que el proyecto de Goyena –como se le conocía en América latina– estaba inspirado en el *Code* napoleónico, puede decirse, como lo hace Fournier, que su «base

---

<sup>69</sup> Luis Alberto SÁNCHEZ, *Historia general de América*, EMISA, Lima, t. III, p. 773.

era netamente francesa<sup>70</sup>, no sólo por la persistente ascendencia del Código galo, sino también en virtud del predicamento de que gozaba la Escuela de la Exégesis. Dos autores, cuyos nombres van inseparablemente unidos, Charles Aubry (1803-1883) y Frédéric Charles Rau, habrían inspirado, según Fournier, el Código de 1888<sup>71</sup>. Es fácil colegir este parentesco del Título Preliminar, que es sustancialmente el mismo del *Code*, salvo algunas reglas de Derecho internacional privado que no figuraban en el prototipo. La sistemática difiere de la propuesta por el Código francés, ya que divide su estructura en cuatro partes: de las personas; de los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad; de las obligaciones; y de los contratos y cuasi-contratos y de los delitos y cuasidelitos como causas de obligaciones civiles. El libro de las personas ha recibido, en lo concerniente a la existencia y capacidad de las personas, una innegable influencia castellana, no así la regulación del matrimonio, celebración y efectos, que se aparta de las normas de Derecho canónico para abrazar el laicismo francés. El Código de 1888, en la conservadora sociedad del siglo XIX, estipulaba: «El divorcio, una vez judicialmente pronunciado, disuelve el vínculo matrimonial» (art. 86). Es mucho más avanzado que el *Code*, en cuanto admite la indagación judicial de la paternidad ilegítima, a pesar de que exige una serie de condiciones para intentarla (arts. 124 a 127). Dicho código no se apartó del paradigma galo en cuestiones de Derecho de familia y sucesiones, consagrando, por primera vez en el área continental de América latina, el matrimonio seglar y el divorcio absoluto.

Las atrevidas reformas en campos tan cuidadosamente preservados por la tradición católica española, como el matrimonio y el divorcio, reformas que, de haber sido aprobadas en otro país de la América latina habrían causado, en el siglo XIX, reacciones furibun-

---

<sup>70</sup> FOURNIER ACUÑA, *op. cit.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

das, en Costa Rica más bien reforzaron el sentimiento laico y la conciencia civil<sup>72</sup>, que han hecho de ese pequeño país centroamericano una democracia intachable.

El segundo código civil costarricense no es, definitivamente, una copia servil del *Code* napoleónico. Se advierte la recurrencia a diversas fuentes, como los códigos latinoamericanos, los centroeuropeos y el Derecho castellano. En muchos casos puede apreciarse que, si bien hay identidad con las ideas del Código francés, la redacción es otra, en ocasiones más clara, como ocurre al regular el divorcio<sup>73</sup>.

Por otro lado, un espacio aparte merece la recepción de la doctrina y de la jurisprudencia galas. Hasta nuestros días la circulación de la cultura jurídica francesa en Costa Rica es bastante intensa. Los juristas contemporáneos, sin embargo, no se limitan a un modelo en particular. La riqueza de la doctrina y la jurisprudencia de esta nación se explica por un universalismo que ha sabido recrear a su medida, en su propia tierra, las formas y los principios jurídicos de otros pueblos. Ha logrado también, quizá mejor que ningún otro país latinoamericano, acortar la distancia que separa trágicamente el Derecho de la realidad.

---

<sup>72</sup> Jorge Enrique GUIER, *Historia del Derecho*, Editorial Costa Rica, San José, 1968. Un particular interés reviste el «anejo» (voz castiza que emplea el autor por el neologismo de «anexo») «Bosquejo de una historia del Derecho costarricense», pp. 1157-1205, que traza un cuidadoso perfil del desarrollo legislativo en Costa Rica.

<sup>73</sup> Los artículos 229 a 305 del Código napoleónico, que regulan el divorcio, son terriblemente oscuros, en contraste con la claridad expositiva del resto del ordenamiento. Pareciera que el legislador, contrario al divorcio (que le fue impuesto como medida política por Napoleón), habría, deliberadamente, instalado esas normas intrincadas.

### 3.2.5 Perú

Durante los primeros años de vida independiente no se promulgó ningún código, no obstante que los textos constitucionales –en los que el Perú fue muy pródigo– así lo mandaban<sup>74</sup>. Solitariamente, Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841), personaje excepcional, antiguo oidor en el Cusco, España y Santo Domingo, reo del Santo Oficio, tenaz anticlerical, donjuán impenitente, contradictor de sí mismo y erudito jurista, llevaba a cabo una original labor codificadora, publicando en Boston, en el año 1828, un proyecto de Código Penal. Dos años después se publicó en París un proyecto de Código Eclesiástico. Pese a que ninguno de estos proyectos se coronó como texto legislativo, Vidaurre insistía en dotar al Perú de códigos básicos. Con esa misma convicción redactó su *Proyecto del Código Civil peruano*, cuya primera parte (Personas) se dio a conocer en 1834<sup>75</sup>; la segunda parte (Dominio y Contratos) se publicará en 1835<sup>76</sup> y la tercera parte (Testamentos) aparecería en 1836<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> El artículo 121 de la Constitución de 1823 prometía la dación de los códigos civil, criminal, militar y de comercio. También la Constitución vitalicia de Bolívar incluía una disposición en cuya virtud se concedía al Senado la atribución de formar los códigos civil, criminal, de procedimientos y de comercio. Asimismo, la Constitución de 1834 dispuso en el artículo 11 de las Disposiciones Transitorias que en la apertura de cada sesión anual la Corte Suprema debía presentar al Congreso el proyecto de uno de los códigos, principiando por el civil.

<sup>75</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano, primera parte (personas)*, Imprenta del Constitucional, por Justo León, Lima, 1834.

<sup>76</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano, segunda parte (dominio, posesión y propiedad)*, Imprenta del Constitucional, por Justo León, Lima, 1835.

<sup>77</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano, tercera parte, comprende todo lo correspondiente á las últimas voluntades*, Imprenta del Constitucional, por Justo León, Lima, 1836.

Puede afirmarse que en este primer intento de codificación se manifiesta la tendencia de construir un cuerpo normativo apoyado en una diversidad de fuentes: desde la tradición jurídica hispánica, a la que Vidaurre privilegia aludiendo con respeto a los representantes de una cultura jurídica que asume como propia: «nuestros canonistas y civilistas despreciados por nuestra juventud superficial y aturdida»; hasta «los brillantes astros modernos»<sup>78</sup> que contraponen a los primeros y que no son otros que los exponentes de la escuela francesa de la exégesis. Vidaurre dice haber descubierto tachas en los códigos austriaco, prusiano y francés, «pero admiraba también en ellos los progresos de una acendrada filosofía»<sup>79</sup>. En efecto, Vidaurre se halla adscrito a la filosofía iluminista que dichos códigos recogían. No se cansa de repetir que el hombre es filósofo y legislador por naturaleza y que el principio de la ciencia es el ejercicio de la razón. A despecho de sus comedidas frases con las que trata a «canonistas y civilistas», contradictoriamente arremete contra Roma, de donde vendrían «nuestros males políticos», y contra el Derecho romano, del que procederían «las ambigüedades, contradicciones, sentidos opuestos que se hallan en las legislaciones modernas». Enfáticamente, proclama respecto de éste: «Yo no lo tomo por guía»<sup>80</sup>. A contrapelo, señala que su estudio principal es la razón, agregando: «esta maestra, aunque desfigurada por los vicios, enseña más que los Cujacios y Donelos»<sup>81</sup>.

Naturalmente, Vidaurre no formula un proyecto plenamente inspirado en la razón, como el que quería Rousseau, filósofo al que admira y con el que se identifica<sup>82</sup>. Admite —y se evidencia—

---

<sup>78</sup> VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano, primera parte, op. cit.*, p. 8.

<sup>79</sup> *Ibid.*, Prólogo, p. III.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>82</sup> Vidaurre, además de abrazar un iusnaturalismo radical, aunque poco consecuente, a la manera de las confesiones del filósofo ginebrino escribió un li-

haber consultado las compilaciones antiguas y los códigos de la época: el prusiano, el francés y el austriaco. La fuente que prevalece es el Derecho castellano; le sucede, no obstante sus críticas, el Derecho romano. Luego sigue la filosofía iusnaturalista y los proyectos revolucionarios elaborados por Cambacérès, y a continuación será el *Code* el que concite su atención. La presencia de este cuerpo legal se evidencia, por ejemplo, en la implantación del matrimonio civil, en su defensa del divorcio vincular (al que finalmente desecha, más que por sus convicciones personales por el imperio de la «opinión pública»), en la regulación de la propiedad, las obligaciones y los contratos. La repercusión de la doctrina francesa tampoco es pequeña. Demuestra, sobre todo, un rico conocimiento de las ideas jurídicas de humanistas del *mos gallicus*, como Cujacio y Donello, y de autores del Antiguo Régimen, como Domat, Pothier y D'Aguesseau. Abundantes son las referencias a Montesquieu, Voltaire y Rousseau, pero son escasas las invocaciones a los exégetas, esos «astros modernos» que los juristas latinoamericanos posteriores citarán con tanta fruición. La influencia gala en el proyecto de Vidaurre concierne sustancialmente al iluminismo y a la filosofía racionalista, pero también a los autores que precedieron a la revolución. Pareciera, asimismo, que Vidaurre está más cerca de los proyectos de codificación preparados sucesivamente por Cambacérès durante la etapa revolucionaria, que del *Code*. No en vano, como los legisladores de la Convención, su proyecto también pretendía inspirarse en la *naturaleza*<sup>83</sup>. Como los jacobinos, Vidaurre acariciaba una idea, secundada después por Napoleón (dejada de lado en la redacción final del *Code*): constituir un tribunal doméstico que se encargara de los asuntos familiares.

---

bro audaz, *Cartas americanas*, en el que a la vez que formula reflexiones de diverso género hace revelaciones amorosas ciertamente escandalosas para la sociedad de su tiempo.

<sup>83</sup> Es significativo el epígrafe de la segunda parte de su proyecto: «Si la Naturaleza dicta las leyes, ellas serán santas.»

No obstante que Vidaurre era un conocedor erudito de la dogmática romana, canónica y moderna, incurrió en graves errores de técnica jurídica. Las instituciones y los principios generales podían tener gran mérito, pero eran defectuosos y hasta pintorescos los medios como se plasmaban. El pintoresquismo, especialmente en el *Proyecto de un Código Penal*, rayaba con lo absurdo. Así, al tratar de la pena del parricida señalaba: «Póngasele una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó». O, regulando un hecho inverosímil: «El adúltero que mata al marido sea destinado por toda su vida al trabajo del panteón y traiga colgada al pecho la calavera del difunto. No tendrá otro alimento que pan y agua». Entre los delitos que llama «contra la población», incluye, por ejemplo, un castigo para los que no se hubiesen casado hasta los 35 años: sostener a tres niños de una casa de expósitos. En este mismo rubro trae sanciones para quienes aconsejen el voto de castidad, para los sodomitas y hasta una pena *post mortem* para los suicidas: que su cuerpo sea enterrado junto a los cadáveres de los locos. Difícilmente, pues, un proyecto de estas características habría de ser admitido. Por otro lado, gobernantes y legisladores no asumieron como un ideal legislativo inmediato la dación de códigos básicos. Dotar de códigos al Perú hubiera implicado un paso demasiado atrevido. En ese sentido, el esfuerzo codificador de Vidaurre resultó prematuro, puesto que no formaba parte de la política legislativa de su tiempo. Ello no fue óbice para que sirviera, siquiera en parte, de fuente a otros proyectos latinoamericanos a los que aventajaba largamente en antigüedad. Julián Viso, hacia 1854, en su *Proyecto de Código Civil* para Venezuela, menciona entre los trabajos consultados al proyecto de Vidaurre, quien «consagró su pluma a la República del Perú»<sup>81</sup>.

Un accidente militar: la invasión de tropas bolivianas capitanea-

---

<sup>81</sup> *Proyecto de Código Civil presentado al Congreso de Venezuela por el doctor Julián Viso*, Caracas, 1854.

das por el capitán Andrés de Santa Cruz, y el establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana, abría un paréntesis dentro del marco codificador de la época. Santa Cruz, devoto admirador de Napoleón, quiso, como lo declara en el prólogo de su Código Civil, arrancar el Derecho patrio, del desorden y de la confusión en que se hallaba, imponiendo expansivamente para el Perú los códigos que había dado previamente en Bolivia. La existencia de estos códigos fue breve, pues entraron en vigencia a fines de 1836, y el propio Santa Cruz mediante decreto del 16 de mayo de 1837 dejó en suspenso su vigor. Posteriormente, Orbegoso, por decretos del 31 de julio y del 3 de agosto de 1838, los declaró insubsistentes, restableciendo la legislación española<sup>85</sup>. El Perú habría de aguardar quince años más para contar con cuerpos civiles, penales y de procedimientos. Contra los llamados códigos «bolivianos»<sup>86</sup> se desató la odiosidad de magistrados y abogados, dado que consideraban su concesión forzosa como un ultraje a la dignidad nacional. Mariano Santos de Quirós, el primer compilador de leyes republicanas, traduciendo el repudio frente a los códigos santacruzinos, hacia 1842 espetaba:

«Los Códigos permanecen en suspenso y permanecerán para siempre en desprecio como leyes dictadas por un conquistador que holló la Constitución y el honor del Perú.»<sup>87</sup>.

Los operadores del Derecho veían en estos códigos un agregado artificial a la sociedad peruana del ochocientos, por lo mismo

---

<sup>85</sup> *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*, edición oficial, Imprenta de José Masías, Lima, 1836, p. IV. También J. A. EGUIGUREN, «EL centenario del Código Civil de 1852», en *Revista del Foro*, mayo-agosto, 1952, Lima, p. 242.

<sup>86</sup> Estuardo NÚÑEZ, «Semblanza de José Palacios. Abogado, jurista y hombre de letras», en *Revista del Foro*, enero-diciembre de 1972, p. 27.

<sup>87</sup> Mariano Santos de QUIRÓS, *Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú*, Imprenta de José Masías, Lima, 1842, tomo VI, p. 173.

que no constituían un producto cabal de las condiciones materiales y sociales que caracterizaban a dicha sociedad y porque se apartaban, aunque no totalmente, de la tradición jurídica hispánica.

El Código Civil de la Confederación estuvo dividido en tres partes, a semejanza del texto francés: personas, bienes y diferentes modos de adquirir la propiedad, con un título preliminar de cinco párrafos. Sin embargo, el Código Civil santacrucino no sigue palabra a palabra al *Code*, como lo demuestra el hecho de introducir modificaciones que lo apartaban de éste, particularmente en el Derecho de familia, en el que se ceñía a las reglas del Concilio de Trento —a diferencia del Código francés, que seguía un régimen laico—, reconociendo validez a los matrimonios eclesiásticos y confiando las controversias familiares al fuero de la Iglesia, lo cual demostraba que, pese al liberalismo de los espacios públicos, la tutoría del confesor católico persistía en el hogar. El Código Civil santacrucino disminuía la edad de aptitud nupcial (catorce años los hombres; doce las mujeres<sup>88</sup>), separándose así del temperamento expuesto en el Código francés, que señaló las edades de 18 y 15 años, respectivamente. La huella hispana se halla también en el beneficio de la restitución. Bajo la influencia castellana clasificó a los hijos en legítimos e ilegítimos y a estos últimos en incestuosos y adulterinos. Recogió, igualmente, el principio romano para la adopción y clasificó la tutela en legítima y judiciaria o dativa. Por otra parte, en una posición que lo enaltece, rechazó la muerte civil que había acogido el Código napoleónico. Incluyó en materia testamentaria, seguramente atendiendo a la realidad del país, el testamento especial otorgado por indígenas<sup>89</sup>, restringiendo, además, el

---

<sup>88</sup> El *Code* francés exigía que, para contraer matrimonio, los hombres debían tener 18 años y las mujeres 15 (art. 144).

<sup>89</sup> *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. El artículo 467 estipula que a los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos por palabra o por escrito, bastando la presencia de dos testigos vecinos. Ésta es la única re-

llamamiento de parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (primos hermanos), mientras el Código de Napoleón lo permitía hasta el duodécimo<sup>90</sup>.

---

ferencia que el Código de Santa Cruz hace del indio, no obstante su masiva presencia en el escenario social de la época. Sin embargo, frente a los códigos latinoamericanos del siglo XIX, esa sola mención representa ya un gran avance: sus homólogos (incluido el Código civil peruano de 1852) no se ocuparon ni siquiera en un artículo de la condición indígena.

<sup>90</sup> Artículo 755 del *Code*.

Las *Siete Partidas* habían establecido la herencia legal hasta el décimo grado (ley 6, título 13, Partida 6). Sin embargo, la ley 1, título 11, libro 2, y la ley 6, título 22, libro 10, de la *Novísima Recopilación*, limitaron la vocación hereditaria hasta el cuarto grado. Dado que las normas recopiladas (en particular, un real decreto del 27 de noviembre de 1785) por la *Novísima* eran oscuras, pues se referían tanto a la recaudación de bienes mostrencos (que no tienen dueño conocido), previniéndose que dicha sucesión no pase del cuarto grado, y a los monasterios, que no podían pretender derechos sobre el quinto de los bienes de un causante cuando existían herederos legales del cuarto grado, un sector de la doctrina se inclinó por una interpretación extensiva aplicándola a todas las situaciones de herencia legal en línea colateral. Véase, por ejemplo, *Febrero ó librería de jueces, abogados y escribanos*, por Florencio GARCÍA GOYENA, Imprenta de Ignacio Boix, segunda edición, tomo II, Madrid, 1844, pp. 193-194. Otro sector, entre ellos el leidísimo *Manual del abogado americano*, de J. E. de O. (Juan Eugenio de Ochoa), tomo I, Imprenta de Pascual Ramírez, Lima, 1834, pp. 216-218, optó por reconocer la sucesión legal más allá del cuarto grado en línea colateral, asegurando que «lo mejor sería que en las sucesiones transversales no hubiese limitación de grado, así como no la hay en las rectas, porque si en la adjudicación de los bienes de un individuo que murió sin testamento se ha de seguir por regla el grado de afecto del difunto, calculando por la procsimidad de parentesco, es de presumir que no teniendo parientes cercanos, amaría mucho más que al fisco á los demás parientes de cualquier grado y línea». Concluía Ochoa: «En vista de lo cual [...] parece más justo que nunca se apliquen al fisco los bienes de una herencia, sino cuando se halle totalmente estinguida la familia del difunto.» Los legisladores bolivianos y peruanos no se inspiraron, en este punto, ni en el Código de Napoleón ni en las *Partidas*, sino en una corriente interpretativa de la doctrina hispánica, la de *Febrero* y sus divulgadores, como García Goyena. No puede considerarse, sin

Seguía, pues, al *Code* en la sistemática y en muchas definiciones. Su filiación con aquél es inocultable, tanto que Toribio Pacheco calificaría, quizá con cierta injusticia, al Código santacrucino como una «copia perversa del Código de Napoleón»<sup>91</sup>.

La codificación santacrucina, que representaba un avance sin igual en técnica legislativa y certeza jurídica frente a la intrincada legislación española, hizo patente la necesidad de premunirse de un código, acelerando la dación de un texto que fuera, esta vez, el cabal resultado de las condiciones materiales y sociales del Perú de entonces.

A diferencia de Chile, que tuvo en Andrés Bello a un gran codificador, o de Teixeira de Freitas en el Brasil, o de Dalmacio Vélez Sársfield en la Argentina, en el Perú la labor codificadora fue obra colectiva. La sagacidad política de un gobernante como Ramón Castilla, bajo cuyo primer gobierno se gestaron los dos primeros proyectos, hizo que liberales y conservadores integraran las comisiones de reforma. Al parecer ambicionaba un código de transacción, de equilibrio entre las diversas tendencias. El propósito de Castilla, de dotar al Perú de un código civil, sufrió un entrapamiento debido al debate en torno a la naturaleza civil o canónica del matrimonio<sup>92</sup>. Empero, tras una serie de tribulaciones asociadas al animado debate librado entre liberales y conservadores, en el que terminaron por imponerse estos últimos gracias a la influencia de Andrés Martínez, político y jurista arequipeño, el Código fue

---

embargo, como lo hace Jorge Basadre, que éste fuese «un error de interpretación proveniente de *Febrero*, que hizo creer a los juristas y legisladores de los primeros años del siglo XIX que se había enmendado y recortado el derecho a la herencia legal» (vide Jorge BASADRE AYULO, *Historia del Derecho*, Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, p. 395). Simplemente se optó por una de las interpretaciones.

<sup>91</sup> Toribio PACHECO, *Tratado de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> edición, Imprenta del Estado, Lima, 1872, p. 122.

<sup>92</sup> Jorge BASADRE GROHMANN, *Historia del Derecho peruano*, op. cit., pp. 346-356.

promulgado el 28 de julio de 1852, bajo el gobierno de José Rufino Echenique.

A pesar de la notable influencia ejercida por el *Code* sobre el Código Civil peruano del ochocientos, que dicho sea de paso gravitó sobre todos los códigos de América latina, ésta no debe sobrevalorarse. El aserto de que se trató de un «código afrancesado», último testimonio de aquellas «codificaciones tempranas» que recibieron la impronta del Código francés<sup>93</sup>, como sugirieron, hace varios años atrás, José Luis de los Mozos, en Europa, y Estuardo Núñez, en el Perú<sup>94</sup>, debe ser revisado. Los pocos estudios comparatistas que se han formulado insinúan, por el contrario, la existencia de enfoques divergentes de numerosas instituciones y principios jurídicos<sup>95</sup>. Quedan por despejarse, sin embargo, muchas dudas. Lamentablemente, las sucesivas comisiones que se ocuparon de su redacción no dejaron rastro alguno de los antecedentes utilizados

---

<sup>93</sup> José Luis de los Mozos, «Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano», en *Revista de Derecho Privado*, 1976, Madrid, p. 777, quien postula la tesis de una dependencia francesa del Código Civil peruano.

<sup>94</sup> Estuardo NÚÑEZ, *La influencia alemana en el Derecho peruano*, Imprenta Gil, Lima, 1937. Admite Estuardo Núñez, a diferencia de De los Mozos, la influencia hispánica. Se lamenta, sin embargo, que no se recogiera el Derecho alemán «que empezaba a estructurarse en Prusia» (p. 6). Se refiere ciertamente al ALR o *Landrecht* de 1794. El Código de Federico el Grande, en realidad era conocido por el legislador peruano. Incluso Vidaurre, en el proyecto de Código Civil peruano de 1834-1836, lo citaba, pero el paradigma ideológico y técnico era el Código de Napoleón.

<sup>95</sup> Vide Raoul de la GRASSERIE, «Etude des législations étrangères. Juicio del Código Civil peruano», en *Código Civil peruano*, con apéndice de Miguel Antonio de la Lama, Librería Imprenta Gil, Lima, 1905. En este trabajo, este juez del tribunal de Rennes destaca sobre todo las diferencias entre el *Code* y el Código peruano. Similares obras de comparación emprendió con otros códigos latinoamericanos. Véase también José LEÓN BARANDIARÁN, «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico», en *Revista del Foro*, mayo-agosto, 1952, Lima, pp. 225-269.

ni una exposición de motivos que diera luz para conocer las razones que impulsaron a los codificadores a seguir una u otra legislación. Tampoco hasta hoy dicho código ha sido objeto de un estudio pormenorizado que aclare la procedencia de sus dispositivos. No es el momento de examinar aquí caso por caso la matriz de sus principios y de sus normas, pero coincidimos con Bernardino Bravo Lira, para quien el mencionado código constituiría un «caso singular»<sup>96</sup> en el proceso codificador latinoamericano que precedió a la promulgación del Código Civil chileno de Andrés Bello. Sugiere Bravo Lira que el contenido de aquél guarda similitudes con las obras de algunos textos prácticos españoles, como el *Febrero Novísimo* de Tapia, aparecido los años 1828 y 1845<sup>97</sup>. Fue, en rigor, el primer código pensado desde esta parte del mundo.

El Código peruano, considerado, a su vez, por Alejandro Guzmán Brito, como «la primera codificación autónoma» en América<sup>98</sup>, recogía ya, en gran parte, el bagaje jurídico tradicional. En cierta forma, el Código constituía un «concentrado de Derecho común»<sup>99</sup>, de modo tal que para su interpretación era imperioso hundirse en el estudio de este Derecho. Adviértase, además, como ha reparado Sandro Schipani, que el Código peruano, en cuanto fruto de la doctrina, portaba consigo «esquemas jurídicos enraizados en

---

<sup>96</sup> «La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 12, Valparaíso, 1987-1988, p. 67.

<sup>97</sup> Bernardino BRAVO LIRA, «La difusión del Código de Bello en los países de Derecho castellano y portugués», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, p. 88.

<sup>98</sup> GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 12, Valparaíso, 1987-1988, p. 244.

<sup>99</sup> La expresión es de GUZMÁN BRITO, *vide* «Derecho romano e interpretación de los códigos en los juristas latinoamericanos», en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 10, Rio, 1991, p. 32.

un nivel muy profundo [...]»<sup>100</sup>, hallándose firmemente afincado en el Derecho romano, el Derecho común y en las elaboraciones doctrinales que sobre ellos reposaban.

Un jurista peruano del ochocientos, que al parecer deseaba una aproximación más nítida con el *Code* napoleónico, espetaba lapidario: «Su fondo fue la antigua legislación española y su forma la del Código de Napoleón.»<sup>101</sup>. Dos verdades a medias las suyas, puesto que las notas originales de que está dotado el Código peruano no debían hacerle olvidar que el *Code* napoleónico fue el modelo fundamental del que aquél tomó mucho de su contenido. Asimismo, en cuanto a sistemática, si bien se dividía como el arquetipo galo en tres libros, la distribución de las materias era harto distinta. En el libro segundo del peruano se incluye lo atinente a la herencia y al régimen de bienes en el matrimonio, lo que en el francés se ubica en el libro tercero. Este último libro, en el Código de 1804, trata de los diferentes modos de adquirir la propiedad, mientras que en el Código peruano se concreta a las obligaciones y los contratos<sup>102</sup>. No es cierto que la forma sea exactamente igual al Código francés.

Se encuentran semejanzas saltantes en casi todo el articulado del Título Preliminar. Es fácil colegir que el legislador peruano copia *ad litteram* el Código galo. Por ejemplo: el artículo primero, que estipula que «las leyes obligan en todo el territorio de la República»; el artículo segundo, que establece que «la ley no dispone sino para lo venidero y que no tiene carácter retroactivo»; el artículo

---

<sup>100</sup> SCHIPANI, Sandro, «Dal Diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaesi 5, Giuffrè, 1981, p. 605.

<sup>101</sup> José Antonio Barrenechea. *Su vida y su obra (1829-1889)*, editada por sus hijos y nietos, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1929, p. 446.

<sup>102</sup> JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico», *op. cit.*, p. 258. León Barandiarán se detiene a examinar las virtudes y los defectos que trae la diversa sistemática en ambos códigos.

lo cuarto, que prescribe que «las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habitantes del Perú», son exactamente iguales a los numerales 1, 2 y 3 del *Code* Napoleón, respectivamente. El Código peruano supera al francés en un punto esencial de la teoría del Derecho, puesto que mientras el Código francés en el artículo cuarto se limita a expresar que «el juez que se rehusara a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia», sin mencionar los medios a los que debe recurrir el juzgador, el Código peruano, con gran acierto, ofrece ciertas pautas:

«Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; *en tales casos, resolverán atendiendo: 1.º al espíritu de la ley; 2.º a otras disposiciones sobre casos análogos, y 3.º a los principios generales del Derecho [...].*»

El Código nacional, en este aspecto, sigue (y perfecciona) parcialmente al Código Civil austriaco de 1811, que consignaba:

«Si la ley no es aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración los casos análogos, los motivos y, en defecto de éstos, *los principios de Derecho natural y las circunstancias.*» (Art. 7 T. P.)

Esta norma sobre integración de las lagunas jurídicas es quizá una de las más destacadas de nuestro antiguo ordenamiento civil<sup>103</sup>. Su influencia en los códigos latinoamericanos posteriores es

---

<sup>103</sup> No se ha reparado suficientemente en la transcendencia de este dispositivo, que se anticipaba en décadas al desarrollo teórico. El hecho de que se refiriese al «espíritu de la ley», antes que al «espíritu del legislador», como querían entender los exégetas, anunciaba ya una de las conquistas de la llamada «es-

inocultable. Debe tenerse en cuenta que el Código peruano es el primero en América latina en recurrir a este mecanismo de heterointegración.

La ascendencia del iluminismo en el Código peruano es más categórica que en el francés al incluir una norma que no figura en el texto galo: «Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso» (art. VI del T. P.). Nuestro código, así, en este punto, como anota León Barandiarán, «se confesó más racionalista, dogmático y adscrito al *ius scriptum*, que el napoleónico»<sup>104</sup>. Ello suponía la primacía de la ley sobre la costumbre. Paradójica decisión en un país marcado por la tradición indígena.

Después del Título Preliminar la influencia del *Code decae*. El libro de las personas prácticamente tiene una factura adscrita al Derecho romano, canónico y castellano. Así, el Código nacional se ocupa largamente de las personas, del inicio de la personalidad y de su fin<sup>105</sup>. En este aspecto es también precursor en América latina<sup>106</sup>. Los rasgos conservadores del código nativo se traslucen en muchos de los dispositivos del libro primero: dedica un título completo a los clérigos; regula la esclavitud (servidumbre) y la manu-

---

cuela científica del Derecho», que a fines del siglo pasado y comienzos del actual se orientaba en la misma dirección. Se adelanta también a las corrientes positivistas más modernas que prefieren remitir a los «principios generales del Derecho», tal como lo hacía el Código peruano, más que a los «principios de Derecho natural», a los que alude el Código austriaco. No está de más recordar que el legislador nacional consignaba esta norma en 1852, época en la que aún no asomaban estos aportes teóricos.

<sup>104</sup> LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, p. 259.

<sup>105</sup> Es elocuente que el epígrafe del Código francés, que encabeza el libro primero, se denomina lacónicamente «De las personas», en tanto que el peruano usa una fórmula más comprensiva: «De las personas y sus derechos».

<sup>106</sup> La identidad del *nasciturus* como «el hombre que está por nacer», el hombre como categoría jurídica no abstracta, la teoría de la viabilidad, propias del Derecho romano, son reguladas por primera vez en un Código moderno, sea latinoamericano o europeo.

misión; otorga efectos jurídicos únicamente al matrimonio canónico; prohíbe el divorcio vincular y distingue entre los hijos naturales y los incestuosos, adulterinos y sacrílegos, que no podían ser reconocidos por el padre; aspectos en los que se distancia del Código francés, más revolucionario sobre el particular. Se muestra, sin embargo, más avanzado que éste cuando proscribe esa *capitis diminutio* terrible de la muerte civil, y cuando autoriza, aunque tímidamente, la indagación de la paternidad a los hijos ilegítimos nacidos de raptó y estupro.

En el libro segundo del Código peruano («De las cosas: del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas»), se acusan también respecto al *Code* una serie de diferencias. La factura ultraindividualista de éste al definir la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta», sin otra limitación que la impuesta por las leyes y los reglamentos (art. 544), es reemplazada en el código nativo por una fórmula menos declamatoria: «Propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas». Se suprime la expresión «de la manera más absoluta», pero se prescinde también de la limitación de las leyes y los reglamentos.

El Código peruano reproduce literalmente, en el artículo 462, la norma francesa (art. 545) conforme a la cual no se puede obligar a nadie a ceder su propiedad, sino por utilidad pública legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor. Pueden encontrarse aquí una serie de normas bastante afines. Un punto importante en el que disienten es en la transferencia del dominio, pues mientras para el *Code* basta el simple consentimiento, el artículo 574 de aquél precisa que la enajenación se completa con la tradición de la cosa. Era impensable además que el Código francés, renuente a toda forma de propiedad vinculada, regulase las capellanías y el patronato como lo hacía el nuestro (arts. 1189 a 1218).

Finalmente, en materia de obligaciones y contratos se detecta

una marcada similitud<sup>107</sup>. La definición de contrato contenida en el artículo 1101 del *Code*, como el convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es la misma que fluye del artículo 1226 del Código peruano. Los requisitos de validez de los contratos contemplados en el artículo 1235 de este último, no hacen más que repetir el numeral 1109 del *Code français*. Asimismo, el artículo 1236 del Código peruano sanciona con nulidad el contrato practicado por error sobre la sustancia de la cosa, exactamente igual al artículo 1119 del modelo galo. El artículo peruano 1245, que establece la capacidad para contratar, es una copia del artículo 1123 del Código francés. Lo es también el artículo 1255, que sanciona como ilícita la causa contraria a las leyes, idéntico al artículo 1133 del *Code*. Igualmente, el 1257 del código nativo, que establece el principio de obligatoriedad de los contratos, reproduce literalmente el artículo 1135 del ordenamiento galo. En el área contractual se observan, sin embargo, una serie de rasgos distintivos que evidencian con nitidez el esfuerzo de los legisladores por adecuar el orden legal a la realidad existente. Se halla, por ejemplo, el rubro dedicado a los domésticos (arts. 1633 a 1636) al regular la locación de servicios. Vale la pena transcribir, para conocimiento del lector, el contenido de estos artículos, pues trasuntan y consagran sin eufemismos una inmensa desigualdad social, exhibiendo descarnadamente en paños menores al Derecho civil de la época. Recitan los artículos aludidos:

*Art. 1633.*— En cuanto a la tasa, pago y buenas cuentas de los jornales ó salarios de criados, merece entera fe el señor de ellos, miéntas no se pruebe lo contrario.

---

<sup>107</sup> Un trabajo comparativo en materia contractual entre ambos ordenamientos es el de Miguel TORRES MÉNDEZ, «L'influence du système contractuel français dans la codification civile péruvienne», en *Journées franco-italiennes*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*

*Art. 1634.*— Los criados de cualquiera clase que sean, pueden ser despedidos en todo tiempo, aunque no se exprese la causa, pagándoles su jornal ó salario devengado.

*Art. 1635.*— Pueden los criados despedirse cuando quieran, sino han recibido anticipaciones de vestido ó de dinero. En caso de haberlas recibido, se les obligará a servir por el tiempo y precio convenido, salvo que hubiese alguna causa grave para su salida.

*Art. 1636.*— Se observará además lo dispuesto en las leyes y reglamentos de policía sobre criados y obreros.

No puede dejar de omitirse, asimismo, la filosofía liberal prestada, en parte, del *Code*, y en parte, del discurso ideológico de la Emancipación, presente en el Código peruano. No exageremos, sin embargo, la real vigencia de esta ideología<sup>108</sup>; puede decirse, más bien, que sus postulados fueron atenuados adaptándolos a los intereses y valoraciones de la clase dirigente, de la cual los codificadores formaban parte. Este cuerpo legal constituye, en ese sentido, una expresión legislativa de *modernismo tradicionalista*<sup>109</sup>.

Raoul de la Grasserie, comparatista francés al que debe tanto la América latina, refiriéndose al Código Civil peruano de 1852, sentenciaba:

«En muchos puntos puede servir de modelo; hay en él lugar para que el legislador de todo país medite sobre las inno-

---

<sup>108</sup> Por ejemplo, César LUNA-VICTORIA LEÓN, «Código Civil de 1852: lo nacional y lo importado», en *Derecho*, n.º 42, PUCP, Lima, diciembre de 1988, pp. 73-100.

<sup>109</sup> Fernando de TRAZEGNIES, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. Reimpreso en 1992.

vaciones que encierra [...] redacción clara y concisa; un esfuerzo constante encaminado a ser completo; los lazos al Derecho tradicional conservados, pero vueltos más flexibles; el atrevimiento de ciertas disposiciones; gran cuidado de la equidad, aun a precio de algunas reglamentaciones laboriosas; el desenvolvimiento de un Derecho antiguo en un mundo nuevo con las influencias del medio que ha sufrido y lo han hecho más fecundo; una evolución avanzada del genio latino [...]."<sup>110</sup>.

Otra vía de penetración y circulación del Derecho francés en el Perú, se verificó por medio de la doctrina de los jurisconsultos<sup>111</sup>, ya fuesen los autores que precedieron a la codificación en el país europeo, ya los autores galos que se dedicaron a comentar el *Code*. Esta influencia no sería difícil de detectar en el Código. Por ejemplo, el artículo vi del Título Preliminar, que dispone que las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso, constituye una típica convicción de los autores galos de la exégesis. La repercusión de esta corriente se acusa, en especial, en la obra doctrinaria de los jurisconsultos peruanos; por ejemplo, Toribio Pacheco (1828-1868)<sup>112</sup>, uno de los juristas peruanos más importantes del siglo xix. Toribio Pacheco y Rivero, quien si bien tuvo una influencia predominante del Derecho romano y del Derecho castellano,

---

<sup>110</sup> Raoul de la GRASSERIE, «Etude des législations étrangères. Juicio del Código Civil peruano», *op. cit.*, pp. LVIII-LIX.

<sup>111</sup> Jorge Basadre hablaba de tres vías: 1. Los precursores del *Code*, especialmente Domat; 2. El Código de Napoleón mismo, y 3. Los primeros comentaristas, como Durantón y Aubry y Rau. Antes que individualizarlos sería mejor hablar de Escuela de la Exégesis. Por otro lado, la obra de Aubry y Rau recién se divulgó en nuestro país en la segunda mitad del siglo xix. Asimismo, no es despreciable el rol intermediario que en esta recepción jugara el Código Civil de Santa Cruz.

<sup>112</sup> Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo xix*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

recibió también, a renglón seguido de éstos, que por cierto son predominantes, la influencia del Derecho francés. En su *Tratado de Derecho civil* recurre al Código Civil napoleónico en noventa y seis ocasiones, tanto que es el código moderno más citado. Las referencias a la doctrina francesa son también profusas, tanto a los autores antiguos como Domat y Pothier, pero sobre todo a los exégetas<sup>113</sup>. El *Tratado* contiene numerosas referencias a los «antiguos jurisconsultos franceses», a los «autores que escribieron acerca de los estatutos locales de Francia», a la «antigua legislación de Francia», a las resoluciones de las «cortes francesas», y en él surgen citas de Cujacio, Domat, e invocaciones al «sabio Pothier». De modo que no solamente se advierte la presencia del *Code*, sino del *ius commune* en la forma del *mos gallicus*.

Para una mejor comprensión del *Code*, Pacheco contaba con dos volúmenes de la exposición de motivos –de donde derivaría sus constantes referencias a Portalis y a Bigot de Prémeneau– y con los comentarios de juristas de la Escuela de la Exégesis, a saber:

- Troplong: *Le droit civil*
- Mourlon: *Repetitions sur le Code Napoleon*
- Compte: *Traité de législation française*  
*Traité de la propriété*  
*Obligations*
- Duranton: *Contrato de venta*
- Boileaux: *Commentaires sur le Code civil*

---

<sup>113</sup> CARLOS RAMOS NÚÑEZ, *La influencia del Derecho romano en la obra de Toribio Pacheco. Un rasgo de la identidad jurídica latinoamericana*, Cuadernos de Investigación, 1/1995, Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Marcadé: *Droit civil*
- Pardesus: *Tratado de servidumbres*  
*Droit commercial*
- Proudhom: *Code*

La famosa obra de Carl Salomo Zachariae, *Le droit civil français*, traducida del alemán al francés por los exégetas Massé y Verge, en cinco volúmenes, era también muy frecuentada por el doctor Pacheco.

Al parecer, Pacheco no llegó a informarse de la obra de Jean Charles-Florent Demolombe: *Cours de Code de Napoléon par...*, aparecida en París en 1854, es decir, dos años después de que el peruano abandonase Europa. Otra gran obra ausente es el *Cours de droit civil français*, de Charles Aubry y Charles Rau, publicada entre 1856 y 1858. A diferencia de Freitas, que citaba a Demolombe, y de Vélez Sársfield, que glosaba a los dos primeros y al último, no llegó el peruano a aprovechar a esos dos clásicos de la escuela exegética francesa.

Es interesante puntualizar, asimismo, el uso de los repertorios de legislación y jurisprudencia francesas. Entre estos repertorios figuran:

- Merlin: *Repertorio de jurisprudencia* (18 tomos)
- Guys du Rousse: *Recueil de jurisprudence*
- Dalloz et Villargues: *Recueil de jurisprudence* (9 tomos)

Es necesario hacer hincapié en la repercusión de aquella escuela en la obra de Pacheco. Esta influencia se percibe en el método empleado por el jurista: el análisis sistemático del cuerpo legal. No se pierda de vista, además, que el objeto de estudio sobre

el cual operaba era un ordenamiento positivo vigente: el Código Civil peruano. De modo que dicha escuela tuvo en el Perú el éxito que no logró en Argentina ni en Brasil, países en los cuales su gravitación fue menor, pues cuando se produjo la dación de sus respectivos códigos, en momentos tardíos, la Escuela histórica atenuó los efectos de aquélla.

La influencia de la doctrina jurídica francesa en el Perú no cesó en el siglo XIX, pues se proyectó al presente siglo, aunque paulatinamente, sobre todo desde la década del ochenta, su repercusión en la cultura jurídica peruana languidece. Cuando se discute la reforma del Código Civil de 1852, en el seno de la comisión reformadora, uno de los más notables juristas peruanos del novecientos, Manuel Augusto Olaechea, asistente a las lecciones matutinas de Marcel Planiol en la Universidad de París, defenderá, ya en el siglo XX, ante la opinión de sus colegas Juan José Calle, Alfredo Solf y Muro, y Pedro M. Oliveira, seducidos ya por los nuevos paradigmas legales, como el ABGB alemán y el WGB suizo, diversas tesis y soluciones del Código Civil napoleónico. Naturalmente, ya no sería una defensa a ultranza, pues la influencia del BGB alemán y del Código suizo de Huber tiñó las posturas de los miembros de la comisión. Durante varias décadas del siglo XX, el tratado de Planiol y Ripert alcanzará una audiencia vastísima en el Perú, tanto que Ludo, un fallido aprendiz de abogado, personaje imaginario de *Los geniecillos dominicales* –la novela de Julio Ramón Ribeyro (con quien el Derecho peruano, y sobre todo, la sociología jurídica, tiene deudas no canceladas), ambientada en la Lima de los primeros años de la década del sesenta–, llega a decir que no había estudiante de Derecho que se respetase «sin un tomo de Planiol bajo el sobaco».

### 3.2.6 Chile

De entre los códigos latinoamericanos del ochocientos, el Código

Civil chileno es uno de los que más se aparta del *Code* napoleónico; es más, no lo toma como único modelo. Resultado feliz del trabajo de veinte años del humanista venezolano Andrés Bello (1781-1865)<sup>114</sup>, gramático, poeta, periodista, jurisconsulto, educador, hombre de Estado y codificador, este código se adscribe a la tradición jurídica castellana, de la cual, sin duda, junto a las *Siete Partidas* de Alfonso X, el Sabio, es el mejor fruto. No podía ser de otra manera tratándose su autor de un profundo hispanista, quien, incluso, tras casi veinte años de residencia londinense sin olvidar sus raíces culturales, hizo un estudio sobre el Poema del Cid y preparó, hacia 1847, una *Gramática de la lengua castellana*<sup>115</sup>.

Bello se proponía en su *Gramática* salvaguardar la pureza del idioma. El castellano debía mantenerse como lengua común de los pueblos americanos. A toda costa era imperioso preservar su identidad cultural, amenazada por

«la avenida de neologismos de construcción, que inunda y enturbia mucha parte de lo que se escribe en América, y, alterando la estructura del idioma, tiende a convertirlo en una multitud de dialectos irregulares, licenciosos, bárbaros; embriones de idiomas futuros, que durante una larga elaboración re-

---

<sup>114</sup> Sobre Bello existe una ingente bibliografía. Es más, existe incluso una editorial que difunde su ciclópea producción: La Casa de Bello, con sede en Caracas, dirigida por Rafael Caldera durante muchos años. La obra codificadora de Bello («fijación del Derecho») ha sido exhaustivamente examinada por Alejandro GUZMÁN BRITO en *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*. Este trabajo agrega en el segundo volumen una serie de fuentes que se echaban de menos en el libro de Guillermo FELIÚ CRUZ, *La prensa chilena y la codificación*, Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la Muerte de Andrés Bello, Santiago de Chile, 1966.

<sup>115</sup> Andrés BELLO, *Obras completas*, tomo IV, «Gramática», Ministerio de Educación, Caracas, 1951.

producirían en América lo que fue la Europa en el tenebroso período de la corrupción del latín»<sup>116</sup>.

Este afán por cuidar la limpieza de la lengua lo anima también a custodiar la incolumidad del Derecho. Es preciso, cierto, elaborar nuevos códigos, pero la materia pura será el Derecho nacional, el iberoamericano. Sus fuentes predominantes serían el *Corpus Iuris Civilis* y las *Siete Partidas*. El mismo Bello, en el «Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil» —el mismo que hemos incluido en los anexos del presente trabajo—, diría: «Desde luego, concebiréis que no nos hallamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país». Por esa razón, Bernardino Bravo Lira, uno de los mayores estudiosos de la obra jurídica de Bello, ha hablado de la tendencia «arcaizante» del gran codificador<sup>117</sup>. Muy bien Bello podía haber hecho suyas las palabras de Leopoldo Augusto, personaje de *El chapín de raso*, de Claudel, quien a viva voz exclamaba: «Me hace falta lo nuevo a toda costa [...]. Pero cosas nuevas que sean el desarrollo de nuestro paisaje natural. Cosas nuevas [...], pero que sean exactamente semejantes a las antiguas».

La vocación arcaizante aludida tenía además presupuestos ideológicos y políticos que no pueden ser subestimados. En Chile se habían impuesto los «pelucones», de orientación francamente conservadora, quienes derrotaron política y militarmente a los liberales «pipiolos» en la famosa batalla de Lircay, librada en 1830. Aspiraban aquéllos a un código que fuese el reflejo de los valores tradicionales que abrazaban. La elección del jurista venezolano por

---

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>117</sup> BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica...», *op. cit.*, p. 129.

el omnipotente ministro Portales<sup>118</sup>, correlativa en cierto modo a la expulsión del pedagogo español de orientación liberal, José Joaquín de Mora, hasta entonces director del Liceo de Chile, no fue casual; como tampoco lo fue la elección de Bello, director del Colegio Santiago, como rector de la recién creada Universidad de Chile, por el presidente Manuel Bulnes en 1842. El propio Bello, ideológicamente no podría ser motejado de liberal. Esta comunidad de pensamiento entre la clase dirigente chilena y el gran humanista facilitó su obra codificadora, imprimiéndole un carácter decididamente conservador. Tal vez por ello tiene muchísima razón Hugo Hanish Espíndola, cuando sostiene que: «si Diego Portales fue el instaurador del orden político con la creación de sólidas bases para un gobierno fuerte, impersonal y de estructura duradera, don Andrés Bello lo fue del orden social y económico jurídicamente apoyado en el Código Civil»<sup>119</sup>. Agrega el profesor Hanish: «Portales fue el gran político que cimentó la legalidad en el orden público. Bello fue el gran jurisconsulto que ordenó la convivencia legal a través del Código Civil.»<sup>120</sup>.

La tendencia arcaizante del Código chileno llevó a decir a Abel Cháneton que era un «trabajo realizado a espaldas de los postulados económicos y sociológicos de la época»<sup>121</sup> y anegado de insti-

---

<sup>118</sup> Sobre el papel del político chileno en la codificación ha escrito Alejandro GUZMÁN BRITO: «Para la historia de la fijación del Derecho civil en Chile durante la República (XII). Diego Portales y la codificación», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 9, Universidad de Chile, 1983, pp. 263-280. La versión presentada, sin embargo, es más bien descriptiva y no asume un sentido crítico.

<sup>119</sup> Hugo HANISCH ESPÍNDOLA, «El Derecho romano en el pensamiento y la docencia de Andrés Bello», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 3, Valparaíso, 1978, pp. 149-231.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Abel CHÁNETON, *Historia de Vélez Sársfield*, Librería y Editorial La Facultad, Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1938, tomo II, pp. 184-185. Las afirmaciones de

tuciones anacrónicas. Seguramente Cháneton pensaba en la regulación de los censos consignativo, reservaticio y enfiteúutico, en el fideicomiso hereditario. ¿Ese espíritu conservador del Código de Bello no reflejaba acaso una actitud realista y menos ingenua de la realidad de su país que muchos otros códigos liberales?

En Chile, sin embargo, en un momento se propuso la adopción simple y pura de los *cinq codes*. El autor de la propuesta fue el Director Supremo Bernardo O'Higgins, quien, en un mensaje dirigido a la Convención Nacional, exaltando las virtudes de la obra napoleónica, sostenía: «Sabéis cuán necesaria es la reforma de las leyes. ¡Ojalá se adoptasen los *Cinco Códigos* célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos, i que ponen en claro la barbarie de los anteriores! Bórrense para siempre instituciones montadas sobre un plan colonial. Destiérrase la ignorancia, procédase con actividad, i se allanarán todos los obstáculos.»<sup>122</sup>. Como se sabe, se hizo exactamente lo contrario: la tradición hispánica (colonial) fue recogida. No era para menos, pues la modernidad de un código se nutría con la herencia cultural del pasado. El Director Supremo inauguraba, sin embargo, el movimiento hacia la codificación.

A pesar de su irrecusable originalidad, no puede negarse que el Código Civil chileno recoge algunos institutos del Código napoleónico. Habría sido absurdo además que Bello, hombre inteligente y ponderado, pretendiera elaborar un texto legislativo ente-

---

Cháneton deben tomarse con precauciones: la intención de presentar al Código argentino como el más perfecto de Sudamérica, si bien es comprensible, lo arrastra a veces hacia el panegírico de lo nacional y la despiadada crítica de lo foráneo.

<sup>122</sup> Vide «Introducción» de Miguel Luis Amunátegui Reyes al tercer tomo del Proyecto de Código Civil, en *Obras completas de Andrés Bello*, t. V, Universidad de Chile, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1932, pp. 7-39. Alejandro GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile, op. cit.*, tomo II, p. 14.

ramente distinto a otros ordenamientos, desconectado de aquellos que lo habían precedido, como el francés, cuyas virtudes habían sido reconocidas por tirios y troyanos. El propio humanista venezolano ya había traducido para su publicación en *El Araucano* de 1833 el texto completo del *Discours préliminaire* al Código Civil de Portalis, y aplaudido –en el diario bajo su dirección– el *Comercio de libros* jurídicos franceses en 1839.

En efecto, en el mensaje explicatorio del Código, donde la pluma de Bello salta a la vista, no se vacila en señalar: «Por punto general, el Código de las Partidas y el Código Civil francés han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista»<sup>123</sup>, admitiéndose que: «donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía»<sup>124</sup>, agregándose que si no era el caso «copiar a la letra ninguno de los códigos modernos [, era] menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país»<sup>125</sup>. Bello señalaba, incluso, en una cita que frecuentemente se olvida, que cuando las «circunstancias peculiares de nuestro país [...] no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones»<sup>126</sup>.

No debe sorprendernos entonces que, a contracorriente del Derecho romano y castellano, enervara a la costumbre su fuerza de ley, entronizando el monopolio de la ley, «siguiendo el ejemplo

---

<sup>123</sup> Urge una reedición crítica de dicho mensaje, pues al insistirse en el hispanismo se ha adelgazado en demasía la repercusión francesa en la obra doctrinal de Bello. Hemos consultado el *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, remitido por el presidente Manuel Montt y el ministro Francisco Javier Ovalle, con fecha 22 de noviembre de 1855, que se incluye en el Código Civil chileno, publicado por el Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, pp. 27-44. Se juzgó pertinente incluir dicho mensaje, del que fluye la límpida pluma de Andrés Bello, en los anexos del presente trabajo.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>125</sup> *Ibid.* Véanse los anexos de este libro.

<sup>126</sup> *Ibid.*

de casi todos los códigos modernos<sup>127</sup>; que estableciera, a semejanza del *Code*, la prohibición de indagar judicialmente la paternidad, sin otro derecho para el hijo ilegítimo que el reclamo de una pensión alimenticia, aceptándose únicamente como prueba la confesión del padre. Apartóse en este punto medularmente del Derecho castellano, que autorizaba aquel procedimiento. El Código chileno sigue también al Código francés en otro punto controvertido, al regular la atroz figura romana de la muerte civil. No estuvo indemne, pues, a pesar de su incontestable huella hispánica, a la influencia del Código francés en aspectos tan cruciales. Empero, la afirmación de que el Código de Bello pertenece a la familia francesa, que su disposición es prácticamente la misma y muchos pasajes han sido tomados literalmente del francés<sup>128</sup>, carece de todo fundamento. En primer lugar, no sigue la disposición del *Code* (personas, bienes y modos de adquirir la propiedad), sino una disposición cuatripartita (de las personas; de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce; de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, y de las obligaciones en general y de los contratos), que parece una variante moderna de las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano. En segundo lugar, un gran escritor como Bello no tenía necesidad de transcribir pasajes del *Code*.

Debe tomarse en cuenta, sin embargo, la influencia del Código Civil de Luisiana. Muchas normas (empezando por el artículo primero que define a la ley como declaración de la voluntad soberana) del Título Preliminar del Código Civil chileno parecen tomadas de aquél. La organización interna del Título Preliminar es sustancialmente la misma. El mismo Bello recordó, en el proyecto del año 1853, que la referencia a la «equidad natural» procedía del artículo 21 de dicho código, que literalmente expresaba:

---

<sup>127</sup> *Ibid.* Véanse los anexos.

<sup>128</sup> Cordeiro ÁLVAREZ, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, p. 742; HURTADO, *ibid.*, p. 816, y GARCÍA LÓPEZ, *ibid.*, p. 822.

«Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive.»<sup>129</sup>

El rol que la doctrina francesa desempeñó en el trabajo legislativo de Andrés Bello no es tampoco nada despreciable. Basta recordar la influencia de Delvincourt en la formación de la recurrencia a la «equidad natural» (art. 24), como ha sugerido Guzmán Brito<sup>130</sup>. La afirmación de Cháneton, quien considera que la información doctrinaria de Bello se reducía, a contrapelo de la de Vélez Sársfield, a los autores españoles clásicos: Gregorio López, Antonio Gómez, Molina, Gutiérrez, Castillo, Matienzo, Baeza, Sala y los *Febrero* de Goyena y Tapia, y que de la doctrina francesa conociese únicamente a Pothier, Delvincourt y Rogron (pues las referencias a Toulhier y Maleville serían «citas de segunda mano»)<sup>131</sup>, parece excesiva y peca de asincronía: el Código de Bello era catorce años más viejo que el Código de Vélez. No podía citar el jurista venezolano a autores franceses cuyas obras aparecieron terminada ya la labor codificadora. La opción hispánica jugaba también un rol nada desdeñable en el uso de las fuentes no sólo legales sino también doctrinarias. No se trataba tanto de un mayor o menor caudal de información cuanto de una preferencia intelectual. Es verdad que, a partir de la revisión de la espléndida biblio-

<sup>129</sup> La traducción española diría:

«En materias civiles, el juez, en defecto de ley precisa, está obligado a proceder conforme a la equidad; para decidir de acuerdo a la equidad, deberá recurrir a la ley natural y a la razón, o a los usos recibidos, ante el silencio de la ley primitiva.»

<sup>130</sup> Alejandro GUZMÁN BRITO, «El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el Derecho chileno», en *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 18-19, Valparaíso, 1981, pp. 111 ss.

<sup>131</sup> CHÁNETON, *Historia de Vélez Sársfield*, op. cit., p. 186.

teca de Mariano Egaña, a la que Bello frecuentaba<sup>132</sup>, los juristas franceses que prevalecen son los del Antiguo Régimen.

No obstante las críticas de Cháneton, un civilista chileno de renombre, Pedro Lira Urquieta, ha señalado que además de ser el *Code* «el libro más seguido»<sup>133</sup>, se consultaban

«los textos que lo explicaban y lo comentaban y que señalaban, aún, sus vacíos y descuidos. Delvincourt y Troplong fueron los autores modernos franceses más seguidos, y entre los antiguos, Domat y Pothier»<sup>134</sup>.

No puede relevarse, pues, el rol de la cultura jurídica francesa. Bello era un ilustrado del siglo XIX, y a pesar de su hispanismo, no renegaba de las luces. Había vivido muchos años en Europa, manejaba varias lenguas extranjeras, entre ellas el francés, y era un voraz lector de la literatura, de la filosofía y del Derecho francés, como lo había sido del Derecho inglés y de sus instituciones<sup>135</sup>. Así, pudo escribir: «El estudio de las obras francesas de jurisprudencia nos parece particularmente provechoso, porque a la conveniencia de encontrar desenvueltos en ellas los principios mismos de la legislación española se junta la de los buenos modelos que nos ofrecen de la perspicuidad (sic) elegante, de la vigorosa dialéctica, de la sobria y circumspecta interpretación y aplicación de las leyes, que tanto realzan el mérito de los escritos forenses.»<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Carlos SALINAS, «La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de Derecho», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 8, Valparaíso, 1982, pp. 389-540.

<sup>133</sup> Pedro LIRA URQUIETA, «Estudio preliminar», en *Código Civil chileno*, *ibid.*, p. 11.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> Alamiro de ÁVILA MARTEL, «Londres en la formación jurídica de Andrés Bello», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982.

<sup>136</sup> Andrés BELLO, *Obras completas*, t. XV, «Miscelánea», 1893, p. 331.

Elogiaría también, después de condolerse de la mala calidad de las traducciones de las obras políticas, las obras francesas de jurisprudencia: «Aunque nada tengan que envidiar los juristas españoles a los de otras naciones en la extensión y profundidad de conocimientos legales, es preciso confesar que son bastante inferiores a sus vecinos, en la filosofía, en el uso de una lógica severa, en la claridad analítica de las exposiciones y sobre todo en la amenidad y buen gusto; cualidades que son como propias y características de la manera de los franceses [...]»<sup>137</sup>. Pierre Villard, en un cuidadoso estudio ha revelado, por otro lado, los íntimos lazos que vinculaban a Andrés Bello con los romanistas franceses, especialmente en la elaboración de su conocido manual de Derecho romano para uso de los estudiantes<sup>138</sup>.

El Código Civil chileno, «Código de los Andes», «Código tipo», fue adoptado por otros países latinoamericanos como Ecuador (1861), Colombia (1859-1876), Panamá (1860, cuando formaba parte de la Confederación Granadina), El Salvador (1859-60), Nicaragua (1871) y Honduras (1880), sirviendo de inspiración a otros muchos códigos, sobre todo al Código Civil de Honduras (1909), al de Uruguay (1867) y, en menor medida, al Código Civil argentino (1869) y al Esboço brasileño de Freitas (1860-1865)<sup>139</sup>. Ningún código ni proyecto de código latinoamericano fue tan bien recibido por los países hermanos. El éxito de la circulación del Código tipo de los Andes no sólo debe indagarse en sus virtudes técnicas, que no admiten duda, sino también en el patrón ideológico que compartían el imitador y el imitado.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>138</sup> Pierre VILLARD, «I romanisti francesi nell'opera di Andrés Bello (1804-1865)», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 1981, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 275-283.

<sup>139</sup> Bernardino BRAVO LIRA, «La difusión del Código Civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 343-373.

### 3.2.7 Uruguay

Este país sudamericano, tan signado por la civilización europea –de la cual parece, en su género de vida y composición étnica, una extensión–, merced al proyecto de Código Civil de Eduardo Acevedo (1815-1863), compuesto entre 1847 y 1849 por este notable juriconsulto que compartió con Dalmacio Vélez Sársfield la confección del Código de Comercio argentino de 1857, no se afilió íntegramente ni a la sistemática<sup>140</sup> ni al contenido del *Code* napoleónico. Tal observación es particularmente interesante, dado que, como el Código Civil peruano, del que es contemporáneo (ambos aparecieron en 1852, con la diferencia de que el peruano se promulgó y el uruguayo no), empezaría a apartarse de las directivas del Código francés, anunciando ya la plena libertad de criterio que prevalecería en los códigos subsiguientes: el chileno de Andrés Bello y el argentino de Dalmacio Vélez Sársfield, dando pautas al proceso codificador latinoamericano para seguir esta dirección autónoma.

Las notas que acompañan al proyecto de Acevedo, virtud que no se encuentra en el Código peruano, dan cuenta de que el estudioso porteño utilizó a los antiguos autores del Derecho castellano, a saber, Antonio Gómez y Gregorio López. Empleó textos –también españoles– más modernos, como la obra codificadora de Pablo de Gorosabel, así como los *Elementos de Derecho civil y penal de España*, de Gómez de la Serna y Montalván. No le fue indiferente una obra eminentemente práctica como el *Febrero Novísimo*, tan divulgada en España y América latina<sup>141</sup>. Por cierto que detrás

---

<sup>140</sup> El proyecto traía cuatro libros: Personas, Cosas, Modos de adquirir el dominio y Obligaciones.

<sup>141</sup> *Proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, redactado por Eduardo Acevedo*, edición conmemorativa, Consejo Nacional de Gobierno, Montevideo, 1963.

de todas estas influencias se hallaba el Derecho romano, «fuente principal de nuestras leyes como de las francesas»<sup>142</sup>, según diría.

Reafirmando esa línea de producción legal autónoma, Acevedo manifestaba, en una larga cita que juzgamos indispensable reproducir, que:

«Algunas naciones se han limitado a meras traducciones del Código Napoleón, otras han tratado de acomodarse a las necesidades especiales de cada país. Esto fue lo que nosotros quisimos hacer, cuando nos vino la primera idea de poner una piedra en el edificio de la codificación; pero temiendo el reproche que necesariamente se nos haría de implantaciones exóticas para las que, sin suficiente examen, podría alegarse que no estábamos preparados, quisimos demostrar que casi todas las disposiciones que aconsejamos se encuentran dispersas en nuestros códigos, en los romanos o en los autores más comúnmente seguidos entre nosotros.»<sup>143</sup>.

Más adelante el codificador uruguayo agregaba:

«desde que concebimos [...] este trabajo nos propusimos conservar de la legislación vigente, cuanto no fuere opuesto a nuestro actual modo de ser, a las necesidades del país y de la época [...]. Eso ha hecho que nuestro trabajo, a excepción de muy pocos puntos, no sea más que la redacción en forma de código moderno de las mismas leyes y doctrinas que cada día aplican los tribunales. Se promulgaría mañana, y fuera de esos dos puntos, nadie conocería, a excepción de los abogados, que se habría alterado nuestra legislación. Parecería a la gene-

---

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*, advertencia del Proyecto.

ralidad que no hemos salido del Fuero Juzgo, de las Partidas y del Derecho romano.»<sup>144</sup>.

No es difícil percatarse que Acevedo confiesa una coartada. Es indudable que el perspicaz legislador se sirvió de los códigos modernos, entre ellos el *Code*, pero las consideraciones de carácter político a las que alude le hicieron poner el acento en el Derecho colonial todavía vigente al momento de redactar su proyecto. Esta apreciación queda plenamente confirmada cuando el propio Acevedo reconoce haberse servido de autores franceses clásicos como Domat, D'Aguesseau y Pothier, y modernos como Toullier, Merlin y Troplong, señalando con absoluta transparencia que:

«se echará de menos que no los hayamos citado, con tanto más motivo cuanto que a veces nos hemos apropiado hasta de sus palabras; pero eso viene a la necesidad que nos habíamos impuesto de dar a todo un carácter nacional, quitándole el aire extranjero que se le reprocharía. Tan es así, que muchas veces un artículo que nos había sugerido Toullier, le apoyábamos en una opinión de Sala o Acevedo.»<sup>145</sup>.

Uno de los mayores estudiosos de la codificación uruguaya, Jorge Peirano Facio, ha subrayado la importancia que los autores franceses, especialmente Domat, Pothier, Toullier, Merlin y Troplong, tuvieron para Acevedo<sup>146</sup>. Sin embargo, un historiador del Derecho, Alberto Roca, ha determinado, en base a investigaciones realizadas sobre la que fuera biblioteca del codificador decimonónico, que el número de autores franceses conocidos por

---

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Jorge PEIRANO FACIO, «Noticia preliminar sobre el Proyecto», en *Proyecto de Código Civil para el Estado...*, *op. cit.*, p. LXV, nota 2.

Acevedo es mucho más alto. Se trata, sobre todo, de juristas de la Escuela de la Exégesis, como J. Bédarride, Pardessus, y de la infaltable *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, de Anthoine de Saint-Joseph<sup>147</sup>.

El proyecto de Acevedo no llegó a tener aprobación legislativa; sin embargo, marcó una senda en el desarrollo de la codificación latinoamericana: desde 1850 sería preciso formar códigos inspirados en la tradición jurídica romana y castellana.

Posteriormente, un abogado, Tristán Narvaja (1819-1877), que había residido en Chile durante la época en que Bello elaboraba el Código Civil, reemprendió la obra codificadora, la cual al cabo de un indesmayable esfuerzo sería sancionada por el Estado oriental el 23 de enero de 1868. Su tendencia tampoco podría ser calificada de europeísta, como lo atestigua esa buena costumbre del legislador uruguayo de revelar sus fuentes. Éstas serían, según declaración expresa:

«los códigos europeos, los de América, el destacado Código chileno, las críticas más sabias al Código napoleónico, los proyectos del Dr. Acevedo, del Dr. Goyena, del Dr. Freitas y del Dr. Vélez, que son los precursores del trabajo que ahora revisamos, discutimos y aprobamos.»<sup>148</sup>

Al instante se advierte la diversidad de fuentes utilizadas. Entre los «códigos europeos» se hallarían el *Landrecht* prusiano, el AGB austriaco, el *Code* napoleónico y los códigos europeos que en él se inspiraban, ocupando ciertamente este último un lugar de ho-

---

<sup>147</sup> C. Alberto ROCA, «Consideraciones acerca de las fuentes hispánicas de la codificación en el Uruguay», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, *op. cit.*, pp. 189-215. Véanse sobre este punto las páginas 194 y 195.

<sup>148</sup> Cordeiro ÁLVAREZ, *Travaux de la Semaine...*, *op. cit.*, p. 744.

nor. Seguía también al proyecto de su connacional Acevedo, cuya sistemática adoptó, pues, como dicho proyecto, proponía un código dividido en cuatro partes. Indirectamente el Código napoleónico deja sentir su presencia, habida cuenta que el proyecto español de Florencio García Goyena, de 1851, citado por Narvaja, había extraído de aquél mucho de su contenido. Lo mismo puede decirse del trabajo de Acevedo. La tradición jurídica ibérica recogida directamente por el codificador uruguayo a través del Código chileno de Andrés Bello y la obra legislativa de Augusto Teixeira de Freitas, atenúan el afrancesamiento. Pero, a despecho de esta diversidad de inspiración o quizá a causa de ella —ya que muchas de estas fuentes pertenecen también a la familia del *Code*—, el Código uruguayo se emparenta al francés. Tanto así que, como ha percibido Alberto Roca, aun cuando abraza soluciones diversas del Código galo, Narvaja se veía precisado a justificarse invocando de modo permanente la doctrina francesa y las fallas u omisiones que detectaba en el *Code*, procurando así, a *contrariu sensu*, explicar sus opciones hispanistas<sup>149</sup>.

### 3.2.8 Argentina

La maciza repercusión del Derecho francés en la Argentina no es casual. Desde la segunda mitad del siglo XVIII esta influencia crecía a pasos agigantados. Ya durante el ochocientos el europeísmo había penetrado en el discurso de las clases ilustradas y, a diferencia de otros países de la América latina, en vastos segmentos sociales<sup>150</sup>. Para un pueblo crecientemente cosmopolita, Francia cautiva-

---

<sup>149</sup> ROCA, «Consideraciones acerca de las fuentes hispánicas...», *op. cit.*, p. 189.

<sup>150</sup> Un interesante examen del proceso de adopción de ideas ilustradas como presupuesto de la codificación en Argentina, en el trabajo de Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e*

ba, pues poseía elementos tan sugestivos como una lengua casi universal, las ideas liberales (que habían acompañado al proceso independentista), la política migratoria, y hasta una atracción mundana que dictaba modas en el vestir, el bailar, la arquitectura, la dieta y el estilo literario. El afrancesamiento fue, por otro lado, abiertamente alentado por los hombres de Estado. Grafica muy bien esa tendencia la famosa frase de Sarmiento, auspicioso impulsor de la codificación, quien replicando a sus detractores tradicionalistas decía que no había encontrado mejor manera de ser argentino que siendo europeo<sup>151</sup>.

Los juristas argentinos del siglo XIX no escapaban, pues, de la inmensa influencia de la literatura jurídica francesa, con la cual sostenían un asiduo comercio<sup>152</sup>. Así, en su proyecto inconcluso de Código Civil de 1858, Marcelino Ugarte (1822-1872) glosaba a Chabot, Demolombe, Foelix, Merlin, Portalis, Saint-Joseph y Toullier<sup>153</sup>. El mismo proyecto recibió una influencia inmensa del Código napoleónico, como lo ha señalado Ricardo Zorraquín Becú,

---

*ideas jurídicas*, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1977.

<sup>151</sup> En un tiempo mucho más reciente, Borges se lamentaba más o menos así: «¡Ay de nosotros, argentinos!: europeos exiliados en América.»

<sup>152</sup> Mariano Urbano SALERNO, en los últimos años ha dedicado una serie de estudios a la vinculación entre el Derecho argentino y el modelo francés del *Code* y de la Escuela de la Exégesis. Véase «Un retorno a las fuentes del Código Civil argentino: la doctrina francesa», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, pp. 219-240. También su ponencia «Le Droit français comme modele juridique du Droit argentin», presentada a las Jornadas franco-italianas de la Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, mayo de 1993, dedicadas a la circulación del modelo jurídico francés.

<sup>153</sup> Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte (1822-1872). Un jurista en la época de la organización nacional*, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1954, p. 71.

su estudioso más reconocido<sup>154</sup>.

Por otro lado, en base a los datos encontrados en avisos periódicos y en las bibliotecas antiguas, Tau Anzoátegui refiere que Marcadé y Troplong se difundían en Buenos Aires al promediar la mitad del siglo pasado. Otros exponentes de la Escuela de la Exégesis, como Demolombe y Duranton, fueron conocidos después<sup>155</sup>. Las pesquisas sobre los catálogos bibliográficos de las bibliotecas privadas arrojan también como resultado una circulación muy grande de la doctrina jurídica francesa<sup>156</sup>. Las obras de los exégetas, como Duranton, Demolombe, Marcadé y Troplong, y más adelante, de los juristas Aubry y Rau (quienes se apartaban del orden del Código —que los otros seguían con singular fidelidad—, para adoptar el método expositivo de Zachariae), desembarcaban en Buenos Aires e incluso dejaban sentir su presencia en las ciudades del interior en proporciones tales que hacen pensar en una magnífica disposición del público para adquirir este género de obras.

El propio Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código Civil argentino, manejaba con gran solvencia la literatura jurídica francesa. Antes de empeñarse en la elaboración del Código, se encargó de la edición de un trabajo que tuvo mucha fortuna en América hispana, *Instituciones de Derecho real de España*<sup>157</sup>, del profesor gua-

---

<sup>154</sup> Vide Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «Un proyecto desconocido de Código Civil», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n.º 4, Buenos Aires, 1952.

<sup>155</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1977, p. 280.

<sup>156</sup> ALBERTO DAVID LEIVA, «La biblioteca de un jurista mendocino del siglo XIX, don Manuel Antonio Sáez», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 1, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1973, p. 359. En este estudio se señala que Sáez (1834-1887) disponía en su biblioteca de las obras de Aubry y Rau, Delvincort, Demolombe, Duranton, Pothier, Toullier, Troplong y Saint-Joseph.

<sup>157</sup> *Instituciones de Derecho Real de España*, por el doctor José María ÁLVAREZ,

temalteco José María Álvarez (1777-1820). En las notas a dicho trabajo, Vélez, quien seguramente desde sus años mozos en la Universidad de Córdoba se interesaba por la cultura jurídica francesa, recurre constantemente a las opiniones de Merlin de Douai, autor del *Répertoire de jurisprudence* y del *Recueil alphabétique des questions de droit*, y a Chabot de L'Allier, quien escribió ciertas *Questions transitoires sur le code civil*, comentaristas ambos del Derecho francés intermedio –que transcurre entre el Derecho del Antiguo Régimen y la codificación napoleónica–. Incluso, como lo ha demostrado Salerno en su erudita investigación, en las causas judiciales que Vélez patrocinó aparecen invocaciones a la doctrina gala que antecedió y siguió al *Code*<sup>158</sup>.

Naturalmente, aquella recurrencia habría de advertirse también en su obra cumbre, el Código Civil, promulgado el 27 de setiembre de 1869 y vigente desde el 1.º de enero de 1871. En el famoso como polémico oficio de remisión del primer libro del proyecto de Código Civil al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Costa<sup>159</sup> (inserto en los anexos), tras condolerse Vélez por la falta de una «legislacion original, nacida con la nación, y que con ella crecía»<sup>160</sup>, advierte ante semejante carencia la necesidad de «ocurrir al derecho científico», que no son sino, en entrelíneas, los códigos y autores modernos. «Para este trabajo –asegura– he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del Sr. Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja á los códigos europeos, y

---

adicionadas con varios apéndices, párrafos, etc., por Dalmacio Vélez Sársfield, Imprenta del Estado, 1834.

<sup>158</sup> SALERNO, *op. cit.*, p. 222.

<sup>159</sup> *Proyecto de Código Civil para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el doctor don Dalmacio Vélez Sársfield*, Libro primero, Imprenta La Nación Argentina, Buenos Aires, 1865.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 4.

sobre todo, del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el Sr. Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos.» Es interesante advertir que Vélez no menciona directamente al *Code* napoleónico. Es más, ni siquiera lo invoca entre sus principales fuentes legislativas, donde coloca el proyecto (afrancesado) de García Goyena, el Código de Bello «que tanto aventaja a los códigos europeos» y, evidentemente, el proyecto brasileño de Freitas.

Vélez, asimismo, en la nota de remisión al gobierno no cita explícitamente a los exégetas franceses entonces tan en boga. «Respecto á las doctrinas jurídicas –diría– que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zacharie, la obra del Sr. Serrigny sobre el Derecho administrativo del Imperio Romano, y la obra de Story *Conflict of Laws*.» Como se sabe, Savigny impugnaba el absolutismo legislativo del *Code* y señalaba la limitación científica de la codificación, en tanto que Carl Salomo Zachariae (1765-1843) ofrece una visión institucional, sistemática y antiexegética del Código francés. Da la impresión, entonces, que el codificador argentino conscientemente quisiera puntualizar que su proyecto se distancia del Código Napoleón y de la influencia de los exégetas. Empero, el proyecto mismo no escatima referencias al *Code* ni a los autores de la exégesis.

Juan Bautista Alberdi, en su carta abierta –que reproducimos en su integridad en los anexos de este trabajo<sup>161</sup>– insistirá mucho

---

<sup>161</sup> Véanse también los imprescindibles estudios de José CABRAL TEXO, que exigen cuanto antes una reimpresión: *Fuentes nacionales del Código Civil argentino (estudio de algunas de sus instituciones)*, tesis doctoral, Jesús Menéndez, librero editor, Buenos Aires, 1919; y, por su riqueza documental, los *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino*, Jesús Menéndez editor, Buenos Aires, 1920. Más recientemente, Abelardo LEVAGGI, «El método del Código Civil argentino y sus fuentes», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, Valparaíso, 1985, pp. 159-175; y «Dos estudios sobre Vélez Sársfield», *Cuadernos de Investigaciones*, n.º 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales

en el carácter extranjerizante del que, a su juicio, adolece el proyecto de su antiguo amigo Vélez. En un momento, Alberdi, indignado, protesta: «¿Por quién se nos toma a los argentinos cuando se nos llama *nación sin legislación propia*?», agregando luego, en tono panfletario: «Así el doctor Vélez ha tenido presente para su obra todos los códigos de los dos mundos, todas las doctrinas de la ciencia, excepto las fuentes naturales del Derecho civil argentino». Sin embargo, un político como Bartolomé Mitre, cuyo protagonismo en la dación del Código Civil es indiscutible, ante la Cámara de Senadores, defendiendo el proyecto cuya promulgación era inminente, no dudará en sostener que el *Code* «es el único que ha servido de tipo a todos los demás»<sup>162</sup>.

La influencia francesa es evidentemente grande en esa fijación de doctrina que fue el Código Civil argentino. El codificador, a decir de Marcelo Urbano Salerno, quedó

«deslumbrado por la riqueza de pensamiento de la Escuela de la Exégesis [...]. Basta con leer las notas escritas por Vélez comentando diversos artículos del Código Civil, para advertir de inmediato el ascendiente de la doctrina francesa en las normas que proyectara.»<sup>163</sup>.

La presencia gala no se limita a los modernos autores de la Escuela de la Exégesis: la biblioteca de Vélez, cuyo catálogo fue publicado por la Universidad de Córdoba<sup>164</sup>, y el Código Civil, del

---

Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U. B. A., Buenos Aires, 1988.

<sup>162</sup> Sesión del 25 de setiembre de 1869, citada por Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina...*, *op. cit.*, p. 299, nota 171.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>164</sup> UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, «Catálogo de la biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield», prólogo de Enrique Martínez Paz, Córdoba, 1940. Se echa de menos una reedición crítica de dicho catálogo, incluyendo naturalmente el

que forman parte las notas, así lo corroboran. En efecto, entre los libros consultados y citados por Vélez aparecen, por ejemplo, los que corresponden a antiguos romanistas del *mos gallicus*, como Cujacio (1522-1590), Dionisio Godefroy (1549-1621); de transición, como Jean Domat (1625-1696) y Robert-Joseph Pothier (1699-1772), y romanistas franceses modernos como Ortolán y Demangeat.

No debe, sin embargo, sobrevalorarse la inocultable presencia del Derecho francés en el Código Civil argentino. El contenido se nutría de influencias diversas. Su deuda más grande es con el *Esboço* y con la *Consolidação* de leyes civiles que preparara para el Brasil Augusto Teixeira de Freitas. Párrafos completos de las obras del gran jurista brasileño han sido tomados en préstamo por el legislador argentino. Freitas, quien asume una posición muy crítica frente al Código napoleónico, tomó muchas figuras directamente del Derecho romano, de la pandectística alemana (particularmente de Savigny) y del Derecho portugués. Camino semejante emprendió Dalmacio Vélez. Empero, no desaprovechó un gran cúmulo de fuentes que hacen de su código un verdadero esfuerzo de eclecticismo. En efecto, a las referencias a las *Siete Partidas*, la *Novísima Recopilación*, las *Leyes de Toro*, siguen las alusiones al *Code*. A las glosas de autores españoles como Gregorio López, suceden las citas a los juristas franceses del Antiguo Régimen y de la exégesis. A los elogios y observaciones al Código chileno de Andrés Bello y de otros juristas latinoamericanos como José María Álvarez y Freitas, se agregan las menciones al ABGB austriaco y a todos los códigos europeos entonces conocidos, eclecticismo que convierte a este código en una obra sumamente original. Sus virtudes son tales que, después del Código chileno, puede ser considerado la más notable producción de la jurisprudencia latinoamericana-

---

prólogo de ese gran estudioso de Vélez que fue Martínez Paz. Véase también, Humberto VÁZQUEZ, L. MICIELI, M. E. BAZÁN y M. A. CALVO LEAL, *El Derecho romano en la biblioteca del doctor Vélez Sársfield. Ensayo histórico*, Universidad Nacional de la Rioja, 1996.

na decimonónica. Subsiste hasta hoy, a pesar de las numerosas reformas introducidas. El Paraguay, en 1876, decidió adoptarlo y ha inspirado las reformas legislativas de otros países del continente. Junto a Bello y Freitas, Dalmacio Vélez, con toda justicia, conforma la tríada del genio jurídico latinoamericano del ochocientos.

Amén de la influencia francesa recibida por el Código de Vélez, se agregaría el influjo ejercitado por la Escuela de la Exégesis sobre sus primeros comentaristas, a saber, Onesio Leguizamón, José Machado y Baldomero Llerena, quienes contribuían con su doctrina a enaltecer el texto de la ley y a insinuar, según apunta Tau Anzoátegui, nuevas formas en la difusión del Derecho francés<sup>165</sup>. No es extraño, pues, que los juristas que bebían de estos libros adoptasen el método de exposición de los exponentes de esa escuela, el cual, sin embargo, matizaban con citas extraídas del Derecho romano y castellano, bajo los cuales habían sido formados. La exégesis prevaleció entre los comentaristas argentinos, conforme apunta Abelardo Levaggi, durante todo el siglo XIX. A juicio suyo, todos ellos, salvo Alfredo Colmo (1878-1934), leían a los exégetas, utilizaban sus métodos y aconsejaban sus soluciones<sup>166</sup>. Esto permitiría apreciar que se presentaba un afrancesamiento mayor a medida que avanzaba el siglo. Vélez, a pesar de la vocación modernizante que lo animaba y de su espíritu universalista, se hallaba profundamente marcado por la tradición hispánica. Esta tradición, sin perderse del todo, parece atenuarse con el correr de los años, cediendo en los más variados aspectos de la vida social a los

---

<sup>165</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Editorial Perrot, 2.ª edición, Buenos Aires, p. 71. Véase también del mismo autor, «En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 5, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, pp. 421-433.

<sup>166</sup> ABELARDO LEVAGGI, «El romanismo de los primeros comentaristas del Código Civil argentino», en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 11, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

embates de la cultura y de la mentalidad francesas. El Derecho tampoco aquí sería una excepción, fenómeno de alguna manera curioso, puesto que el historicismo tradicionalista —que apenas asomó en otros países latinoamericanos— gozaba de temprana simpatía en tierras argentinas. Vélez y su más ceñudo detractor, Juan Bautista Alberdi (1814-1884), a cuyas observaciones al proyecto de Vélez Sarsfield nos remitimos, en medidas distintas compartían esa simpatía. Cuando el historicismo romántico cobra cierta fuerza en países como México y el Brasil, en la Argentina, donde empezó a manifestarse, decae. Extraña divergencia que merecería una explicación.

Finalmente, si se compara a Vélez con Andrés Bello y con Freitas aparece como un jurista más permeable a la influencia gala, proclive a las concepciones modernas y dotado de un espíritu cosmopolita menos ambiguo. El Código Civil argentino se despoja de una serie de institutos incongruentes con el credo liberal del ochocientos. Los artículos 2502 y 2614 son vivas encarnaciones de ese espíritu. En el primero se estipula que «los derechos reales sólo pueden ser creados por ley», con lo cual se cierra la posibilidad de crear vinculaciones, mientras que el segundo prohíbe a los propietarios de bienes raíces imponer censos y rentas a sus predios superiores a cinco años, «cualquiera que sea el fin de la imposición» (es decir, así sea laica o eclesiástica o así tuviese un objeto religioso o de piedad), impidiéndose explícitamente las vinculaciones. Desde luego, como corolario de esta perspectiva, Vélez consagró el derecho de propiedad o dominio como un derecho absoluto (art. 2513) y reconoció la más amplia libertad de las partes para la formación y disolución del vínculo obligacional, poniendo en un pie de igualdad la voluntad contractual con la ley (arts. 1197 y 1200). En ese sentido, el Código argentino se halla más emparentado al Código napoleónico que el Código de Bello. El liberalismo del Código argentino, comprensible dentro de la atmósfera ideológica de la época, fue radicalmente revertido merced a la reforma introducida por la ley 17711 del año 1968, conocida como Ley Borda en ho-

menaje a uno de sus auspiciadores, en el marco de una tendencia que ponía el acento en el interés social. Curiosamente, por los avatares ideológicos la propuesta original de Vélez asoma en nuestros días más cercana a los propósitos políticos y a los fines económicos actuales. La posición de Vélez no fue, sin embargo, enteramente liberal. Esto se observa, por ejemplo, en la institución de la herencia del alma, estatuida en el artículo 3722 con una orientación altruista para beneficiar a los pobres. Igualmente, Vélez es contrario a la admisión del matrimonio civil y del divorcio vincular. Distanciándose del Código francés, admite la indagación judicial de la paternidad (art. 325), pero sólo para los hijos naturales, descartando esta acción a los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos (art. 342), en cuya condición jurídica se detiene (arts. 338, 339 y 340).

### 3.2.9 Brasil

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia brasileñas han seguido de cerca el desarrollo del ejemplo francés, sobre todo hasta mediados del siglo XIX. Empero, como señala Arnoldo Wald, la circulación del Derecho francés está menos vinculada a las reglas positivas que tuvieron cierta repercusión, que a la doctrina y a la jurisprudencia, cuya influencia ha sido considerable sobre los autores brasileños decimonónicos<sup>167</sup>. La circulación del Derecho francés, por otra parte, se circunscribe fundamentalmente al ámbito del Derecho privado. En el Derecho público, no obstante la irrecusable presencia de las ideas de Rousseau, Montesquieu y Voltaire en el pensamiento de las clases ilustradas del ochocientos, se optó por

---

<sup>167</sup> Arnoldo WALD, «La circulation du modèle juridique français au Brésil», Journée franco-italiennes, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Niza, mayo de 1993.

un régimen presidencial, federalista, admitiéndose el control de la constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial; adscribiéndose, en consecuencia, al modelo constitucional norteamericano, inspirado, éste a su vez, en muchas ideas de Montesquieu. No puede decirse lo mismo del Código de Comercio brasileño de 1850, que sí se inspira en el *Code commercial* francés de 1807<sup>168</sup>.

El *Code civil* napoleónico no tuvo en Brasil el mismo éxito que en otros países de América latina. La monarquía y la élite dirigente veían con recelo el producto legislativo de una revolución de la que tuvieron que mantenerse a buen recaudo. Si se desconfiaba de la Francia republicana, debía sospecharse también del Código Civil. La misma idea de codificación no constituía una necesidad apremiante, porque en rigor no hubo una revolución de la Independencia. Consideraciones de orden político e ideológico, como la continuidad de una monarquía hostil al fantasma de la codificación, y el establecimiento de una federación hasta cierto punto irreconciliable con un código unitario, sumados a la fuerte influencia de la Escuela histórica del Derecho y de Savigny<sup>169</sup>, entorpecieron el proceso codificador brasileño, al punto que fue el último país latinoamericano que aprobó un código civil. Hasta 1916, las *Ordenanzas Filipinas* (1603) representaban la base legal de cualquier controversia. Brasil fue uno de los últimos países del mundo en abandonar el *ius commune*, que echó en tierras brasileñas sólidas raíces sin encontrar como en Europa la resistencia de los Derechos locales, tanto que hasta el año 1769 las opiniones de Accursio y

---

<sup>168</sup> Vide Robert A. MEANS, «Codification in Latin America: The Brazilian Commercial Code of 1850», en *Texas International Law Journal*, n.º 10, 1975, pp. 345 ss.

<sup>169</sup> El éxito de la Escuela histórica del Derecho, de claro perfil conservador, no parece casual en un país monárquico como era el Brasil del ochocientos. Desde que exaltaba la tradición, se presentaba como una estupenda cobertura ideológica para oponerse a un código racionalista partidario de las novedades y el cambio social.

Bartolo tenían carácter vinculante en los tribunales. Un año después de conseguida la independencia, el 20 de octubre de 1823 se ratificó la fuerza legal de las ordenanzas y de todas las leyes promulgadas por la corona portuguesa hasta el 25 de abril de 1821<sup>170</sup>. Esta decisión se explica por los estrechos lazos de dependencia que ataban al Brasil con la metrópoli. La independencia misma no fue sino una anticipación dinástica. Brasil se encontraba, pues, a diferencia de los países hispánicos (donde sí hubo una franca emancipación política), inmunizado frente al *Code*, como bien ha dicho con agudeza Clovis do Couto e Silva<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Silvio MEIRA, «Gênese e elaboração do Código Civil brasileiro de 1917», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Abelardo Levaggi coordinador, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, p. 316.

<sup>171</sup> Clovis do COUTO E SILVA, «Le Droit civil bresilien. Aperçu historique et perspectives d'avenir», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 18, 1989, pp. 147-169. Do Couto e Silva explica el infortunio del *Code civil* en Brasil en consideraciones políticas: la uniformidad y el centralismo jurídico logrados en el Brasil, merced a las ordenanzas reales, hacían innecesaria la dación de un código. La codificación, que exige una decisiva intervención política, no era impulsada (ni podía serlo) desde un Estado monárquico receloso de un código que recordaba una revolución odiada. Do Couto parte también del esquema que traza ULLMANN en su clásico trabajo *Principles of Government and Politics in the Middle Ages* (1966). Según Ullmann, el Derecho tiene dos tipos de constitución social: la «ascending conception of government and law» y la «descending conception of government and law». En la primera, la producción jurídica se concentra en el pueblo mismo, de donde resulta que los organismos que administran el Derecho, en tanto que delegados del poder político, son responsables ante la ley; tal sería el caso del Derecho inglés. En la segunda concepción el poder proviene del Estado; el pueblo no tiene una participación preponderante. En el Derecho portugués habría prevalecido la tesis descendente, lo cual habría propiciado el mantenimiento del Derecho romano y canónico (*utrumque iura*). Este último planteamiento no es convincente, tanto porque es discutible el «carácter popular» del Derecho inglés, como porque el modelo de Ullmann es válido para el mundo político medieval, no para explicar el Derecho moderno. Por otra parte, no explica: 1. El carácter ascendente o

Por otra parte, toda la cultura jurídica dependía del Portugal. Como el Brasil carecía de un centro de estudios superior en el que se impartieran lecciones de Derecho, por lo que las clases dirigentes se educaban preferentemente en la Universidad de Coimbra, era impensable entonces que apenas declarada la independencia el Brasil se dotara de códigos básicos para regular la vida social. Era, más bien, perfectamente natural que las *Ordenanzas Filipinas* rigieran después de la independencia. Esa misma conexión histórica entre Brasil y Portugal dará lugar después a que esfuerzos sistematizadores, como el de Freitas y el propio Código Civil brasileño, reflejen el viejo Derecho lusitano, quizá con mayor fidelidad que el Código portugués de 1867, obra del vizconde de Seabra, más apegado al *Code* napoleónico<sup>172</sup>.

La tardía codificación no significa que en Brasil no existieran proyectos codificadores o algunos planteamientos sustitutos. Por el contrario, los hubo y algunos de notable nivel técnico. Entre los planteamientos se encuentra el del ministro de Justicia, Eusébio de Queiroz, quien ante una exigencia constitucional<sup>173</sup> proponía adoptar como código, provisoriamente, el *Digesto Português* del juriconsulto lusitano José Homen Corrêa Teles. Hubo intentos como el de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)<sup>174</sup>, de armonizar las leyes existentes, para lo cual éste preparó a petición del gobierno una *Consolidação das Leis Civis* (1858). El propio Freitas —admira-

---

descendente de la codificación, ni 2. La vinculación entre la concepción descendente y la generación de códigos en Portugal y Brasil.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>173</sup> El artículo 179, inciso 23, de la Constitución de 1824, disponía «organizar quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade».

<sup>174</sup> Sobre Freitas consúltese el insuperado trabajo de Silvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Imperio*, J. Olympio, Rio de Janeiro, 1979, y la compilación de Sandro SCHIPANI, *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latino-americano*, CEDAM, Padova, 1988.

dor de Savigny, pero con el que no compartía la aversión por los códigos— también por encargo del gobierno elaboraría un magnífico *Esboço do Código Civil* (1865), que habría de servir de modelo fundamental al Código Civil argentino y, en menor medida, al Código Civil uruguayo. Sin embargo, el Ministerio de Justicia, a pesar del gran mérito del trabajo, decidió rescindir el contrato con el jurista. Luego, en 1873, José Tomaz Nabuco de Araújo inicia la preparación de otro proyecto que se interrumpe por su muerte. A este proyecto sigue el preparado por Felício dos Santos. Posteriormente se sucede el abortado proyecto de Pedro II, el mismo que, ya iniciado, se suspende con la proclamación de la república, el 15 de noviembre de 1889. Bajo la república se encomienda a Antonio Coelho Rodrigues la elaboración de un proyecto, el mismo que presentado al Congreso es acusado de extranjerizante. Algunos años después, en 1899, también a petición del gobierno, Clóvis Beviláqua se encarga de confeccionar un proyecto de Código Civil. En pocos meses finaliza esta misión, pero, lamentablemente, la aprobación del proyecto demoraría años. Encontraría numerosos adversarios —uno de ellos, Rui Barbosa, con un inmenso poder político, impediría en el Parlamento su conversión en código—. Recién, con ciertos cambios, el 1.º de enero de 1916, a insistencia del Poder Ejecutivo se promulga el Código Civil brasileño, que habría de entrar en vigencia a partir del año siguiente<sup>175</sup>.

En líneas generales, estos proyectos no acusan una marcada influencia francesa. El legislador brasileño no se caracterizó por imitar, sino que se limitaba a considerar al *Code* como una más de sus fuentes. Razones políticas, ideológicas y culturales, que sería importante examinar, subyacen a este fenómeno<sup>176</sup>. La sistemática

---

<sup>175</sup> MEIRA, «Gênese e elaboração do Código Civil brasileiro de 1916», *op. cit.*, pp. 315-379.

<sup>176</sup> Vide Orlando GOMES, «Historical and Sociological Roots of Brazilian Civil Code», en *Inter-American Law Review*, n.º 1, 1959, pp. 331 ss.

es diferente; por ejemplo, el *Esboço* de Freitas denota gran originalidad y no sería nada raro, como sugiere Raoul de la Grasserie, que el BGB alemán se hubiese inspirado en el plan seguido por el jurista brasileño en lo concerniente a la parte general<sup>177</sup>, donde se encuentra un parecido sorprendente que no parece casual. En donde se aprecia una presencia alemana evidente es en el Código. Ocurre que al terminar el siglo la influencia del *Code* declina. En su lugar, el finisecular Código Civil alemán (BGB), a pesar de su acentuado tecnicismo y su densa abstracción, ofrecía un innegable interés. Los códigos del Brasil (1916), de México (1928) y del Perú (1936) guardan un estrecho parentesco con aquél. Más bien es significativo que el BGB alemán se difundiera en Brasil en lengua francesa, que se profundizara en su estudio gracias al trabajo *Le Code Civil Allemand (BGB)*, comentario escrito por un jurista francés, Saleilles. Las obras de juristas alemanes como Savigny, Von Ihering, Jellinek y Hans Kelsen, antes de ser conocidas en otras lenguas como el italiano o el español, que también funcionaban como medios de transmisión, eran leídas en francés por los estudiosos brasileños<sup>178</sup>.

Wald ha advertido que si bien técnicamente la influencia del BGB es preponderante, filosóficamente, es el pensamiento jurídico francés y en especial el contenido en el *Code*, el que inspira, en gran medida, al Código Civil brasileño<sup>179</sup>. Aunque Wald no dice en qué consistía esa inspiración, seguramente se refiere a los ideales sociales del liberalismo, ideales que, en el lapso en que fue preparado el ordenamiento civil brasileño, a fines del ochocientos y comienzos del presente siglo, eran perfectamente compatibles con una sociedad afincada en muchos aspectos al pasado, pero a la

---

<sup>177</sup> RAOUL DE LA GRASSERIE, *Lois civiles du Brésil*, V. Giard & E. Briere, Paris, (?). Obsérvese, asimismo, que el *Esboço* de Freitas es muy anterior al BGB alemán.

<sup>178</sup> WALD, *op. cit.*, p. 7.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 10.

cual diversas fuerzas sociales deseaban modernizar. Se juzgaba que el Código Civil contribuiría en este proceso, tal como lo había hecho el *Code*.

Tampoco debe reducirse el ascendiente del Código napoleónico a la esfera filosófica, por importante que sea, habida cuenta que en el mismo plano normativo puede percibirse su autoridad. Pontes de Miranda, coterráneo de Freitas y uno de los más grandes juristas latinoamericanos<sup>180</sup>, había detectado, entre los 1 800 artículos del Código Civil brasileño, 170 inspirados directamente en el *Code* —que se presenta como la legislación extranjera más recurrida, contra los 83 artículos del Código portugués, 72 del italiano, 70 del BGB y 30 del Código español<sup>181</sup>—. En base a un examen exegético riguroso, el brillante jurista brasileño terminó demostrando que, sin considerar la sistemática<sup>182</sup>, numerosas normas dependen más del cuerpo legal francés que del BGB alemán —con el que usualmente se ha conectado al Código brasileño—. El influjo es más grande en los campos de los contratos y de la responsabilidad civil, y, en menor medida, en el Derecho de familia y en las sucesiones<sup>183</sup>.

Concretamente, puede establecerse un lazo de dependencia

---

<sup>180</sup> Sandro SCHIPANI, y OTROS, *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*, CEDAM, Padova, 1989.

<sup>181</sup> Pontes de MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Ed. Pimental de Mello, Rio de Janeiro, 1928, p. 119.

<sup>182</sup> El Código Civil brasileño, a semejanza del BGB alemán, se compone de dos partes: una general y una especial. La primera consta de tres libros: «De las personas», «De los bienes» y «De los hechos jurídicos». La segunda contiene cuatro libros: el Derecho de familia, el Derecho de las cosas, el Derecho de las obligaciones y el Derecho de las sucesiones.

<sup>183</sup> Un estudio detallado de las diferencias y similitudes entre uno y otro ordenamiento ha sido el desarrollado por Caio Mário da SILVA PEREIRA, «Código Napoleão», en *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Rio de Janeiro, n.º 51, año 14, enero-marzo, 1990, pp. 7-18. Consúltense especialmente las páginas 13 y siguientes.

entre el *Code* napoleónico y el Código brasileño en las siguientes materias:

- El tratamiento de la *responsabilidad civil*, aspecto en el que el Código Civil de 1916 está totalmente subordinado en este punto al *Code* napoleónico. En efecto, el artículo 1382 de este último reza: «Cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a éste por la falta causada a su reparación.»<sup>184</sup>. El artículo siguiente, el 1383, prescribe: «Aquél es responsable del daño que cause, no solamente por sus hechos, sino también por su negligencia o por su imprudencia.»<sup>185</sup>. Por su parte, el artículo 159 del Código brasileño dispone: «Aquél que por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia viola el Derecho o causa perjuicio a otro, queda obligado a reparar el daño.»<sup>186</sup>. Cuando la doctrina francesa evolucionó, con Jossierand, de la teoría de la culpa hacia la teoría de la responsabilidad objetiva del daño causado, la doctrina brasileña, sostiene Da Silva Pereira, tomó el mismo rumbo<sup>187</sup>.
- Las generalidades del *acto jurídico* están más cerca entre sí que frente al negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) del BGB alemán.
- Los requisitos de validez de los actos jurídicos consignados en

---

<sup>184</sup> El texto francés original estipula: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.»

<sup>185</sup> Texto francés: «Chacun est responsable du dommage que il a causé non seulement par son fait, mais encore para sa negligence ou par son imprudence.»

<sup>186</sup> Texto portugués: «Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuizo a outrem fica obrigado a reparar o dano...»

<sup>187</sup> DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 14-15.

el artículo 1108 del *Code* son muy semejantes a los contemplados en el artículo 82 del Código Civil brasileño, aunque el segundo presenta una mejor técnica.

- La concepción del error sustancial como defecto del acto jurídico y, por lo tanto, como causal de anulabilidad, prevista en el artículo 86 del Código brasileño, corresponde al artículo 1109 del Código francés.
- El principio de irrevocabilidad del régimen de bienes entre los cónyuges, estipulado en el artículo 230 del Código brasileño, ha sido tomado, en clara oposición al Derecho germánico, del artículo 1395 del Código napoleónico, el mismo que prohíbe variar las convenciones matrimoniales que se hubiesen pactado antes del matrimonio, después de celebrado éste.
- La presunción romana *pater is est quem nuptiae demonstrant*, recogida en el artículo 312 del Código francés, es retomada también por el artículo 340 del Código brasileño. Lo interesante radica en que las causas de contestación de la paternidad son muy similares, pudiéndose establecer la génesis de la norma brasileña.

Pueden encontrarse una serie de principios, normas e instituciones similares, como la atribución de la patria potestad al padre, las formas testamentarias, el pago indebido, etc. Muchos de ellos, ciertamente, pertenecen al Derecho romano, con el cual ambos códigos se hallan emparentados, pero no dejan de traslucir el espíritu moderno que emanaba del *Code civil*.

La influencia del *Code*, sin embargo, no debe sobrevalorarse. Es preciso reconocer la originalidad no sólo del ordenamiento positivo civil brasileño, sino también de los proyectos que lo precedieron, como el más notable de ellos, el *Esboço* de Freitas.

Donde sí se acusa el ascendiente del Derecho francés es en el

manejo solvente que de la doctrina gala hacían los jurisconsultos. En un estudio llevado cabo por Pierre Villard<sup>188</sup>, queda demostrada la solvencia del más grande jurista brasileño, Augusto Teixeira de Freitas, en el uso de la doctrina jurídica francesa. Tanto en su *Consolidação* como en su *Esboço*, las obras de jurisconsultos del Antiguo Régimen como Cujacio, Barbeyrac, Coquelin, Domat, Pothier, desfilan a la par que las de los artesanos del *Code*, Bigot de Préameneau, Portalis, Tronchet y Maleville. Abundantes son las citas de los modernos autores de la Escuela de la Exégesis, como Delvincourt, Demolombe, Duranton, Marcadé, Merlin, Pardessus, Proudhon, Toullier, Troplong. Hay también referencias a autores que no fueron exégetas, como Jourdan, fundador de la revista *Themis*; el comparatista Saint-Joseph, y el alemán Zachariae<sup>189</sup>. No se echa de menos la mención a los repertorios de jurisprudencia francesa, como el de Dalloz.

Lo dicho para Freitas perfectamente puede aplicarse a la doctrina y a la jurisprudencia brasileñas, atentas al desarrollo del Derecho extranjero, al método comparativo y a la búsqueda histórica. Dentro de su rica tradición, una de las más fecundas del mundo latino, los modelos franceses ocuparon siempre un lugar de honor. Pero lo que engrandece esa tradición ha sido la talentosa habilidad para recrear imaginativamente los arquetipos, adaptándolos a sus propias exigencias y valores.

---

<sup>188</sup> Pierre VILLARD, «La tradition juridique française dans l'oeuvre de Teixeira de Freitas», en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, op. cit., pp. 269-287.

<sup>189</sup> *Ibid.* Véase el índice de autores citados por Freitas, pp. 285-287.



**La Escuela de la Exégesis y  
su influencia en América latina.  
Apostillas para su estudio**



«La índole de mis estudios está tácita en el título que ostentan: el comentario, no es la exposición doctrinal, dogmática y científica de un derecho determinado; su método es la exégesis de la ley; su fin, la mejor inteligencia y la más acertada aplicación del precepto escrito; es estudio de prácticos, glosa, si no empírica, tampoco filosófica de la legislación.»

ANGEL GUSTAVO CORNEJO

*Comentarios al Código Civil peruano*

«*Exégesis* es una expresión griega que significa "guiar, exponer, explicar". El título de la obra responde, pues, a su contenido. Se trata, en efecto, de examinar las disposiciones del Código Civil, evaluando sus aciertos y deficiencias.»

MAX ARIAS SCHREIBER PEZET

*Exégesis del Código Civil peruano de 1984*



SE OFRECERÍA una visión muy fragmentaria de la repercusión del Código napoleónico en América latina si se prescindiese de la corriente doctrinaria francesa y belga que asumió al *Code* como objeto básico de estudio: la Escuela de la Exégesis. La influencia que los exponentes de dicha tendencia tuvieron en esta parte del mundo fue, y continúa siendo, inmensa. Nuestros juristas leían ávidamente no sólo al Código, sino también a los primeros autores que se ocupaban de él: los exégetas<sup>1</sup>. Las bibliotecas de los juristas

---

<sup>1</sup> No obstante la gran influencia cultural de la Escuela de la Exégesis en América latina, los estudios en torno a esta importante transferencia cultural son escasos. No se conocen monografías específicamente dedicadas a tratar dicho problema. Entre las obras que indirectamente se ocupan de esta temática, destacan los trabajos de María del Refugio GONZÁLEZ: *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981; y *El Derecho civil en México, 1821-1871*, UNAM, México, aun cuando carecen de un acento crítico. Una descripción sintética de la influencia de la tendencia exegética en la Argentina puede encontrarse en el libro de Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Editorial Perrot, Buenos Aires, pp. 105-108, e indirectamente en el estudio de Abelardo LEVAGGI, «La interpretación del Derecho en la Argentina del siglo XIX», *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, n.º 7 (1980), pp. 23-121. Con menor insistencia para el caso peruano, Fernando de TRAZEGNIES, *La idea del Derecho en el Perú republi-*

latinoamericanos del ochocientos –e incluso de muchos del siglo xx– se hallaban repletas de los libros de aquellos autores<sup>2</sup>. Las obras jurídicas no podían prescindir de alusiones al *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat* (1804-1804) de Jacques de Maleville (1741-1824), al *Droit civil français suivant l'ordre du Code* (1811) de Charles Toullier, a las *Questions transitoires sur le Code civil* de George Antoine Chabot de l'Allier, a las *Institutes de droit civil français* (1808) de Delvincourt, al *Cours de droit français* (1809) de A. Proudhon, al clásico *Cours de*

---

*cano del siglo XIX*, y para la experiencia venezolana, Tulio CHIOSSONE, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, pp. 201-217, quien alude a la «decadencia jurídica» que se conectaría implícitamente al método del comentario exegético (pp. 317-318). Desde un ángulo crítico, pero con una vocación más teórica que empírica, véase el estudio de Rogelio PÉREZ PERDOMO, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Monte Ávila, Caracas, 1978. Y desde un enfoque de teoría del Derecho que versa sobre el formalismo (del que la exégesis es una de sus expresiones), el clásico estudio de Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre el Derecho y el lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965. Un cuestionamiento de la exégesis a partir de la incorporación del hipertexto, en Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, pp. 63-71.

<sup>2</sup> El lector hallará información más detallada en el capítulo tercero, especialmente al ocuparnos de las influencias culturales ejercidas por la cultura jurídica francesa sobre Bello, Freitas y Vélez. Consúltese también la lista de libros franceses en la biblioteca de Mariano Egaña. Para Argentina, el catálogo de libros de Vélez Sársfield de la Universidad de Córdoba y el estudio de Alberto DAVID LEIVA: «La biblioteca de un jurista mendocino del siglo XIX, don Manuel Antonio Sáez», *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, n.º 1 (1973), pp. 349-382. En torno al caso peruano, véanse los trabajos de Carlos RAMOS, *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1993, sobre todo la biblioteca del personaje, que figura como anexo, y *La influencia del Derecho romano en Toribio Pacheco. Un rasgo de la identidad jurídica latinoamericana*, Instituto Riva-Agüero, Lima, 1996. Para mayores referencias nos remitimos a la bibliografía.

*droit français suivant le Code civil* (de 1825-1846) de Alexandre Duranton (1783-1865), a los comentarios (1833) de Raymond Théodor Troplong (1795-1869), a las diversas ediciones (desde 1808) del *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Philippe-Antoine Merlin de Douai (1754-1838), a la *Explication théorique et pratique du Code civil* de Victor Napoléon Marcadé (1810-1854), a los *Principes de droit civil* (1869-1879) y al *Cours élémentaire de droit civil* del profesor belga François Laurent (1810-1887), ni al famoso *Cours de Code Napoléon* (1845-1876) de Jean Charles Florent Demolombe (1804-1887), como tampoco al *Cours de droit civil français* del binomio que conformaban Charles Aubry (1803-1883) y Frédéric Charles Rau, últimos exponentes de la exégesis, próximos ya –por la influencia del comentarista alemán del *Code*, Carl Salomo Zachariae (1765-1843), cuya obra tradujeron y aprovecharon– a la «Escuela científica», de la cual pueden ser considerados sus precursores<sup>3</sup>. Asimismo, no se echaba de menos la presencia de uno de los últimos exégetas franceses, Baudry-Lacantinerie, autor del conocido *Précis de Droit civil*, publicado en 1882, y que tanta fama consiguió entre los juristas latinoamericanos del siglo xx.

El género exegetico se infiltró en la conciencia de los juristas a partir de la aparición de los códigos latinoamericanos del ochocientos, surgiendo en adelante nuevos libros de esta orientación metódica a medida que iban promulgándose los códigos de mayor envergadura, convirtiéndose desde entonces en el paradigma epistemológico dominante.

---

<sup>3</sup> Carl Zachariae, jurista alemán, fue el primer comentarista del Código Civil francés que no optó por no seguir el orden secuencial que ofrecía el artículo. Su método es más bien sistemático y constructivo. Desfilan las instituciones, antes que los artículos. Dado que dicho método resultaba incongruente con los postulados de la exégesis, Aubry y Rau decidieron *motu proprio* adaptar la edición francesa a la organización lineal y consecutiva del *Code*. Tal esfuerzo, sin embargo, no podía ser completo. Tal vez entonces, y sin proponérselo, debieron de sustraerse inevitablemente a la exégesis.

No puede desconocerse que los comentaristas de los flamantes códigos hicieron una labor enorme destinada a la difusión e interpretación de los mismos. Lo imperioso entonces era conocer los artículos de los códigos, antes que desarrollar sofisticadas y complejas teorías. Con ellos cobra carta de naturaleza entre nosotros el tipo del jurista positivista, cuya tarea es entendida como explicación de textos legales positivos, sin alusión a variables éticas, políticas, sociales o culturales en general. La escuela francesa de la exégesis había dado la pauta que había que seguir en relación con el Código napoleónico: el jurista del nuevo Estado debía limitarse a comprender y a explicar cuál era la voluntad del legislador. Según esta escuela el jurista no debe crear sistemas conceptuales desligados de la legislación (como haría la pandectística alemana con Savigny a la cabeza) ni ha de atreverse a interpretar libremente la letra de las leyes (como quería Gény y su Escuela libre del Derecho, surgida precisamente como reacción radical a la exégesis). El Derecho positivo no debe ser alterado por el jurista —acerca de cuyo rol el Estado liberal no oculta su desconfianza—, porque no quiere que éste modifique las leyes por medio de sutiles interpretaciones ni que se convierta en un rival del Poder Legislativo haciendo decir a los textos emanados de dicho poder ideas no exactamente contenidas en los mismos. El jurista, pues, ha de ser un modesto explicador de las leyes. La interpretación jurídica dejó de ser —por obra de la exégesis— un catálogo de casos tópicos y argumentos persuasivos, como ocurrió con el Derecho romano y el *ius commune*, para construirse a imagen de la estructura secuencial de los códigos.

Julien Bonnecase, estudioso y detractor, traza tres etapas de desarrollo de la Escuela de la Exégesis<sup>4</sup>. La primera es la de la for-

---

<sup>4</sup> Julien BONNECASE, *La pensée juridique française, de 1804 a l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, op. cit., t. I, p. 522. Bonnecase traza tres etapas de desarrollo de la Escuela de la Exégesis. La primera, de la formación, va desde 1804 hasta 1830; durante este período escriben Delvincourt,

mación, que va desde 1804 hasta 1830; durante este período escriben Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Malleville y Chabot de l'Allier. La segunda es la de apogeo, que transcurre entre 1830 y 1880; es una fase de grandes autores como Durantón, Aubry, Rau, Mourlon, Troplong, Marcadé, Laurent y Demolombe. La tercera se iniciaría en 1880 para concluir en 1900; es un período de declive, en el que publican Théophile Huc y Baudry-Lacantinerie, último gran exponente de la escuela. Incluye también, aunque por evidentes razones de contraposición polémica, a Labbé, Bufnoir, Raymond Saleilles (1855-1912) y Beudant<sup>5</sup>. Estos últimos, juristas contemporáneos del crítico, resultan catalogados discutiblemente entre los exégetas por el simple hecho de no haberse adherido a la llamada Escuela científica-naturalista, a la que Bonnacase pertenecía<sup>6</sup>.

Los exégetas conferían al Código Civil, con cuyos valores e

---

Proudhon, Toullier, Merlin, Malleville y Chabot de l'Allier. La segunda, de apogeo, que transcurre entre 1830 y 1880, es una fase de grandes autores como Durantón, Aubry, Rau, Mourlon, Troplong, Marcadé, Laurent y Demolombe. La tercera, que se iniciaría en 1880 para concluir en 1900, es un período de declive, en el que publican Théophile Huc, y Baudry-Lacantinerie, último gran exponente de la escuela. Incluye también, aunque por evidentes razones de contraposición polémica, a Labbé, Bufnoir, Saleilles y Beudant (pp. 292-298) y por el simple hecho de no adherirse a la escuela científica-naturalista a la que Bonnacase pertenecía. Sobre el particular, *vide* Giovanni Tarello, «La Scuola dell'Esegesi», en *Cultura giuridica e politica del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1988, p. 77.

<sup>5</sup> BONNACASE, *ibid.*, pp. 292-298.

<sup>6</sup> Sobre el particular, *vide* Giovanni Tarello, «La Scuola dell'Esegesi», en *Cultura giuridica e politica del Diritto*, *op. cit.*, 1988, p. 77. Saleilles y compañía ensayaban una metodología dogmática-institucionalista y con cierta orientación historicista. En ese sentido, aparece como un tardío discípulo de Savigny. Por el contrario, Bonnacase era partidario de la recuperación del Derecho natural, al cual juzgaba indispensable para la ciencia jurídica. Tanto Bonnacase como Saleilles se oponen al literalismo de la exégesis y son permeables a consideraciones históricas y prefieren la construcción sistemática.

ideales se identificaban, la condición de un documento intocable que de ningún modo podía o debía ser cambiado en cualquiera de sus puntos. De manera que, siendo el *Code* fruto de una revolución que combatió contra el Antiguo Régimen bajo la luz del pensamiento liberal, terminó por asumir, merced a aquellos que lo comentaban, un carácter estático y conservador. Se convierte así, por una suerte de metamorfosis que encuentra su origen en el hecho de que los segmentos sociales que antes se hallaban en una posición contestataria han conquistado ya el poder político, en evidencia jurídica de los equilibrios realizados en el ámbito de la convivencia y en instrumento para impedir cualquier cambio en la situación existente<sup>7</sup>. Ahora se requiere defender las nuevas estructuras, no destruir las antiguas. Las clases hegemónicas, a las que ciertamente servían los profesores y jueces de esta tendencia, se esfuerzan en mantener las nuevas reglas de poder, reforzando la autoridad del Estado y atribuyendo, en última instancia, al mismo Código una función no muy diversa del rol que los soberanos absolutos asignaban a sus compilaciones normativas: la conservación del *statu quo*. Empero, había una diferencia: ese orden social que debía defenderse ya no era el feudal, era el orden burgués. En América latina, donde la emergencia del capitalismo y de sus fuerzas sociales era, en líneas generales, embrionaria, el papel ideológico de la exégesis, siendo el mismo que en Francia, buscaría el afianzamiento de un orden social semicolonial, a caballo entre el feudalismo y el capitalismo, o entre la tradición señorial y la modernidad burguesa. Ese hondo significado político de la exégesis debe presidir el análisis del impacto cultural que su influencia produjo.

Como ha insistido Bonnacase —quien acuñó el término para designar peyorativamente a esta escuela—, sería un error asignarles a los exégetas plena afinidad con la filosofía que inspiraba al Cód-

---

<sup>7</sup> DOMENICO CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Giuffrè editore, Milano, 1971, p. 45.

go Civil francés<sup>8</sup>. Mientras que el *Code* recreó el Derecho histórico a la luz de la filosofía iusnaturalista moderna, inspirándose en gran medida en esta última –como lo recuerda el *Discurso preliminar* de Portalis y el artículo 9 (que fuera suprimido) del Título Preliminar<sup>9</sup>–, la Escuela de la Exégesis hizo del texto de la ley un culto e hizo suyo el principio de la omnipotencia del legislador, apostando simple y llanamente al positivismo. Resultan emblemáticas las palabras célebres de un exponente secundario de dicha corriente, el profesor de la Universidad de Dijon, Jean-Joseph Bugnet: «Je ne connais pas le droit civil; je enseigne que le Code Napoléon» («No conozco el Derecho civil; enseño sólo el Código de Napoleón»)<sup>10</sup>, y lo es también la variación de la nomenclatura de las asignaturas en las facultades de Derecho francesas, que de «Derecho Civil», «Derecho Penal», «Derecho Mercantil», por ejemplo, pasarán a llamarse «Código Civil», «Código Penal», «Código de Comercio».

No debe perderse de vista tampoco que la Escuela de la Exégesis durante su apogeo elaboró, bajo el ropaje de la fidelidad al legislador histórico, toda la ingente masa de doctrinas del individualismo jurídico, acentuando aún más ese perfil, ya bastante definido en el *Code* napoleónico. El individuo era colocado ahora más que nunca en el centro de la escena; la idea de una familia autoritaria y patriarcal, soñada por Napoleón, adquiriría mayor vivacidad;

---

<sup>8</sup> Julien BONNECASE, *La pensée juridique française, de 1804 a l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Delmas éditeurs, Bordeaux, 1933, t. I, p. 522.

<sup>9</sup> Este artículo, redactado por Portalis, estipulaba: «En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos acogidos en el silencio de la ley positiva.» En los debates del Consejo de Estado dicha disposición fue eliminada por considerársela muy «filosófica». Vide P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, reimpresso en 1968, t. I, p. 469. Portalis recogía, pues, a la equidad como mecanismo de integración heterónoma, ajena al ordenamiento positivo.

<sup>10</sup> Julien BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924, pp. 29-30.

la propiedad absoluta e ilimitada, apenas atenuada por un número cerrado de derechos reales, era francamente pregonada, y el contrato, con causas precisas de extinción y rescisión, se convertía sin remedio en el eje de las relaciones patrimoniales<sup>11</sup>. Como se dijo, la interpretación que hicieron del *Code*, a pesar de su aparente neutralidad, reforzaba con creces el orden social burgués. En América latina, donde las relaciones capitalistas de producción eran, durante el ochocientos y buena parte del novecientos, a lo sumo germinales, los efectos prácticos de la Escuela de la Exégesis consolidarían más bien un orden colonial jerarquizado y excluyente.

La Escuela de la Exégesis mira con pavor la actividad hermenéutica de los jueces, considerando imposible la modificación de las normas jurídicas dictadas desde arriba por el poder político. En la misma situación se encuentra una exigencia claramente advertida en la Europa del siglo XIX y en muchos países latinoamericanos de hoy: de subordinar el poder judicial al poder ejecutivo. Lo que piensa el legislador, debe aplicarlo exactamente el juez; la discordia supone un acto subversivo. Cuánta tranquilidad les habrá dispensado la lectura de uno de los exégetas más conocidos, Duranton: en la Advertencia de su *Cours de droit français, suivant le Code civil*, recomienda hacer comentarios en la medida que se produzcan reformas legislativas<sup>12</sup>; o lo dicho por otro afamado exponente de esta tendencia, el profesor belga Laurent, quien consideraba que cuando los códigos «no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene por misión crear Derecho; el Derecho está hecho». Cuando «el legislador habla —agrega Laurent— no queda a los intérpretes más que obedecer»<sup>13</sup>. Demolombe, otro exponente de

---

<sup>11</sup> Sobre la función social conservadora de la Escuela de la Exégesis, además de D. CORRADINI, *op. cit.*, consúltese Giovanni TARELLO, *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>12</sup> A. DURANTON, *Cours de droit civil français, suivant le Code civil*, G. Thorel y F. Guilbert, Paris, 1844, p. 5.

<sup>13</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1887, p. 2. No deja de llamar la atención la manera como este autor califica al

polendas, declara: «Mi divisa, mi profesión de fe: ¡los textos antes que todo!»<sup>14</sup>. Proudhom expresaría la misma concepción: «los textos antes que otra cosa deben ser la divisa del jurista». Mourlon dirá a su vez: «Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez, existe un único Derecho: el Derecho positivo»<sup>15</sup>. Aubry y Rau, profesores de la Universidad de Estrasburgo, insistirán siempre: «La ley, pero nada más que la ley»<sup>16</sup>. La filosofía y la historia perdían así todo interés para el jurista. Los exégetas rechazan enérgicamente el uso de conceptos extranormativos, incluso cuando es indispensable colmar lagunas jurídicas. Demolombe observaba:

«la interpretación consiste en la explicación de la ley; interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No significa cambiar, modificar, innovar; significa declarar, reconocer.»<sup>17</sup>.

En el temor de que las cortes de justicia alteren discrecionalmente el contenido del *ius scriptum*, violando las prerrogativas que el Código atribuye al individuo, los jurisconsultos de la Escuela de la Exégesis manifiestan una abierta desconfianza hacia la actividad hermética, considerada propicia para las decisiones arbitrarias y germen de incerteza frecuente: la interpretación judicial carecería

---

código belga: «Le code civil des sera pas un nouveau code, ce sera le code civil français revisé» («El Código Civil no será un nuevo código, sino el Código Civil francés revisado») (p. 1).

<sup>14</sup> BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil, op. cit.*, p. 129.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>16</sup> C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Cosse Imprimeur éditeur, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1987, t. I, p. 15.

<sup>17</sup> J. Ch. F. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon (1845-1882), Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général - De la jouissance et de la privation des droits civils - Des actes de l'état civil - Du domicile*, Paris, 1865, p. 137.

de sentido, pues el Derecho se produce *ex post facto* por el legislador. Esta desconfianza obedece a la lógica de un Estado centralista, el cual, en una suerte de reproducción moderna del absolutismo, no deja de insistir en un discurso autoritario del Derecho que niega la existencia de otras fuentes formales distintas o alternativas a la ley, como la jurisprudencia y la costumbre. Apoyan su argumentación, especialmente desde mediados del siglo xx, en teorías iuspositivas como el positivismo kelseniano, o por lo que ellos atribuyen a estas teorías. En realidad, buscan por todos los medios impedir que los preceptos jurídicos sean cambiados o considerados pasibles de superación por quien no sea el legislador<sup>18</sup>. Se intenta así una uniformidad oficial de criterios que emanada del legislador llega a los tribunales y se expande entre los juristas y profesores. El resultado es un carácter mecánico y deductivo del razonamiento y de la argumentación jurídica.

Los exégetas estaban firmemente convencidos de la existencia de un sistema jurídico cerrado y completo. Entendieron que el artículo 4 del Título Preliminar<sup>19</sup> no autorizaba al juez a recurrir a soluciones extrañas al sistema normativo, como la equidad, por ejemplo, en la cual los redactores del *Code* habían pensado. A su criterio, el sistema se autointegraba, de modo que de presentarse una laguna jurídica debía buscarse la respuesta en el interior del propio sistema legislativo. En una suerte de «fetichismo legal», el Código napoleónico habría sepultado todo el Derecho precedente y contenía en sí mismo, a la manera de un prontuario, todas las normas para resolver cualquier caso que se presentase<sup>20</sup>. Resulta paradig-

---

<sup>18</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 49. V. PALAZZOLO, «De positivismo giuridico», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967 (pp. 683-715).

<sup>19</sup> Art. 4.º: «El juez que rehúsa administrar justicia, bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser procesado del delito de denegación de justicia.»

<sup>20</sup> Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli editore, Torino, 1979, p. 85.

mática la opinión del Tribunal de Rouan, que, cuestionando el *Discurso preliminar* de Portalis, expresaba:

«Este discurso parece conceder excesiva flexibilidad al juez. No hay necesidad de reclamar, de provocar, por así decirlo, la interpretación, los comentarios, la jurisprudencia. Estos flagelos destructores de la ley que, primero la debilitan, después la socavan poco a poco, y terminan por usurpar los derechos. ¡Desgraciada la época en la cual, como en el pasado, se busca menos en lo que dice la ley que en aquello que se le hace decir! ¡Allí la opinión de un hombre tendrá la misma autoridad que la ley! ¡El error cometido por uno y sucesivamente adoptado por otros se hace verdad! ¡Una serie de prejuicios recogidos por compiladores, ciegos y serviles, violará la conciencia de los jueces y sofocará la voz del legislador!»<sup>21</sup>.

Obsérvese cuán cerca se encuentra el encendido mensaje del Tribunal de Rouan con la teoría de la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial desarrollada por Montesquieu. El juez, según su afamada teoría, es la boca a través de la cual habla el legislador<sup>22</sup>. Muy probablemente, sin embargo, el barón francés se equivocaba en la descripción real de los jueces de Inglaterra<sup>23</sup>,

---

<sup>21</sup> Dramático reproche a Portalis citado por R. Saleilles, «Le Code civil et la méthode historique», en *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Arthur Rosseau éditeur, Paris, 1904, t. I, p. 102. Observación muy similar alcanzaron los diferentes tribunales de apelación. Curiosa forma de maniatarse las manos, que se explica por el principio de autoridad muy interiorizado por los operadores técnicos del Derecho, apegados al formalismo, a partir de la codificación.

<sup>22</sup> Según MONTESQUIEU: «Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.» (*El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI).

<sup>23</sup> Esto no quiere decir que el formalismo se halle ausente en el *Common*

cuya supuesta actitud juzgaba como el óptimo patrón a seguir<sup>24</sup>, pero con todo ello tuvo la fortuna histórica de presentar brevemente los signos de un arquetipo de judicatura llamado a servir como bandera de toda una ideología jurídica y política<sup>25</sup>. El magistrado, desde tal perspectiva, deja de ser un órgano político, con capacidad de decisión, para transformarse simplemente en un lógico que, como quería Cesare Beccaria, realiza un «silogismo perfecto»: la premisa mayor debe ser la norma contenida en la ley general; la menor, la acción conforme o contraria a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. El juez no puede apartarse de tal silogismo ni recurrir al espíritu de la ley, pues se abriría «la puerta a la incertidumbre» y se constituiría «un dique roto al torrente de las opiniones»<sup>26</sup>. De esta manera procura conservarse la pureza del mensaje legislativo. Las normas dictadas por el poder político deben llegar sin intermediarios a sus destinatarios: los miembros de la sociedad civil. Por consiguiente, las leyes deben ser claras, uni-

---

*Law*. El análisis de Morton J. HORWITZ, «La nascita del formalismo giuridico», aparecido en *Democrazia e Diritto*, n.º 5-6, 1990, pp. 309-328, no deja dudas.

<sup>24</sup> La radiografía que el filósofo galo pretende hacer del juez inglés, en realidad parece corresponder más precisamente al juez continental y latinoamericano del siglo XIX. Aún hoy tal descripción sería totalmente válida en nuestros países. Me permito recurrir a una experiencia reciente que ilustra cuanto afirmamos. Ante una pregunta inquietante sobre la variación de la jurisdicción común por la militar, en el famoso caso peruano de «La Cantuta», el presidente de la Corte Suprema sostuvo que «los jueces no pueden sino aplicar la ley, sin preguntarse si es buena o si es mala, lo cual depende del legislador». Debí salir al paso con un artículo, «Magistratura e interpretación legal», publicado en la sección editorial de *El Comercio* de Lima, el 16.12.1994, contra esta concepción estática de la separación de poderes en el discurso de la magistratura peruana. Estoy seguro de que cotidianamente se presentan estas situaciones en otros países de América latina.

<sup>25</sup> Vide Luis PRIETO SANCHIZ, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos S. A., Madrid, 1987, p. 18.

<sup>26</sup> Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, capítulo IV (De la interpretación).

formas, inequívocas y precisas. Lo ideal sería limitar la actividad hermenéutica de los jueces, pues, como insistía la filosofía ilustrada de Voltaire, «interpretar la ley es, casi siempre, corromperla»<sup>27</sup>.

Todas las recomendaciones y advertencias formuladas por Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quisieron ser plasmadas en el terreno de la práctica política. Robespierre se opuso tenazmente a la libertad interpretativa de jueces y juristas y, sin duda, habría enviado a la guillotina a quienes se apartaban de la letra de una norma<sup>28</sup>. Por de pronto el 16 y el 24 de agosto de 1790 se dictaron dos sendos decretos que vedaban la interpretación judicial de las leyes y le imponían recurrir a la legislatura en todos los casos dudosos. Si los filósofos de la Ilustración prepararon el terreno ideológico para la exégesis, Napoleón Bonaparte organizaría las bases políticas e institucionales de la escuela, pues temía que la creación jurídica por obra de los jueces subvirtiera el orden social burgués que se había diseñado. Cuenta la leyenda que cuando se enteró de que Maleville (nada menos que uno de los miembros de la comisión) había publicado un comentario a su obra legislativa, «*Mon Code est perdu*», exclamó con desazón<sup>29</sup>. Para evitar cualquier conato de ese género, acompañó la dación del Código de una enérgica reforma en la educación superior, sometiendo a las escuelas de Derecho a la vigilancia de la autoridad política. Medida semejante adoptó frente a los magistrados y hasta con los autores, cuyas obras debían pasar la censura antes de ser publicadas<sup>30</sup>. Hubo,

---

<sup>27</sup> *Diccionario filosófico*, voz «Leyes civiles y eclesiásticas».

<sup>28</sup> Robespierre ya había amenazado: «La afirmación de que los tribunales crean la ley... debe desterrarse de nuestro lenguaje. En un Estado que cuenta con una Constitución y una legislatura, la jurisprudencia de los tribunales sólo consiste en la ley.» (Citado por Franz NEUMANN, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1957, p. 43.)

<sup>29</sup> Véase Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bâle et Paris, 1935, p. 13.

<sup>30</sup> J. CHARMONT y A. CHAUSSE, «Les interprètes du Code civil», en *Le Code civil*

pues, una decidida intervención política para encaminar el estudio del *Code* por la senda del positivismo. El resultado de esta actitud que se extendió en la doctrina y la jurisprudencia francesas hasta la mitad del siglo XIX, fue como lógica consecuencia la parálisis de la ciencia jurídica<sup>31</sup>.

Una síntesis inteligente de los rasgos esenciales de la Escuela de la Exégesis ha sido planteada por Norberto Bobbio. Según este autor<sup>32</sup>, cuyas ideas recreamos y ampliamos, estos caracteres estarían constituidos por:

a) La inversión de la relación tradicional entre Derecho natural y Derecho positivo. Aquello que tiene interés para el jurista es el segundo. De allí que la consigna de Aubry fuera: «toda la ley [...] y nada más que la ley»<sup>33</sup>. El Derecho natural, sin ser recusado —porque tranquilamente podía formar parte de las reflexiones iusfilosóficas de los juristas—, es pospuesto como ajeno a la dogmática.

La Escuela de la Exégesis privilegia el Derecho positivo cuando se trata de colmar lagunas normativas, corrigiendo a Portalis, quien

---

(1804-1904). *Livre du centenaire*, *op. cit.*, pp. 132-172. Toullier, por ejemplo, se vio en la necesidad de suprimir los comentarios que se referían al carácter inconstitucional de ciertas medidas napoleónicas (pp. 115-116).

<sup>31</sup> La aspiración napoleónica de refrenar el desarrollo de la ciencia jurídica no constituye en absoluto una actitud moderna. Ya la encontramos en las Constituciones de Justiniano, que preceden al Digesto, así como en otros codificadores que precedieron a Napoleón, como José II y Federico II de Prusia. *Vide* «Formalismo e storia del diritto moderno», por Raffaele AJELLO, en *Quaderni fiorentini...*, n.º 1, 1972, pp. 177-205. Por su parte, Eugen ERLICH intenta explicar tal aprensión atribuyéndola a la intensa actividad política de estos hombres de acción que sólo vivían el momento (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Russell & Russell, New York, p. 433). Nos parece que así buscaban la perpetuación de su memoria y de su poder.

<sup>32</sup> Norberto BOBBIO, *op. cit.*, pp. 94-100.

<sup>33</sup> BONNECASSE, *op. cit.*, p. 161.

en su *Discurso preliminar* había acogido la aplicabilidad, en vía subsidiaria por cierto, del Derecho natural. Pero la Escuela de la Exégesis altera la interpretación del artículo, afirmando que el juez debe fundarse únicamente en la ley para resolver cualquier controversia. Según Demolombe, por ejemplo, «el juez no puede legalmente pretender que la ley no le ofrezca los medios para resolver la causa que le es sometida»<sup>34</sup>.

b) Una segunda característica estaría representada, según Bobbio, por una concepción rígidamente estatalista del Derecho. Constituyen normas jurídicas, entonces, únicamente las emanadas del Estado. Mourlon, en un texto que expresa genuinamente la concepción de su escuela, diría:

«Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez [...] un solo Derecho existe, el Derecho positivo [...], definido como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para regular las relaciones de los hombres entre sí [...]. Las leyes naturales o morales no son, en efecto, obligatorias sino en cuanto han sido sancionadas por la ley escrita [...]. Al legislador le toca la facultad de determinar, entre reglas tan numerosas y controvertidas como son las del Derecho natural, aquellas que son igualmente obligatorias [...]. Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón frente a la de la ley: puesto que ha sido designado para juzgar de acuerdo a ella, mas no para juzgarla. Nada se halla por encima de la ley y eludir sus disposiciones bajo el pretexto de la equidad natural no es otra cosa que prevaricato. En jurisprudencia no existe, no puede existir, razón más razonable, equidad más equitativa que la razón o la equidad de la propia ley.»<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 150.

La exégesis aparece típicamente como una escuela que sólo funciona adecuadamente en ordenamientos legislativos centralizados, esto es: en sistemas jurídicos que han alcanzado la etapa de organización que denominamos estatal. El legislador de los exégetas es siempre el legislador de un Estado. No es extraño, pues, que la exégesis sea un fenómeno histórico moderno que ha acompañado a la formulación de los primeros códigos. Sin ellos la exégesis habría sido impensable. En América latina, la filiación exegética de los juristas coincide con el codigocentrismo: los códigos, típicos productos del Estado unitario, ante todo y por encima de todo.

c) Una tercera característica alude a la interpretación de la ley fundada en la intención o voluntad del legislador, cuando la conducta objeto de la controversia no encontraba un presupuesto normativo por oscuridad o laguna de la ley. Se estatúa de ese modo a la «voluntad del legislador», que había producido la norma, la calidad de supremo y único intérprete. Se trata de reconstruir la voluntad del legislador, en la medida en que el verdadero Derecho es aquel que se halla contenido en el texto legal. Esta forma de interpretación era naturalmente estática y conservadora: no se fía del cambio. Toda innovación es, por consiguiente, contraria a la voluntad del legislador. Como el Derecho es un sistema normativo estable que rige desde la fundación del Estado, la función del intérprete es, ante todo, mantener ideológica esa estabilidad<sup>36</sup>. La estabilidad del sistema importa, en términos operativos, reducir los cambios al mínimo posible.

En verdad, la llamada interpretación histórica no es otra cosa que una interpretación psicológica, pues prescinde absolutamente del mundo fáctico que rodeó la formación de la ley. Se busca el

---

<sup>36</sup> R. J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1977, p. 89.

apoyo de un legislador ficticio, como si todos los miembros de una cámara legislativa o de un cuerpo colegiado pensarán en los mismos términos. Esta interpretación «histórica», igualmente, hace de cuenta que el tiempo ha pasado en vano: no interesa si las condiciones históricas han variado sustancialmente y si las circunstancias actuales resultan incompatibles con la «voluntad del legislador».

Como ha señalado Vernengo en su sagaz estudio, recurrir a la historia, como antecedente de un texto, no es nunca hurgar en los hechos pasados que condicionaron y fueron consecuencia de la actividad política de los órganos legisladores, sino un mero procedimiento formal de justificación de una interpretación dada<sup>37</sup>. Este mecanismo no tiene nada que ver con la historia real; los exégetas invocan, así, los trabajos preparatorios, la doctrina vigente al dictarse la ley, otros textos legales coetáneos: nunca, en cambio, circunstancias fácticas. La historia de una norma se convierte en la mención de otras normas coincidentes ideológicamente con la que se pretende mantener. La exégesis, como reconstrucción de antecedentes, pierde así el carácter de una investigación empírica de antecedentes, y se convierte más bien en la tarea genealógica de reconstruir el *pedigree* de la ley<sup>38</sup>.

A fines del siglo xx, en la misma Francia esta tesis terminó siendo impugnada por quienes insistían en que debía buscarse la voluntad de la ley en lugar de la voluntad del legislador. Esto facilitaría, según Bobbio, una interpretación progresiva y evolutiva, más sintonizada con los cambios de la realidad social<sup>39</sup>.

d) La asimilación del Derecho con la ley escrita comporta una cuarta característica: el culto reverencial al texto de ley. El intérprete (¿acaso la expresión sea excesiva?) debe hallarse subordinado

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> BOBBIO, *op. cit.*, pp. 97-98.

plenamente al texto normativo. Una subordinación prácticamente religiosa debe presidir la tarea del jurista y del juez. La divisa de Demolombe: «¡Los textos antes que todo!», dentro de este contexto, alcanza sentido. Ese respeto al texto es de naturaleza tipográfica. Los artículos de un código constituyen la materia fundamental de cualquier estudio jurídico serio. La ley misma es convertida en un fetiche, sacralizada como el producto de una sospechosa voluntad general o la presunta voluntad de un legislador mítico.

La técnica de la Escuela de la Exégesis consistente en comentar el Código ateniéndose al orden temático seguido por el legislador, esto es, recitando artículo por artículo, prescindiendo de toda argumentación filosófica o histórica, tuvo en América latina, como se ha dicho<sup>40</sup>, un gran predicamento que no ha desaparecido plenamente. Así, un jurista peruano, Ángel Gustavo Cornejo, hacia 1921, cien años después del surgimiento de aquella escuela, sin disimular orgullo afirmará que en sus afamados *Comentarios al Código Civil de 1852*<sup>41</sup> pone en práctica el mismo método que los comentaristas del Código de Napoleón, agregando a continuación:

«La índole de mis estudios está tácita en el título que ostentan: el comentario; no es la exposición doctrinal, dogmática y científica de un Derecho determinado; su método es la exégesis de la ley; su fin, la mejor inteligencia y la más acertada aplicación del precepto escrito; es estudio de prácticos; glosa, si no empírica, tampoco filosófica de la legislación.»<sup>42</sup>

Es el fetichismo de la ley, que aquejó indudablemente a los exégetas, y que, en América latina, acucia al jurista clásico.

---

<sup>40</sup> Nota 1.

<sup>41</sup> Ángel Gustavo CORNEJO, *Comentarios al Código Civil de 1852*, Chiclayo, 1921.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. IV.

e) Otra de las características que enumera Bobbio atañe al inmenso respeto que guardan los cultores de la Escuela exegética al principio de autoridad. La invocación a los grandes autores será permanente e incansable. La historia de las ideas se convierte en historia sagrada. En Demolombe, por ejemplo, autor cuya influencia en la exégesis media fue muy grande, el principio de autoridad se torna explícito, pues considera taxativamente que sus tesis son recomendables en la medida en que coinciden con las tesis de Pothier. La legislación —confusa y múltiple— a la que recurría Pothier era la de una sociedad feudal y agrícola; el *Code* civil, estudiado por Demolombe, correspondía, en cambio, a una sociedad en trance de urbanización e industrialización: contrastan vivamente. Una tesis semejante, contraria a la evidencia de los hechos, es claramente una tesis ideológica destinada a justificar proceder que negaban los cambios sociales estructurales que se iban produciendo. La reconstrucción de la voluntad «histórica» del legislador aparece así como una entidad inaccesible y contraria al cambio social, que los juristas invocan siempre que desean que las estructuras sociales se mantengan y el principio de orden guarde estabilidad.

De ahí que los exégetas —y nosotros somos herederos de esa forma de pensar— estén convencidos de que las ideas, amén de derivarse de los mismos artículos legislativos, se derivan también de las ideas que los juristas transmiten a otros. La exégesis invoca toda una genealogía divinizada de autores. Normas y autores conforman así el binomio perfecto.

En América latina, dado el carácter dependiente de la estructura productiva y de la cultura de los hombres ilustrados, dicha característica se traduce en la inmensa autoridad que se confiere a los juristas europeos. Todo jurista que se respete debe citar a autores extranjeros no iberoamericanos, así como todo legislador serio debe nutrir sus proyectos legislativos en modelos franceses, alemanes o italianos, conforme a las pautas culturales en vigencia. La legislación y la doctrina nacional o iberoamericana se hallan, frente a esa visión, en una situación de minusvalía: una suerte de com-

plejo de inferioridad colectivo se apodera del jurista latinoamericano promedio.

Por otro lado, para la exégesis el jurista es y debe ser un teórico puro. El jurista, a diferencia del jurisconsulto romano o del glosador o canonista medieval, no es el especialista de una cierta praxis al que se recurre para encontrar la solución concreta de situaciones sociales conflictivas, sino un mero observador no comprometido<sup>43</sup>. Le convendría asumirse como un ser despolitizado. Ésta es en verdad su posición más cómoda y la que mejor le aviene en sus relaciones, a veces difíciles, con quienes detentan el poder. El jurista teórico no se confunde ni con el juez ni con el abogado. Es un reproche frecuente entre los exégetas el señalar que este o aquel autor han recurrido a consideraciones de tipo práctico para fundar tal o cual interpretación. No le incumbe al jurista formular alegatos en favor o en contra de determinadas soluciones normativas; ello es problema de la práctica profesional o política, ajenas por tanto a la apreciación doctrinaria<sup>44</sup>. El rol, aparentemente neutral, del jurista, sin otra atadura que la ley, depende en buena cuenta de la naturaleza de sus relaciones con el poder político. Normalmente el jurista no detenta por sí mismo el poder, pero sí ayuda a ejercerlo a quien lo tiene en sus manos. El miedo ante el poder podría explicar en los juristas su tecnicismo aséptico, el formalismo, la ausencia de confrontación crítica, esa manía por la filigrana. Del mismo modo como se comprende la aparición de poetas simbólicos o herméticos bajo regímenes autoritarios, en América latina, donde las democracias brillaron por su ausencia, esta actitud exegética de los juristas, si bien no los justifica, sí ayuda a comprenderlos.

El indiscutible éxito de los exégetas franceses en América latina habría que explicarlo investigando las concretas circunstancias históricas en que se produjo, más allá de las declaraciones progra-

---

<sup>43</sup> VERNENGO, *op. cit.*, p. 91.

<sup>44</sup> *Ibid.*

máticas de los juristas. La larga vigencia de que goza esta escuela también requiere ser interpretada a partir de la conexión del discurso jurídico con el discurso ideológico. Poder, sociedad y Derecho deben, pues, constituir el trípode que presida metodológicamente una investigación de esta índole. Es indispensable además que una verificación empírica demuestre la densidad del arraigo de esta escuela en la práctica jurídica latinoamericana.

Naturalmente, en América latina, contra la Escuela de la Exégesis hubo reacciones de diversa magnitud: desde la llamada «Escuela científica», corriente *ius naturalista* a la que pertenecía Julien Bonnetcase, quien proponía una interpretación objetiva de la ley, entendida como el contenido normativo que la norma tiene en sí misma, sin considerar las intenciones del legislador histórico, situándola en el marco historicosocial que demanda el problema concreto que se presenta al intérprete<sup>45</sup>; hasta la posición de la Escuela histórica de Savigny, que planteaba la reivindicación de la costumbre y la tradición, en abierto ataque a la soberanía absolutista de la ley.

La repercusión de la Escuela histórica expuesta por Savigny logró atenuar la influencia de la exégesis en el campo de la doctrina latinoamericana. El manual de Zachariae, comentado por Aubry y Rau, atenuaría en parte el rigor literalista de la exégesis. Sin embargo, la labor de los jueces, en líneas generales, se mantuvo enraizada en la tradición exegética y su destierro todavía se vislumbra lejano en las cátedras universitarias y en el mercado del libro. A la base de su éxito se encontraban la precariedad y la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales. Lo que debía ser un reparto de las funciones del Estado, se convirtió pura y simple-

---

<sup>45</sup> BOBBIO, *op. cit.*, pp. 98-99. Véase también Olivier MOTTE, «Pour una histoire de la science juridique française au 19e siècle», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, pp. 369-386. Este artículo es doblemente interesante porque propone una aproximación interdisciplinaria para el estudio de la ciencia jurídica francesa del ochocientos.

mente en subordinación al poder político, a cuyo cargo estaba la política legislativa.

Un caso muy interesante, que escapa ya a los alcances del presente estudio, es el que se presenta en Perú, donde el análisis exegético por parte de la doctrina no ha sido abandonado. Una serie de estudios, de manera expresa, se adhieren a esta doctrina, y en las universidades, incluso en las de mayor prestigio, muchos profesores proponen y disponen explícitamente que sus alumnos empleen dicha metodología para la elaboración de tesis y de monografías. Colecciones enteras, que no se amilanan en confesarse orgullosamente exegéticas, se publican en varias ediciones con indiscutible éxito comercial. Sería interesante escudriñar el rol ideológico que tal propuesta metodológica conlleva, precisamente en una época en la que el neoliberalismo económico se pone otra vez de moda.

Sería absurdo negar que la doctrina exegética se ha instalado en la tradición de América latina, a diferencia de su destierro en Francia y otros países europeos de la familia romanista. Pareciera que los célebres pasajes del Digesto: «Quod principi placuit, legis habet vigorem» («Lo que place al príncipe tiene fuerza de ley») (D. 1, 4, 1), y «Princeps legibus solutus est» («El príncipe se halla exento de las leyes») (D. 1, 3, 31), hubieran cobrado hoy carta plena de ciudadanía entre nosotros, en el marco de una cultura política autoritaria. Tiene razón entonces Abelardo Levaggi cuando sostiene que la exégesis «echa vino nuevo en odres viejos», es decir, «los odres son las reglas del Derecho romano, y el vino, el *Code* de Napoleón»<sup>46</sup>. Lo que ocurre es que, después de más de ciento cincuenta años de la recepción latinoamericana del método exegético, el vino se hizo añejo y pocos se animan a escanciar los viejos odres.

---

<sup>46</sup> LEVAGGI, «La interpretación del Derecho en la Argentina en el siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 7, *op. cit.*, p. 78.

## **Epílogo**



«Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire.»

PORTALIS

«Liberté, égalité, fraternité, son los ideales que se alzan en el período revolucionario, paradójicamente, por los mismos que poseen esclavos y siervos.»

A. C. PAPACHRISTOS



TANTO PARA LA VISIÓN sincrónica del Derecho comparado como para la perspectiva diacrónica de la historia del Derecho, la recepción jurídica tendría, fundamentalmente, una naturaleza excepcional, casi patológica<sup>1</sup>. Lo normal es que el legislador legisle de acuerdo a los datos sociológicos que le proporciona la realidad. En la recepción, en cambio, el legislador se orienta hacia un modelo extranjero que transporta a su medio social.

Vistas las evidencias, no parece, sin embargo, que la recepción jurídica fuese un fenómeno marginal en América latina. Por el contrario, todo apunta a que, lograda la independencia de estos pueblos, la recepción jurídica se convirtió en la regla. El auge económico y la estabilidad política de Europa y de los Estados Unidos se debían a —y se hallaban graficados en— sus Constituciones y sus códigos, que asomaban como verdaderos oráculos cuya adopción bastaría para encontrar el anhelado progreso.

El método legislativo más apropiado para la reestructuración o adecuación del sistema institucional existente fue, pues, la recepción jurídica. Con ella se pensaba lograr el mejoramiento y la sim-

---

<sup>1</sup> A. C. PAPACHRISTOS, *La réception des Droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1975.

plificación de las legislaciones nacionales, y, con éstos, la prosperidad material. Lo que seduce no es el Derecho por el Derecho mismo, sino lo que ellos encarnan: el progreso. Probablemente allí –en ese rol casi mágico que se asigna a los códigos como vehículos de desarrollo– pueda hallarse una íntima conexión entre procesos de recepción voluntaria, como los llevados a cabo en el Japón por la dinastía Meiji, en Turquía por Kemal y en el África negra poscolonial durante el siglo xx<sup>2</sup>. Captar la idea de recepción jurídica como un medio para el desarrollo social y el crecimiento económico en América latina, resulta crucial. El recurso a un código extranjero se explica por la voluntad de crear los marcos legales y la racionalidad de una modernización económica. La recepción jurídica adquiere aquí una dimensión utópica, tanto porque recoge utopías (sin duda, los postulados de la Revolución francesa lo fueron), como porque pretende –como ha dicho Csaba Varga– plasmar un instante de la realidad y petrificarlo para siempre<sup>3</sup> sin atender a los problemas y necesidades que tocan las puertas de los códigos; y más aún, sin inquietarse mucho de los datos sociales que

---

<sup>2</sup> Papachristos, cuyas propuestas metodológicas son tan sugerentes para un enfoque social del Derecho comparado, ensaya una tesis desafortunada sobre la recepción del *Code* en América latina. Según este autor, la recepción del Código galo en América del Sur (pero incluye también a México y Centroamérica), a diferencia de la recepción japonesa y turca, se hallaría motivada más por cuestiones políticas que por anhelos económicos. Dice Papachristos que «se trató más bien de la reacción contra el antiguo dominio español y portugués, que determinó la decisión de la recepción» (*ibid.*, pp. 26-27). Aunque los factores políticos ciertamente existieron, resulta absurdo pensar que entre los ideales de las clases ilustradas estuviese ausente el desarrollo económico; antes bien, se complementaban. Lo que pasa es que Papachristos no distingue entre los propósitos y los logros. Que no se lograra el desarrollo económico deseado, como se alcanzó en el Japón, o el cambio «de una sociedad feudal a una burguesa» (sic), como se habría logrado –a juicio del autor– en Turquía, no quiere decir que tal aspiración no existiera.

<sup>3</sup> Csaba VARGA, *The Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Editorial Akadémiai Kiadó, Budapest, 1991.

debían haber registrado en el momento mismo de la formulación legislativa. El indio y sus problemas culturales y jurídicos desaparecen como por encanto, sacrificados ante el racionalismo iusnaturalista que proclama en el papel la igualdad de las personas y la universalidad de la ley.

El *Code civil* napoleónico, amén de haber sido resultado de un proceso político como la Revolución francesa –con la que simpatizaban los próceres de la Independencia– y objeto de sanción legislativa por un personaje como Napoleón Bonaparte –con quien más de uno de los forjadores de los nuevos Estados se identificaban–, reunía, sin duda, virtudes técnicas que lo convertían en el paradigma perfecto, en el mejor oráculo. La calidad del texto legal era en todo caso una condición básica para su circulación exitosa. Juristas y legisladores no desconocían otros textos legislativos. Es verdad que los codificadores que realizaron su trabajo antes de la aparición, hacia 1840, del libro de Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*<sup>4</sup> –que concordaba al *Code* con otros códigos–, se hallaban en gran desventaja frente a los codificadores de la segunda mitad del ochocientos –que lo usaban y conocían–. La publicación de dicho libro permitirá un fácil acceso a una gran diversidad de fuentes de Derecho privado como el ALR prusiano o el ABGB austriaco. Según Juan Bautista Alberdi, la obra de Saint-Joseph había dado pie a la «erudición a vapor, la erudición mecánica por decirlo así, con que se hace historia con la misma facilidad con que se toca música en un órgano de Berberie»<sup>5</sup>. Entre los códigos que tenían ante sí, el Código Civil francés les parecía sencillamente el mejor.

<sup>4</sup> La segunda edición francesa de 1856, que hemos manejado, es la más completa.

<sup>5</sup> Juan Bautista ALBERDI, «El proyecto del Código Civil para la República Argentina» (1868), p. 84 (en *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino*, Jesús Menéndez editor, Buenos Aires, 1920, pp. 157-229), incluido en los anexos del presente trabajo.

Por otro lado, la recepción del *Code* napoleónico en los países iberoamericanos (de lengua castellana e iberoamericana) no consistió, en verdad, en un fenómeno de recepción mecánica e integral, como el que llevó a cabo Kemal para Turquía. Se trataba básicamente de una recepción selectiva, por la cual no se tomaba toda disposición extranjera. Hubo una diligente aduana cultural que, por ejemplo, no consentía el matrimonio civil y el divorcio absoluto, instituciones típicamente extranjeras. Se advierte siempre, en menor o mayor medida, independencia de criterio y una lúcida adecuación del Derecho importado a los valores coloniales que persistían y a las exigencias sociales estamentales, no sólo en la formulación legislativa sino también en la interpretación y aplicación del Derecho: se ve el esfuerzo por reformar el Derecho sin tocar la estructura social. Esta constatación obliga a matizar el concepto *colonización jurídica*<sup>6</sup>, por lo menos en cuanto se aplica a la recepción del *Code* en América latina<sup>7</sup>. No hubo en Iberoamérica, en primer lugar, dominación política francesa, salvo la tardía e infeliz aventura en México. En segundo lugar, los protagonistas de la recepción son caballeros ilustrados que nada tienen en común con esa representación que imagina a indígenas aculturados y candorosos, que cautivados por el oráculo extranjero lo abrazan: la

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, el trabajo de Norbert ROULAND, «Les colonisations juridiques, de l'Arctique à l'Afrique noire», en *Journal of Legal Pluralism*, n.º 29, 1990, pp. 39-136. En realidad, Roulard, a partir del caso de los inuit, se detiene en el estudio de la concesión jurídica. El autor busca demostrar que la colonización jurídica es sustancialmente idéntica en cualquier contexto cultural y que sobrevive a la colonización política. No se ocupa, sin embargo, de la expansión del Código de Napoleón en América latina.

<sup>7</sup> La categoría «colonización jurídica» debe diferenciar los fenómenos de concesión forzada —que, para los no iniciados, alude a la imposición de un Derecho extranjero en un medio social distinto, por efecto de la dominación colonial—, de los casos de recepción voluntaria, como el estudiado. La relación metrópolis - pueblos primitivos es tan exótica para el caso latinoamericano, como lo es la concepción que la plantea.

óptica que absolutiza la dependencia, conforme a la cual los pueblos cultos dan y los bárbaros infieles reciben, además de maniquea es falsa.

Un hecho indiscutible es el carácter heterogéneo de la recepción del *Code* en América latina. No fue ésta una recepción homogénea, puesto que el país emisor del modelo era muy diferente a los países receptores: el tipo de sociedad era radicalmente distinto. En Francia se habían dado los presupuestos económicos, sociales y culturales que hacían viable el funcionamiento de las normas e instituciones que sus códigos regulaban. En América latina, por el contrario, esas mismas condiciones durante el siglo XIX eran impensables, por lo que harían de la adopción del *Code* un acontecimiento mítico antes que real.

Por otra parte, los rasgos o caracteres de estos países no eran necesariamente los mismos. Había algunos que encerraban inmensos núcleos de poblaciones negras, como Haití<sup>8</sup>, Santo Domingo, Cuba, Venezuela, Colombia y Brasil. Otros, como México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Ecuador, Perú y Bolivia, albergaban una gran población indígena. Otros, como Costa Rica y Chile, habían alcanzado un mestizaje más uniforme; y finalmente, otros países —especialmente en la costa atlántica—, como Uruguay y Argentina, abrieron sus puertas a una masiva migración europea. Cada uno de estos países, a su vez, reflejaba muchas contradicciones. Las clases dominantes se complacían con la cultura europea. Du-

---

<sup>8</sup> Para Despeignes:

«En América latina y, muy especialmente, en Haití, el dualismo jurídico domina la realidad social. En materia de Derecho familiar, de contratos, de propiedad, la costumbre parece suplantar a toda formulación positiva» (*vide* J. Montalvo DESPEIGNES, *Le Droit informel haïtien*, Thèse Droit, Paris, 1972, p. 29).

Bajo esa perspectiva el *Code civil* en Haití no constituiría sino un Derecho de «fantasía», un Derecho que pertenece al «blue sky laws». No se habría dado sino «para empatar con los franceses», puesto que el Derecho informal consuetudinario es el que rige. *Vide* Jean LAMBERT, *América latina. Structures économiques et institutions politiques*, PUF, Paris, 1968, 2.<sup>a</sup> ed., p. 169.

rante el siglo XIX, Francia era el país favorito de la gente ilustrada, cuando las masas ni siquiera sabían de su existencia. Esas condiciones tenían que incidir sobre las características de las normas e instituciones importadas, así como en el diseño del ordenamiento jurídico en su conjunto, conformado por elementos nuevos y tradicionales.

Naturalmente, las determinaciones sociológicas no siempre imponen un cierto tipo de solución. Debe tenerse en cuenta también la fuerza misma de las ideas, de la cultura; esto es, de los valores, la ideología y la mentalidad de políticos y juristas. La emancipación política de las antiguas metrópolis planteaba una gama de cuestiones. ¿Se debía formar el nuevo orden jurídico sobre la base del Derecho colonial existente? ¿Era mejor importar un Derecho extranjero con el prestigio del *Code*? Sabemos, en línea de principio, que países como Chile, Argentina, Brasil y, en cierto modo, el Perú, optaron por la primera solución. La mayor parte de los novísimos Estados prefirieron, por las razones políticas e ideológicas ya reseñadas, importar la legislación francesa. Sin embargo, habían todo tipo de matices; no se siguió un sola dirección. Decir, por ejemplo, como lo hace Papachristos, que «los países de América latina optaron, por razones políticas (el odio a la metrópoli, seguramente), por la segunda solución»<sup>9</sup>, no parece muy acertado. En realidad, no hubo posiciones extremistas o radicales: ni supresión completa del Derecho castellano ni adopción plena del paradigma galo<sup>10</sup>. Las tradiciones hispana y lusitana tendieron, finalmente, la mano a la influencia francesa. Se gestó o, mejor dicho, empezó a gestarse un Derecho que, a la vez que hundía sus raíces en el De-

---

<sup>9</sup> PAPACHRISTOS, *op. cit.*, p. 33.

<sup>10</sup> Vide CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, «Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latino-americano», en *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaressi 5, Giuffrè editore, Milano, 1981, pp. 9-18. (El mismo artículo en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, n.º 1, 2 y 3, enero-diciembre de 1978, Lima, pp. 43-50.)

recho romano y en el Derecho común, daba recibimiento a un Código moderno. El elemento propiamente indígena, por lo menos en el plano normativo, no fue invitado a la mesa de honor al nacimiento del Derecho de la Independencia: la concepción de esta criatura fue un mestizaje a medias. Sincretismo, ambigüedad, dualismo, son expresiones que graficarían con sencillez la gestación de los códigos del Nuevo Mundo.



## **Anexos**



***Anexo 1***

***[Prólogo al Proyecto del  
Código Civil peruano de Vidaurre]***



## Prólogo

¡Cuanto engaña al hombre su natural orgullo! Crecen con su imaginación las aptitudes y las fuerzas. Hace el ensayo; una triste experiencia lo confunde y ruboriza. Si permanece en su prestigio, es menor su mérito. El mayor de los defectos es tocarlos y no percibirlos. Creí que me era posible presentar al público una obra, que requería artífice mas diestro. El incesante estudio de las legislaciones antiguas y modernas; la meditación sobre ellas por muchos años; la dilatada práctica en los tribunales; la multitud de causas que habia protegido ó juzgado; mis observaciones en otros reinos y repúblicas, fueron los motivos de mi necio alucinamiento. Descubria tachas en los códigos Austriaco, Prusiano, Frances; pero admiraba tambien en ellos los progresos de una acendrada filosofia. Es llegado dije, con Bacon, el tiempo de establecer una legislacion perfecta. Entre las enmarañadas selvas de las pandectas romanas, de los cuerpos de derecho canònico, de los difusos y voluminosos de la España, registraba plantas y arboles de delicada fragancia y esquisito gusto. Un ingles y un frances me daban reglas para una exacta codificación. Tenia por una paradoja la idea del jurisconsulto de Berlin Savigni, que juzgaba no haberse acercado la época dichosa de corregir, ordenar y perfeccionar las leyes. ¿Qué nos falta? preguntaba. Tal vez se presentaban obstáculos en aquellos pueblos, que no logrando de códigos políticos, derivados de la naturaleza, no pueden conforme á ella acomodar los civiles. A nosotros todo se nos allana. No tenemos soberanos con quienes contemporizar: la soberanía está en el pueblo. Una religion degradada por la supersticion y el fanatismo, no de-

tiene nuestros pasos: veneramos el dogma, despreciamos las imposturas. No chocamos con intereses particulares de la aristocracia: nuestra nobleza consiste en la virtud y el mérito: emprendamos.

David dejó preparados los materiales, para que se edificase el templo de Dios: Dios había dotado de sabiduría al hijo de ese príncipe. El edificio correspondía á los talentos del que lo había dirigido. También reuní los elementos que contemplé necesarios: me falta el principal, el espíritu y el génio. ¡Qué de veces estuve para arrojar mis extractos, y hacer una confesión pública de mi ineptitud! Sacrificio grande; pero ninguno lo fué para mí, resultando en utilidad de mi patria. Así vacilaba entre el deseo y el temor, aumentándose de continuo mi angustia, cuando meditando á solas en mi paseo diario, logro algún vislumbre de consuelo. Observo un jornalero pobre que conducía las piedras destinadas á un magnífico monumento. Yo soy este dije entonces: acopiaré masas informes, que puedan servir á los códigos. El que recoge apuntes y memorias queda en rango menos elevado que el historiador: empero sus trabajos aprovechan. Con estos auxilios, Tácito, Gibbon y Robertson embellecieron la historia. Todo sale en bruto de mi pluma. Son los átomos desconcertados de Epicuro, arreglados después por la voz de la sabiduría: metales y piedras preciosas que convertirán en joyas y preséas la Corte Suprema de Justicia y nuestro cuerpo legislativo.

Una mala vergüenza, una pusilanimidad por carácter, un miedo no inocente de parecer menos ante la opinión pública, no detenga á los obreros. Egemplo os he dado, como lo he hecho hacerlo. ¿Qué me importa que se me compare al buey que ara, ó al peon que lo conduce, si labradores inteligentes esparcirán la semilla, arreglarán el riego, animarán con su industria el campo antes inculto? Penetraos magistrados civiles y políticos de la importancia de las instituciones judiciares. Mis palabras trémulas, mis débiles escritos, mis frases monotomas no alcanzan á formar la pintura de tan digno objeto. Mendigo el razgo de unos literatos, que se distinguen por su juiciosa crítica, en la Europa y en la América [\*]” De todos los resortes de la organización política, no hay ninguno que influya mas constantemente, mas universalmente sobre el estado de los hombres, que las instituciones judiciares. Ellas tocan á todos los intereses públicos y

---

[\*] Los editores de la Revista Enciclopedia, sobre el 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> tomo de la obra de Meyer—Volum. 10.

privados; garantizan ó comprometen la vida, el honor, la fortuna de todos, en todas las posiciones, en todas las condiciones, en todos los momentos: son el principio y fin de la civilizacion. Es por ellas, que se efectúa la pacificacion del genero humano, primer designio de toda sociedad civil. Es cuando ellas cesan de reynar, que renacen las guerras intestinas de familia á familia, de hombre a hombre, segun, que son poderosos ò debiles, equitativos ó injustos, bien ordenados ò confusos, permanentes ó inciertos, vasallos de un imperio donde se goza con seguridad de los derechos, ó languidos en la inquietud de una libertad precaria.”

Pero no proclamo con exclusion de otros á los cuerpos llamados por la Carta á este honroso trabajo. La legislación corresponde á todos, todos deben concurrir con su esperiencia y conocimientos. El hombre es filósofo por la naturaleza. El principio de la ciencia no es otro, que el ejercicio de la razon. Es por esto que divido mi obra en tres partes. Me he propuesto en ello, ademas del método riguroso, dar tiempo entre las publicaciones, para que los ciudadanos de este departamento y de los demas, manifiesten por la imprenta, los artículos que deben corregirse, suprimirse ó enmendarse. ¡Qué cúmulo de luz debo esperar! ¡Qué gloria para la patria, que pueda decirse los códigos peruanos son la reunion de las leyes dictadas por la voluntad general y particular de la nación! Véase alguna vez un pueblo con un solo entendimiento, una sola voluntad.

Esta es la brújula que me ha conducido: he sacrificado mis opiniones privadas á los juicios de la mayoría. Si debe haber sociedades decia Locke, en ellas el voto del mayor número, es una ley de la naturaleza. ¿Qué adelantaría con formar utopias impracticables, mal recibidas, detestadas? Salian los sabios á correr el mundo para adquirir nociones y aprovecharse de ellas, legislando despues en su pais. Mucho importa: si embargo la naturaleza, las costumbres, los errores, los perjuicios nacionales, deben ser el primer estudio del legislador. No chocar de frente, no mandar sin preparar, no pretender perfecciones que dependen del tiempo y de la ilustracion.

Con un semblante tranquilo y risueño bajaré al sepulcro, si logro antes de morir, que el Perú tenga leyes propias y buenas. Si se vé con indiferencia este negocio grande, si se posterga, si se difiere de legislatura en legislatura, acusaré en la eternidad de continuo ante el Dios justo a los que causan ó perpetúan nuestros males. No tumultos y sediciones, no injusticias públicas y privadas, no obstaculos á las industrias, impedirán la felicidad del estado, donde la legislacion oponga inatacable barrera al

impetu de las pasiones. Sembrémos el buen grano, cultivemos la tierra con cuidado y esmero, al gustar los frutos nuestros nietos, bendecirán nuestra memoria.

**Exposición**  
**de las leyes contenidas en el proyecto, con las razones**  
**que se han tenido para suprimir, revocar y enmendar**  
**muchas de las recopiladas en los anteriores códigos.**

**Título 1.º**

*De las esponsales*

Comienzo á tratar de las acciones civiles desde aquel contrato que antecede muchas veces al matrimonio, é iré continuando hasta concluir con sus últimas disposiciones en la muerte y sus efectos posteriores. Me propongo que todo se halle en nuestras leyes, y que sea muy extraordinario el caso al que no se pueda aplicar à la letra alguna de ellas. Al mismo tiempo que se traten las materias principales, se unirán las fôrmas sobre la instruccion del proceso, cuando sea preciso desviarlas de las generales que se admitan en los juicios ordinarios. El trabajo que voy á emprender es grande: mi edad muy abanzada: puede ser que las fuerzas ò la vida me falten en la mitad de la carrera. Sin embargo, mientras exista y pueda, me he de sacrificar al servicio de mi patria. Nada desié tanto desde mi juventud, como el que se tuviese unos códigos perfectos, para impedir las estratagemas del foro, y dejar sin apoyo el dolo y mala fé de los inicuos. Sobre ello hice muchas representaciones al rey de España. Cuasi todos esos papeles se han perdido, tanto por mis continuos viajes, como por la indolencia de la Côte de Madrid. En cierta nacion respetable, los aboga-

dos con impudencia brindan en sus grandes convites por la oscuridad de la ley. Esto es mantenerse de la desgracia pública. He dicho alguna vez que nuestros males políticos vinieron de Roma; siempre lo repetiré. Las ambigüedades, contradicciones, sentidos opuestos que se hallan en las legislaciones modernas, resultan de ser las mas de ellas, hijas ó copias del derecho romano. Yo no lo tomo por guia. Mi principal estudio es la naturaleza. Esta maestra aunque desfigurada por los vicios, enseña mas que los Cujacios y Donelos.

No por esto antes de atreverme à emprender tan grandiosa obra ví con indiferencia los códigos antiguos y los de las naciones nuevas. Seria en mi una vanidad intolerable esa prescindencia. Los griegos tomaron nociones preliminares de los egipcios, y de los griegos las recibieron los romanos. Las partidas son traducciones de los libros de Justiniano y de los Cànones. Se han hecho adicciones y enmendamientos, pero siempre tomando el fondo principal de lo antes escrito.

En nuestro siglo; asi llamo el presente y el anterior, porque correspondo á ambos, los filósofos se unieron con los monarcas, y la razon comenzó á dominar en los gabinetes. Dos ilustres emperatrices, gloriosas en la campaña, procuraron con nuevos códigos compensar á sus vasallos los estragos de sus dilatadas guerras. Un rey ambicioso que elevó la Prusia al ápice de su grandeza, preparó en la nueva legislacion un principio de prosperidad general, mas sólido que la estension del territorio. En fin diré que Napoleon será mas apreciable en la posteridad por sus códigos, que por sus victorias. Ha sido preciso consultar todos esos volumenes, robando sus horas muchas veces al descanso. Mas diré con franqueza, y manifestarán mis esposiciones, que en nuestros canonistas y civilistas despreciados por la juventud superficial y aturdida, hallé mas luz que en los brillantes astros modernos. Cuan compendioso es este exòrdio, lo serán tambien las leyes que proyecto.

**Anexo 2**

***[Considerandos al Código Civil  
del Estado Sud-Peruano  
(Código de Santa Cruz)]***



**El Pacificador del Perú**  
**Andres Santa-Cruz,**  
**Protector del Estado Sud-Peruano,**  
**A la Nación.**

Sud-Peruanos— Vuestra legislación, compuesta de las leyes de los Longobardos, de los Godos, de los Reyes de España y de las decretales de los Pontífices, esparcidas en cien volúmenes, contradichas por la práctica de los tribunales, y confundidas por la glosa de los comentadores, era un verdadero caos para vosotros, para vuestros defensores y para vuestros propios jueces. Hechos y derechos los más claros, con unas mismas circunstancias, eran disputados casi siempre en autos voluminosos, oscurecidos por la tenebrosa tela judicial y decididos muchas veces con la aplicación de leyes contrarias que la malicia o la ignorancia encontraba fácilmente entre los escombros de tantas y tan anticuadas legislaciones. Vuestras necesidades exigían imperiosamente instituciones más homogéneas, y más adecuadas a la opinión, al espíritu del siglo y a los principios políticos que habéis adoptado. Las deseabais ardientemente: vuestros votos están satisfechos, y hecho el cambio de la legislación.

Al ruido de las armas, y a la completa destrucción de la anarquía, ha sucedido una paz gloriosa; y a la sombra de los laureles de Yanacocha y de Socabaya, he podido consagrarme a simplificar las formas protectoras de vuestros derechos. He reunido en mi Palacio una comisión compuesta de juris-consultos, he presidido sus tareas, y conseguido ofrecer os un Código filosófico de Procedimientos judiciales. Su publicación disipará las

nubes obscuras, que hacian inaccesible el templo de Temis, y destruirá las formas misteriosas del foro, que hacian perdurables los pleitos, y en cuyos lazos, el inocente estaba expuesto à sufrir la suerte del criminal. Tramites sencillos, terminos perentorios, juicios publicos, libertad en la defensa y una responsabilidad inevitable, son los caracteres de los nuevos Procedimientos.

Ya que no nos es dado aun gozar en su plenitud de las garantias, que el juicio por jurados concede à la inocencia, he separado al menos en los Procedimientos criminales, las funciones de la instruccion de la sumaria, de las de la calificacion del hecho y de la aplicacion del derecho: he conciliado la facilidad de acusar con la dificultad de calumniar: he arrebatado à los Jueces el terrible derecho de obligar à los delincuentes à acusarse asi mismos, por medio de artificios culpables que forman la ciencia funesta de Jueces parciales: les he impuesto el deber de ser mansos y benignos con los reos, que cuanto mas delincuentes, son tanto mas desgraciados; y he concedido à estos todos los consuelos compatibles con su infortunio. De hoy en adelante, no estaran abandonados en secreto, à la turbacion y à los temores que inspira la presencia de un juez adusto y desapiadado. En juicio publico, por sí y ayudados de sus defensores, tendran la justa libertad de rebatir à sus acusadores y à los testigos, confundirlos y manifestar la calumnia. Calculad las ventajas de estos Procedimientos, y cuando los veais en práctica, me direis, si vuestra verdadera libertad y vuestras garantias han sido el objeto de los anhelos.

No quedarian satisfechos vuestros deseos ni los mios, si no os ofreciese tambien los Códigos Civil y Penal de Bolivia, que son los mas acomodables y convenientes à vuestro caracter y costumbres, identificados con las de los Bolivianos. Es preciso que os recuerde, aunque lo sepais, que estos Códigos han reformado admirablemente la administracion de justicia en aquella Republica, extendido los conocimientos de los derechos y deberes de cada ciudadano à todas las clases de la sociedad, y establecido un sagrado respeto à la seguridad individual y à la propiedad. Vosotros participareis tambien de estos bienes, y con la lectura de tres muy pequeños volumenes, aprendereis à conocer vuestros derechos, para defenderlos, vuestros deberes, para observarlos, y las atribuciones de los funcionarios publicos, para demandar su cumplimiento, y reclamar la responsabilidad.

El Codigo Penal abraza una clasificacion completa de los delitos y culpas, en todos sus jeneros y especies. Ningun acto contrario a la sociedad

quedará impune; y cuando se ejecutara alguno, que no estubiese condenado por el Código, quedaria libre de la accion de los Tribunales. Las sanciones del Código Penal, son la cuarta parte de las penas con que la lejislacion de los pueblos mas liberales de Europa y America castiga unos mismos delitos. Es hecho para prevenir los crímenes, mas bien que para castigarlos; y muy pocos de ellos merecen la pena capital, que se ha prodigado en otros Codigos, con agravio de la razon, y de la humanidad.

Habeis corrido en vano quince años de peligros, para alcanzar instituciones filosóficas, que afianzasen vuestros mas caros derechos, y la anarquía ha burlado tan justos deseos. La Providencia que me ha proporcionado daros la paz, me presenta tambien la oportunidad y la gloria de ofrecereros, como las primicias del poder que me habeis confiado, tres Códigos que contienen leyes claras y positivas, que son el resultado de las combinaciones mas profundas, de las teorías y prácticas mas acomodadas à vuestras necesidades, y al caracter suave que os distingue, y que entre los Bolivianos, que tienen los mismos habitos y las mismas necesidades que los Sud-Peruanos, han producido muy felices resultados.

Si estos Códigos no alcanzan à la perfeccion, que la naturaleza ha negado à las obras del hombre, tendreis al menos el orgullo de poseer una lejislacion propia, clara y precisa. El tiempo revelará sus imperfecciones; entretanto teneis ya la base sobre que fundar una lejislacion mas digna de vosotros, y cuyo ensayo es el mejor y mas importante servicio que ha creído deber ofrecereros.

Andres Santa-Cruz

Palacio de Gobierno, en el Cuzco a 22 de Junio de 1836.

### **Andres Santa-Cruz**

**Capitan jeneral, Restaurador, Gran Ciudadano y Presidente de Bolivia, Jeneral de Brigada en Colombia, Gran Mariscal Pacificador del Perú, Protector Supremo del Estado Sud-Peruano, Condecorado con las medallas del Ejército Libertador, de los libertadores de Quito, de Pichincha y de Junin, con la del Libertador Simon Bolivar &. &. &.**

### **Considerando:**

I. Que ninguna nacion puede ser bien gobernada sin una buena Lejislacion conveniente à sus necesidades.

II. Que el Estado Sud-Peruano, no está ni puede estar convenientemente rejido por las leyes españolas, esparcidas en diferentes volumenes, contradichas por la práctica de los tribunales, y confundidas por la glosa de los comentadores.

III. Que las leyes dictadas desde el año de 1822, contradictorias con la lejislacion española, han hecho mas dificil el conocimiento de los derechos y deberes, de los delitos y de las penas, y complicado la administracion de justicia.

IV. Que los pueblos cansados de sufrir los males de una lejislacion incoherente en sus principios, confusa en su texto y funesta en su

aplicacion, claman imperiosamente por su reforma.

V. Que los Códigos Civil y Penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes mas sabias de las naciones cultas, y acomodadas al jenio, caracter y necesidades de las Americanos, han producido en seis años de práctica los mas felices resultados en aquella república.

VI. Que su traslacion à este Estado, reclamada ardentemente por estos pueblos, debe causar los mismos efectos por la identidad de las costumbres, y de los habitos de los ciudadanos de ambos Estados.

VII. Que el Código de procedimientos judiciales, trabajado para el Estado Sud-Peruano, se halla ya sancionado en esta fecha, y no puede ponerse en ejercicio sin la publicacion de los Códigos Civil y Penal.

### **Decreto:**

Art. 1.º Los Códigos Civil y Penal de Bolivia y el de Procedimientos Judiciales del Estado, se publicarán solemnemente el 13 de Agosto de este año, y empezarán à rejir en todo el territorio Sud-Peruano, dos meses despues de su publicacion en las capitales de Departamento y de Provincia.

2.º Los juzgados y tribunales del Estado, arreglarán por ellos el juzgamiento de las causas y negocios comunes: mas los de hacienda, comercio y mineria, observarán las leyes, ordenanzas y reglamentos especiales, à que estan sujetos, salva la exepcion del articulo 1340 del Código de Procedimientos judiciales.

3.º Nadie podrá reimprimir estos Códigos sin permiso del Gobierno. Los que reimpriman sin este requisito, seran tenidos por aprócrifos y seran decomisados.

4.º El Ministro de Estado del Despacho del Interior, queda encargado del cumplimiento de este decreto, y de hacerlo imprimir, publicar, y circular.

Dado y refrendado por los tres Ministros de Estado en el Palacio de Gobierno en el Cuzco à 22 de Junio de 1836 —Andres Santa-Cruz.—  
*Mariano Campero—Pio de Tristan—Andres Maria Torrico.*



*Anexo 3*

*[Considerandos al Código Civil  
del Estado Nor-Peruano  
(Código de Santa Cruz)]*



**El Supremo Protector  
del  
Estado Nor-Peruano  
Andres Santa-Cruz  
A la Nacion**

**NOR-PERUANOS:**

En medio del cumulo de males con que habeis sido aflijidos, y en el curso de las vicisitudes que ha sufrido vuestro estado politico y civil desde que os emancipasteis del rejimen colonial, ha estado continuamente fluyendo en vuestros destinos un manantial amargo de funestas inquietudes, de domesticas discordias y de lenta ruina. Tal ha sido la legislacion civil, criminal y de procedimientos, a que habeis estado sometidos en vuestros negocios privados, unica parte de vuestra organizacion social, a que no se ha aplicado la mano reformadora del siglo.

El principio que dirige mi administracion abraza todas las partes de que se compone vuestra vida publica y privada. Movidlo por su impulso, he podido iniciar la gran reforma que exijia el estado de la Hacienda Publica; lo que demandaba no menos imperiosamente el Ejercito; la que invocaban en nombre de la humanidad los establecimientos de Beneficencia; el arreglo organico y personal de las oficinas; el de vuestras relaciones comerciales con las naciones que frecuentan vuestros puertos; por ultimo

el restablecimiento de todos los resortes administrativos y economicos, que, entre vosotros se resentian dolorosamente de las catastrofes politicas de que ha sido escena el territorio del Estado.

Pero en medio de esta transformacion universal que reclamaban de mi los compromisos con que me habeis ligado, y la confianza que inpusieron en mi celo y lealtad vuestros representantes, confiandome la suma del poder, quedaba en vuestra rejeneracion un inmenso vacio, en que se sumerjen sin cesar vuestros bienes, vuestros derechos, y todo lo que teneis de mas caro y de mas precioso: a saber, la Lejislacion Civil y Penal a que estan sometidas vuestras propiedades, vuestras vidas, todas las garantias que poseeis como ciudadanos, y todas las relaciones que os atan con los individuos de la sociedad de que haceis parte: aglomeracion discorde de elementos que pugnan entre sí, por el espiritu de los diversos tiempos en que nacieron, de las circunstancias que los provocaron, y de las diferentes organizaciones politicas en que tubieron su orijen: masa confusa de disposiciones inconnexas, en que se excuadran violentamente la sabiduria de los Romanos con los errores de la Edad Media; los fallos del Derecho Canonico, con las medidas transitorias de una administracion efimera: imitaciones mal acomodadas de los Codigos extranjeros, con las rutinas enmohecidas de los juzgados peninsulares: leyes en fin, emanadas en diferentes epocas de todas las combinaciones que pueden experimentar los cuerpos politicos, y que la necesidad os obligaba a introducir con violencia en la nueva existencia, y acomodar a las nuevas necesidades que experimentais.

Para dejar subsistir al lado de los planes beneficos que mi Administracion está realizando, este venero perenne de calamidades e infortunios, hubiera sido preciso sacrificar mi opinion como majistrado y hombre público, y vuestra felicidad, que me es tan cara como la mia propia. He estudiado vuestros males atentamente; he penetrado en su orijen, y antes abandonaria cobardemente el puesto en que me habeis colocado, que dejaros, como os hallé, sometidos al emponzoñado influjo de un jermen tan pernicioso.

Nor-Peruanos, el mejor presente que puedo haceros, en uso del poder que habeis puesto en mis manos, es la Lejislacion que os doi. La ciencia la ha purificado con su antorcha; la experiencia ha demostrado sus ventajas. Ella es el fruto del saber de los siglos, madurado con los jugos de vuestro suelo, y puesta en armonia, con vuestras circunstancias peculiares. Nacida en el seno tranquilo de Bolivia, donde su aplicacion ha perfeccio-

nado en alto grado la administracion de la Justicia; mejorada en el Estado del Sur, por una correccion atenta y meditada, entre vosotros ha recibido el ultimo pulimento que ha podido darle mi celo, y la ilustracion de los hombres de cuyo consejo me he valido, para conferiros este beneficio. Ella uniforma la mas vital de vuestras instituciones, con la que ya poseen las dos naciones destinadas a formar con el Estado Nor-Peruano una grande y respetable familia. En ella encontrareis demarcadas estrictamente todas las atribuciones que podeis ejercer, segun las diversas obligaciones y garantias que adquiris en la sociedad y en la familia; amparada la propiedad y asegurada su transmision por medio de decisiones exactas y positivas, que cierran la puerta a toda especie de usurpacion; fijadas las lineas de la sucesion hereditaria en todas sus combinaciones posibles; establecidas las reglas de los contratos en bases que sabran resistir a los subterfujos de la mala fe y del fraude; en una palabra, esclarecidos en una redaccion breve, concisa y luminosa todos los deberes y todas las prerogativas que forman el encadenamiento de la vida civil, y que, de ahora en adelante, puestos al alcance de todas las inteligencias, estarán al abrigo de esas sutiles interpretaciones, de esas glosas arbitrarias, perpetuos manantiales de discordia, de inquietudes y de miseria. Este es el resumen de las ventajas que el Codigo Civil os ofrece, en el reducido volumen que va a reemplazar las vastas colecciones, en que tantas armas han sabido hallar la cavilacion y la malicia.

El Codigo Penal os presenta una nomenclatura lojica y bien clasificada de delitos y de penas; resumen de las mas acreditadas teorias, con que, desde el renacimiento de las luces en Europa, han procurado los lejisladores filosofos purificar esta parte importantisima de las instituciones sociales. La humanidad se estremecia al ver el refinamiento de medidas afflictivas y crueles; la inicua desigualdad de castigos; el barbaro sistema de precauciones tan dolorosas como inutiles, que deshonoraban la Lejislacion criminal de nuestros projenitores. Vais a ser emancipados de este barbaro yugo. Las leyes que de ahora en adelante van a proteger vuestra seguridad, contra los ataques de la violencia y de las pasiones maleficas, no intimidarán sino al malvado; no prodigarán la sangre del hombre en expiacion de delitos, cuya satisfaccion no exige tamaño sacrificio. No exasperarán al hombre debil con una amenaza exajerada, capaz por sí sola de convertir la debilidad en protervia. Ellas ofrecen garantias seguras al ciudadano, contra la prevaricacion, la protervia, y la arbitrariedad de los funcionarios publicos. Ellas economizan la vida del hombre, y no le cierran, sino

en un pequeño numero de casos, las puertas de la Sociedad, a que puede ser restituído, despues de haberla satisfecho.

En el Código de Procedimientos hallareis el remedio de la mayor parte de los males forenses contra los cuales oigo elevarse tantas y tan fundadas quejas. Las dilaciones indefinidas, prolongadas al abrigo de unas formulas misteriosas, que la intriga sabía revestir de un caracter inacatable; los tramites inutiles, que, en manos de la astucia, eran otras tantas acechanzas tendidas al candor y a la buena fe; la arbitrariedad de la substanciacion, en que se anegaban las cuestiones esenciales; en fin, la impunidad de los agentes subalternos de la Justicia, asegurada en el laberinto de la ritualidad — tales son los azotes de que os preserva el Código que recibis.

Ya no servira de pretexto a los abusos de que habeis sido victimas, una ignorancia que está en vuestras manos evitar si quereis aseguraros por vosotros mismos de vuestros derechos.

Nor-Peruanos, la Justicia es la primera condicion de las sociedades humanas. Esta condicion ha sido para vosotros un problema. Ya es un dogma, facil en su intelijencia y seguro en su práctica.

Cuando la ejecucion de las leyes que ahora os presento, hayan abierto un sendero facil y seguro á la resolucion de todos los conflictos en que vuestros derechos reciprocos se encuentren; cuando, bajo su amparo, se consolide el credito privado, y se perfeccione la moral publica; cuando en su aplicacion hallen los majistrados respetables que juzgan vuestras disensiones, el medio suave y recto de terminarlas con equidad y prontitud, me creeré sobradamente indemnizado de todas las privaciones y sacrificios que me cuesta vuestra ventura, y que me ha impuesto vuestra confianza.— Palacio Protectoral de Lima a primero de Noviembre de mil ochocientos treinta y seis.

Andres Santa-Cruz

**Andres Santa-Cruz,**  
**Capitan Jeneral, Gran Ciudadano, Restaurador y Presidente de Bolivia, Jeneral de Brigada de Colombia, Gran Mariscal, Pacificador del Perú, Protector Supremo de los Estados Sur y Nor-Peruanos, condecorado con las medallas del Ejército Libertador, de los Libertadores de Quito, de Pichincha, y de Junin, con la del Libertador Simon Bolivar, Fundador de la Lejion de Honor de Bolivia, y de la Nacional del Perú, Gran Oficial de la Lejion de Honor de Francia & . & .**

**CONSIDERANDO:**

1.º Que la rejeneracion del orden civil del Estado no puede llevarse a efecto, sin una Lejislacion acomodada a sus necesidades, y que no lo es la que hoi rije, por la incoherencia de sus disposiciones, por la diferencia de las epocas y gobiernos en que se sancionaron, y por lo voluminoso de las colecciones en que se encierran;

2.º Que es universal el clamor por los agravios y retardos que sufren los intereses privados, sometidos a una Lejislacion tan imperfecta, y el deseo de su completa e ilustrada mejora;

3.º Que la práctica de muchos años ha demostrado, por una dichosa experiencia, la sensatez, equidad, claridad y exactitud de las disposiciones legales contenidas en los Codigos Bolivianos, los cuales han sido ademas

cuidadosamente revisados y acomodados a las circunstancias y necesidades de los pueblos que componen el Estado Nor-Peruano;

### DECRETO:

Artículo 1.º El Código Civil, anexo al presente Decreto, se a promulgado solemnemente en todas las capitales de Departamento y de Provincia del Estado el día 15 de Noviembre de este año, y empezará a rejir en todos los tribunales de su territorio, el primero de Enero de 1837.

Art. 2.º Desde esta ultima fecha, todos los juzgados y tribunales del Estado, arreglarán sus fallos en materia civil en todas las causas y pleitos, á las disposiciones del mencionado Código.

Art. 3.º Exeptuarse de la disposicion contenida en el articulo precedente, los Juzgados y Tribunales de Hacienda, Comercio y Minería, en los asuntos privativos de sus respectivas jurisdicciones, en los que observarán sus leyes, ordenanzas y reglamentos.

Art. 4.º Nadie podrá imprimir este Código, sin permiso especial del Gobierno. Los infractores de esta disposicion seran castigados con una multa de mil pesos, y los ejemplares que impriman seran confiscados y destruidos.

Art. 5.º Tambien sera confiscado, destruido, y no tenido por valido, todo ejemplar que no lleve en su frontispicio la firma del Ministro de Estado del Despacho del Interior.

Art. 6.º El Ministro de Estado del Despacho del Interior, queda encargado del cumplimiento de este Decreto, y de hacerlo imprimir, publicar y circular.

Dado en el Palacio Protectoral de Lima a 1.º de Noviembre de 1836—  
ANDRES SANTA-CRUZ.—El Secretario Jeneral, Ministro de Estado de los Despachos de Relaciones Exteriores y Guerra—*Pío de Tristan*.—El Ministro de Estado del Despacho de Hacienda.—*Juan Garcia del Rio*.—El Ministro de Estado del Despacho del Interior—*José Maria Galdiano*.

***Anexo 4***

***[Mensaje del Ejecutivo al  
Congreso proponiendo la aprobación  
del Código Civil chileno]***



## **Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil**

CONCIUDADANOS DEL SENADO Y DE LA CÁMARA  
DE DIPUTADOS:

Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que esta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las a interiores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social.

Los ensayos de esta especie que se han hecho de un siglo a esta parte, y sus resultados generalmente felices nos animaban a emprender una obra semejante, con la ventaja de podernos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia. Hace

años que, como sabéis, se puso la mano a ella. Presentado por fin el proyecto, lo sometí al examen de una comisión de sabios magistrados y jurisconsultos que se ha dedicado al desempeño de este encargo con un celo y asiduidad de que no se había visto ejemplo entre nosotros en casos análogos.

Desde luego, concebiréis que no nos hallamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en lo que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones. Os haré una breve reseña de las más importantes y trascendentales.

Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley.

El tiempo es un elemento de tanta consecuencia en las relaciones jurídicas, y ha dado motivo a tantas divergencias en las decisiones de las jurisdicciones y en la doctrina de los jurisconsultos, que no se ha creído superfluo fijar reglas uniformes, a primera vista minuciosas, para determinar el punto preciso en que nacen y expiran los derechos y las obligaciones en que este elemento figura.

Acerca del nacimiento y extinción de la personalidad, se han establecido, como en casi todos los códigos modernos, reglas absolutas o, en otros términos, presunciones contra las cuales no se admite prueba. Sobre la presunción de muerte en el caso de larga ausencia, a la que en este proyecto se da entonces el nombre de *desaparecimiento*, distinguiendo así dos estados jurídicos de muy diversa naturaleza, se echan de menos disposiciones precisas y completas en nuestros cuerpos legales, y se ha procurado llenar este vacío copiando la legislación de otros pueblos, pero con diferencias sustanciales. En general, se ha disminuído el tiempo de la posesión provisoria en los bienes del desaparecido. Las posesiones provisorias embarazan la circulación y mejora de los bienes y no deben durar más que lo necesario para proteger racionalmente los derechos privados que puedan hallarse en conflicto con los intereses generales de la sociedad. Por otra parte, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre países distantes se han aumentado inmensamente en nuestros días, y ha crecido en la misma proporción la probabilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses, o ha dejado de existir, o ha querido cortar los vínculos que la ligaban a su domicilio anterior. Admitida la

falibilidad de las presunciones legales en circunstancias extraordinarias, se ha procurado proveer de algún modo a estos rarísimos casos.

La promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es en este proyecto un hecho que se somete enteramente al honor y conciencia de cada una de las partes, y no produce obligación alguna ante la ley civil.

Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil, sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese de perniciosas consecuencias sociales y domésticas, aunque la autoridad eclesiástica hubiese tenido a bien permitirlo, por consideraciones de otro orden, relajando a su pesar las reglas ordinarias en circunstancias excepcionales.

Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos respectos. Si se suprimen los privilegios de la dote y cesa de todo punto la antigua clasificación de bienes dotales y parafernales llevando adelante la tendencia de la jurisprudencia española, y si la hipoteca legal de la mujer casada corre la suerte de las otras hipotecas de su clase, pues que según el presente proyecto deja de existir y tocará de una vez el término a que las previsiones de la Legislatura han caminado desde el año 1845; en recompensa, se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se ha dado garantías eficaces a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido.

La filiación es legítima, natural o simplemente ilegítima. En cuanto a los hijos legítimos concebidos en matrimonio verdadero o putativo, el presente proyecto no difiere sustancialmente de lo establecido en otras legislaciones, incluso la nuestra. En cuanto a los legitimados por matrimonio posterior a la concepción (única especie de legitimación que admite el proyecto), el sistema adoptado en éste combina las reglas del Derecho romano, el canónico y el Código Civil francés. En el Derecho romano, al que se casaba con la concubina, se exigía para la legitimación de los hijos habidos en ella el otorgamiento de escritura; no para que valiese el matrimonio, pues éste se contraía por el solo consentimiento, sino para que constase que la concubina pasaba a la categoría de mujer legítima, y si

existían hijos, *cuáles de ellos se legitimaban*. Esta es la doctrina de los más ilustres intérpretes de la ley romana. De que se colige que la legitimación era voluntaria por parte de los padres y no se extendía a todos los hijos habidos en la concubina, sino a los que el padre quería. Era asimismo voluntario de parte de los hijos, pues sin su consentimiento no podían hacerse *aliene juris*, ni asociarse a la condición de un padre tal vez de mala fama y perversas costumbres. Estos dos principios, legitimación otorgada por instrumento público, y legitimación voluntariamente concedida y aceptada, se han adoptado en el proyecto; exceptuados solamente dos casos: el hijo concebido antes del matrimonio, y nacido en él, y el hijo natural, esto es, el ilegítimo que ha sido antes reconocido formal y voluntariamente por el padre o madre, quedan *ipso jure* legitimados por el matrimonio subsecuente.

La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el Derecho Civil ha creado. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo, por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido? El Derecho Canónico relajó en esta parte los principios del Romano; pero a la potestad temporal es a la que toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles.

El Código de las Partidas confiere la legitimación *ipso jure*, pero sólo al hijo de la barragana, al hijo natural. En esta parte está de acuerdo con ellas el presente proyecto.

Es una consecuencia forzosa de los principios antedichos que la legitimación se notifique y acepte formalmente. En cuanto al tiempo de su otorgamiento, se ha seguido al Código francés y otros modernos, pero con menos rigor. No se ha encontrado gran fuerza a las objeciones que a primera vista se ofrecen contra la confección de un instrumento en que

los esposos consignan su propia flaqueza. Este es un sacrificio exigido por el orden social, la justa expiación de una culpa. Por otra parte, el otorgamiento no dice nada que no revele mucho más elocuentemente la presencia de los legitimados en la familia paterna. Sobre todo, ha parecido de suma necesidad un acto auténtico que ponga a cubierto de toda reclamación los derechos y obligaciones recíprocas de los legitimados y legitimantes. La existencia de documentos preconstituídos es un objeto que no se ha perdido de vista en otras partes de la legislación civil, como el mejor medio de precaver controversias y de discernirlas.

Se ha sujetado a formalidades análogas el reconocimiento voluntario de los hijos habidos fuera del matrimonio, que toman en este caso la denominación legal de hijos naturales y adquieren importantes derechos.

En cuanto a los ilegítimos, que no obtienen este reconocimiento espontáneo de su padre o madre, no se les otorga otro derecho que el de pedir alimentos, sin que para obtenerlo se les admita otra prueba que la confesión del padre; condición dura a primera vista, pero justificada por la experiencia de todos los países, sin exceptuar el nuestro. Más severos han sido todavía el Código francés y otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagación de la paternidad. Ni se vedado, sino en raros casos, la investigación de la maternidad por los medios ordinarios, aunque para igualar en esta parte al padre y la madre no faltarían razones gravísimas que un ilustre jurisconsulto, el presidente de la Comisión redactora del Código Civil español, ha hecho valer con mucha verdad, sensatez y filosofía.

La mayor edad, fijada a los veinticinco años, emancipa por el ministerio de la ley al hijo de familia. Esto sólo mejoraría ya entre nosotros su condición, pues, como sabéis, no hay por la sola edad límite alguno para ese estado de dependencia según las leyes romanas y patrias. Varios Códigos modernos han abreviado mucho más la duración de la potestad paterna; pero si en este punto no ha parecido conveniente imitarlos, en recompensa se la ha hecho mucho menos restrictiva y onerosa, dando al mismo tiempo un feliz aliciente al estudio y a la industria en las primeras épocas de la vida. Se exime del usufructo que las leyes conceden al padre sobre los bienes del hijo todo lo que éste adquiere en el ejercicio de una profesión, de un oficio, de una industria cualquiera, y bajo este respecto se le reviste de una verdadera y casi independiente personalidad, que se extiende, por supuesto, a los menores emancipados mientras se hallan bajo curaduría.

Se han definido con precisión las diferentes especies de guardas; las causas que inhabilitan o excusan de ejercer estos cargos, sus facultades administrativas, sus deberes, sus emolumentos, sus responsabilidades.

En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituídos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un Registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él. Se trata, en efecto, de una nueva fusión del régimen hipotecario asociando dos objetos que tienen entre sí un enlace íntimo, o que, por mejor decir, se incluyen uno en otro: dar una completa publicidad a las hipotecas, y poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales.

En cuanto a lo primero, puede decirse que no se ha hecho más que llevar a su complemento las disposiciones de las leyes de 31 de octubre de 1845, y 25 de octubre de 1854, y dar su verdadero nombre al orden de cosas creado por la segunda. En virtud del artículo 15 de ésta, las hipotecas especiales prefieren a las legales de cualquier fecha, las cuales, excluyéndose unas a otras según las fechas de sus causas, prefieren solamente a los créditos quirografarios. Desde que entre nosotros la hipoteca legal, ni impedía al deudor enajenar parte alguna de sus bienes, ni era dado perseguirla contra terceros poseedores, dejó verdaderamente de ser un *peño* y, por consiguiente, una hipoteca. Lo único que en cierto modo justificaba este título, era la circunstancia de concurrir con las hipotecas especiales. Abolida esta prerrogativa por el citado artículo 15, la denominación era del todo impropia. Ha parecido, pues, conveniente suprimirla. No se conoce en este proyecto otra especie de hipoteca que la antes llamada *especial*, y ahora simplemente *hipoteca*. Por lo demás, los que gozaban del beneficio de la hipoteca legal se hallan exactamente en la situación en que los colocó la Ley de 25 de octubre.

En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradi-

ción; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito sin título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos, sino las transmisiones hereditarias, están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar, desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que *inscripción, posesión y propiedad* serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse.

La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios Estados de Alemania y que otras nacio-

nes civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia.

Acerca de la posesión, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste, ni real ni ostensiblemente, el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y, por consiguiente, susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Así, los términos *posesión civil*, *posesión natural*, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre con él; la posesión es a nombre propio, la tenencia, a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser *regular* o *irregular*: aquélla, adquirida sin violencia ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley, pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva. Tal es el sistema del proyecto; sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las dos especies de posesión, conservando siempre una y otra el carácter genérico, que consiste en la investidura de un derecho real.

Entre las varias desmembraciones del dominio, se ha prestado una atención particular a la que lo limita por una condición que, verificada, lo hace pasar a otra persona, la cual lo adquiere irresoluble y absoluto. El usufructo y la propiedad fiduciaria, la propiedad que por el cumplimiento de una condición expira en una persona para nacer en otra, son, pues, dos estados jurídicos que contrastan: en el uno, la terminación es necesaria; en el otro, eventual. Aquél supone dos derechos actuales coexistentes; el segundo, uno solo, pues si por una parte supone el ejercicio de un derecho, no da por otra sino una simple expectativa, que puede desvanecerse sin dejar rastro alguno de su existencia, tal es la constitución del fi-

deicomiso, en la que, si hay poco o nada de original en el proyecto, se ha pretendido a lo menos caracterizar los dos estados jurídicos de manera que no se confundan, dar reglas claras de interpretación para las disposiciones que los establecen, y enumerar sus varios y peculiares efectos.

Consérvase, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios Códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte; se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las sustituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas, excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido, por consiguiente, todo lo relativo al orden de sucesión en las vinculaciones. En el censo mismo se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial y odioso.

Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse.

En la interesante materia de las servidumbres se ha seguido, se puede decir, paso a paso el Código Civil francés. Para la servidumbre legal de acueducto, nos ha servido principalmente de modelo el Código Civil de Cerdeña, único, creo, de los conocidos que ha sancionado el mismo principio que nuestro memorable Decreto de 18 de noviembre de 1819, que ha avasallado a la agricultura tantos terrenos que la naturaleza parecía haber condenado a una esterilidad perpetua. Pero en este punto, como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas; el proyecto como el Código que lo ha servido de guía se ha ceñido a poco más que sentar las bases, reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades.

La sucesión intestada es en lo que más se aparta de lo existente este proyecto. El derecho de representación no tiene cabida sino en la descendencia legítima del representado, ni en otra descendencia que la de los hi-

jos o hermanos legítimos o naturales del difunto, descendiendo la representación a todos los grados y no perjudicando a ella la circunstancia de no haber tenido el representado derecho alguno que transmitir, basta que por cualquier causa no haya participado de la herencia.

Se ha mejorado notablemente la suerte del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales. Al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación, se le asegura una no corta porción en el patrimonio del difunto, al modo que se hace en la legislación que hoy rige, pero igualando el viudo a la viuda; lo que si antes de ahora se había observado alguna vez, ha sido sólo en fuerza de una interpretación injustificable de la ley romana y española. Además de esta asignación forzosa, que prevalece aún sobre las disposiciones reglamentarias, y que se mide por la legítima rigurosa de los hijos legítimos, cuando los hay, el cónyuge es llamado por la ley a una parte de la sucesión intestada, cuando no hay descendientes legítimos; al todo, cuando no hay ascendientes ni hermanos legítimos, ni hijos naturales del difunto. Los hijos naturales colectivamente, y el cónyuge, gozan de derechos iguales en la sucesión intestada.

La incapacidad de sucederse unos a otros los que se han manchado con un ayuntamiento dañado y punible no desciende a la inocente prole de esta conexión criminal, y los derechos de los colaterales a la sucesión intestada llegan solamente al sexto grado.

En cuanto a las legítimas y mejoras, la mitad de lo que habría cabido a cada uno de los legitimarios o herederos forzosos sucediendo *ab intestato*, forma su legítima rigurosa, que se puede aumentar considerablemente, pero no disminuir ni gravar en ninguna manera. No teniendo descendientes legítimos, que personal o representativamente le sucedan, puede cualquier persona disponer libremente de la mitad de su patrimonio; en el caso contrario, sólo la cuarta parte de los bienes le es lícito distribuir con absoluta libertad; la cuarta restante debe invertirse en mejoras, esto es, en favor de uno o más de sus descendientes legítimos, a su arbitrio. Por lo demás, cada persona tiene durante su vida la facultad de hacer el uso de sus bienes que mejor le parezca: sólo en casos extremos interviene la ley imputando a la mitad o cuarta de libre disposición el exceso de lo que se ha donado entre vivos, y en caso necesario revocándolo.

Se ha creído conciliar así el derecho de propiedad con la obligación de proveer al bienestar de aquellos a quienes se ha dado el ser, o de quienes se ha recibido. Se han omitido aquellas otras restricciones que tu-

vieron por objeto asegurar las legítimas, y precaver en la distribución de los bienes la desigualdad a que podían ser inducidos los padres por predilecciones caprichosas; aun cuando en ello no defraudasen verdaderamente a ninguno de los legitimarios.

Se ha confiado, más que en la ley, en el juicio de los padres y en los sentimientos naturales. Cuando éstos se extravían o faltan, la voz de aquella es impotente, sus prescripciones facilísimas de eludir y la esfera a que le es dado extenderse, estrechísima. ¿Qué podrían las leyes, en materia de testamentos y donaciones, contra la disipación habitual, contra el lujo de vana ostentación que compromete el porvenir de las familias, contra los azares del juego que devora clandestinamente los patrimonios? El proyecto se ha limitado a reprimir los excesos enormes de una liberalidad indiscreta, que si no es la verdad, lo más de temer contra las justas esperanzas de los legitimarios, es lo único a que puede alcanzar la ley civil, sin salir de sus límites racionales, sin invadir el asilo de las afecciones domésticas, sin dictar providencias inquisitorias de difícil ejecución y, después de todo, ineficaces.

En la determinación de las cuotas hereditarias, cuando las disposiciones del testamento envuelven dificultades numéricas, se han conseguido sustancialmente, y creo que con una sola excepción, las reglas del Derecho Romano y del Código de las Partidas. Quizá se extrañe que las del proyecto estén concebidas en fórmulas aritméticas. El legislador de las Partidas no da reglas explícitas; es preciso que el juez las deduzca de los ejemplos que le presenta; generalización más propia de la ley que del hombre. Admitida su necesidad, no había más que dos medios, el de una fraseología que indicase vagamente el proceder aritmético o el de fórmulas rigurosas, que por el camino más corto posible condujesen a la resolución de cada problema. Esto último ha parecido menos expuesto a inexactitudes y errores, y siendo en el día la aritmética un ramo universal de instrucción primaria, sus términos peculiares deben suponerse entendidos en todo el que haya recibido una educación cualquiera, aun la más común y vulgar.

En materia de contratos y cuasi contratos hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de un Código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos. Se ha tenido muy presente en algunos contratos, como el de arrendamiento, la práctica del país, cuyas especialidades han parecido exigir disposiciones peculiares. La mutación de

propiedad en los inmuebles no se perfecciona sino por un instrumento público, ni se consuma sino por la inscripción en el Registro Conservatorio que, como antes dije, es la forma única de tradición en esta clase de bienes. Sobre la nulidad y rescisión de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos se ha seguido de cerca el Código francés ilustrado por sus más hábiles expositores. La novedad de mayor bulto que en esta parte hallaréis es la abolición del privilegio de los menores, y de otras personas naturales y jurídicas asimiladas a ellos, para ser restituidos *in integrum* contra sus actos y contratos. Se ha mirado semejante privilegio no sólo como perniciosísimo al crédito, sino como contrario al verdadero interés de los mismos privilegiados. Con él, como ha dicho un sabio jurisconsulto de nuestros días, se rompen todos los contratos, se invalidan todas las obligaciones, se desvanecen los más legítimos derechos. «Esta restitución —añade— es un semillero inagotable de pleitos injustos y un pretexto fácil para burlar la buena fe en los contratos...» Todas las restricciones que se han querido ponerles no bastan para salvar el más grave de sus inconvenientes, a saber: que inutiliza los contratos celebrados guardando todos los requisitos legales, deja inseguro el dominio y dificulta las transacciones con los huérfanos, que no suelen tener menos necesidad que los otros hombres de celebrar contratos para la conservación y fomento de sus intereses. Lo dispuesto sobre esta materia en el Código francés, en el de las dos Sicilias, en el Sardo y en otros es mucho más conforme con la justicia y aun más favorable a los mismos pupilos. Según estos Códigos, el contrato celebrado por un menor sin el consentimiento de un guardador no es nulo *ipso jure*, aunque puede rescindirse; pero el celebrado con las solemnidades de la ley, se sujeta a las mismas condiciones que los celebrados por personas mayores de edad. Decía el jurisconsulto Jaubert, explicando los motivos de esta disposición: «Es indispensable asegurar completamente los derechos de los que tratan con los menores, observando las formalidades de la ley, y si esta precaución no fuese necesaria, sería cuando menos útil, a causa de las prevenciones inveteradas que se tienen contra los pupilos, creyéndose, y con razón, que no hay seguridad en contratar con ellos».

En el título *De la prueba de las obligaciones* se hace obligatoria la intervención de la escritura para todo contrato que versa sobre un objeto que excede de cierta cuantía, pero el ámbito demarcado para la admisión de otra clase de pruebas es mucho más amplio que en otras legislaciones: en especial la de Francia y la de Portugal, países en que esta limitación de

la prueba de testigos es ya antigua y ha producido saludables efectos. No hay para qué decirnos la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos. Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento. Algo tímidas parecerán desde este punto de vista las disposiciones del proyecto, pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones y se ha creído más prudente aguardar otra época en que, generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal.

Las varias especies de censo (exceptuado el vitalicio) se han reducido a una sola, y se sujetan, por consiguiente, a reglas idénticas, entre las cuales sólo merecen notarse las que lo hacen divisible junto con el inmueble que afectan, y la que constituída sobre inmuebles cuyo valor excede considerablemente al de los capitales impuestos, permite reducirlo a una parte indeterminada, exonerando de toda responsabilidad lo restante. Pero, al mismo tiempo, se ha tomado en cuenta el interés de los censuistas, poniendo un límite a la división que, continuada indefinidamente, haría demasiado difícil y dispendioso el cobro de los cánones y, a la vuelta de algunas generaciones, convertiría los censos en un número infinito de fracciones imperceptibles. Si por este medio se consiguiese desalentar la imposición de capitales a censo, se habría logrado indirectamente un gran bien. El censo vitalicio, que por su naturaleza es de corta duración, no ofrece los inconvenientes de los otros; es lo único que en este proyecto no admite ni redención, ni reducción, ni división.

En el contrato de sociedad se ha creído que debíamos seguir el ejemplo de naciones a quienes un extenso comercio ha hecho conocer las verdaderas exigencias del crédito. Los miembros de una sociedad colectiva, según el presente proyecto, responden por el valor total de las obligaciones que a nombre de ella se contraen. Se ha procurado al mismo tiempo sujetar la sociedad a reglas precisas en su administración y en las obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros. Se ha solicitado la misma especificación y claridad en el mandato, en los contratos para las confecciones de obras y en la fianza.

Entre las convenciones lícitas se ha dado lugar a la anticresis. Inocente en sí misma, útil al crédito y paliada a veces, podrá ahora presentarse sin disfraz bajo la sanción de la ley. Por punto general, el Código de las

Partidas y el Código Civil francés han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista. Donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía. Se ha simplificado notablemente el arreglo de la prelación de créditos, el fomento del crédito ha sido en él la consideración dominante. Se dividen en cinco clases los acreedores concurrentes: los que gozan de privilegio general, los que gozan de privilegio sobre especies muebles; los hipotecarios; los de menores, mujeres casadas y otras personas cuyos bienes son administrados por representantes legales, y los quirografarios. Se han abolido varios de los privilegios generales y especiales y, entre estos últimos, todos los que recaían sobre inmuebles. Apenas es necesario decir que no reviven en este proyecto como créditos preferentes ni los de hipoteca general convencional ni los escriturarios. La obra principiada por las Leyes de 1845 y 1854 se ha llevado a cabo.

Innovaciones no menos favorables a la seguridad de las posesiones y al crédito encontraréis en el título *De la prescripción*. La de treinta años continuos rechaza todos los créditos, todos los privilegios, todas las acciones reales. Toda obligación personal que ha dejado de exigirse en el mismo espacio de tiempo, perece. Pero esta excepción debe siempre alegarse por el que pretende gozar de su beneficio, los jueces no pueden suplirla.

Terminaré con algunas observaciones generales.

En este proyecto se hacen obligatorios los instrumentos públicos y privados (que un célebre publicista moderno ha llamado *pruebas preconstituídas*) para ciertos actos y contratos en que la ley no los exige hoy día. A este número pertenece la legitimación por matrimonio *subsecuente* y el reconocimiento de los hijos naturales, de que ya os he hablado; el discernimiento de la tutela y curatela en todos casos; el de asumir la mujer o recobrar el marido la administración de la sociedad conyugal; la aceptación o repudiación de toda herencia. Se prescribe la confección de un inventario solemne al padre que administrando bienes del hijo pasa a segundas nupcias y se impone como previa condición el de los bienes hereditarios, cuando el heredero se propone no contraer la responsabilidad de tal, sino hasta concurrencia del valor de lo que hereda. Se exige escritura pública o privada para toda obligación convencional que exceda de cierta cuantía. Toda mutación de propiedad o toda constitución de derechos reales sobre inmuebles, se sujetan a la solemnidad de un instrumento público, sin la cual no deberán producir obligaciones civiles, ni aun entre los mismos contratantes, y el crédito que haya de gozar

de una preferencia de cuarto grado en un concurso de acreedores no puede obtenerlo sino cuando conste de la misma manera, exceptuándose sólo las acciones para resarcimiento de perjuicios por mala administración de los representantes legales.

Es patente la utilidad de este género de pruebas para precaver contestaciones y testigos, para proteger los intereses de los menores y otras personas privilegiadas, sin detrimento del crédito en cuyo fomento están interesadas estas mismas personas, como todas, y para desconcertar los fraudes que a la sombra de sus privilegios se fraguan.

Por lo que toca al mérito y plan que en este Código se han seguido, observaré que hubiera podido hacerse menos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, y que para la razón ejercitada de los magistrados y jurisconsultos eran ciertamente innecesarios. Pero, a mi juicio, se ha preferido fundadamente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las Partidas. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse. La brevedad ha parecido en esta materia una consideración secundaria.

El proyecto, tal cual es, se presenta a vosotros examinado prolijamente, discutido, modificado por una comisión escogida, celosa del acierto, merecedora de vuestra confianza. La discusión de una obra de esta especie en las Cámaras Legislativas retardaría por siglos su promulgación, que es ya una necesidad imperiosa, y no podría, después de todo, dar a ella la unidad, el concierto, la armonía que son sus indispensables caracteres. Yo no presumo ofrecerlos bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido hasta ahora de las manos del hombre. Pero no temo aventurar mi juicio anunciando que por la adopción del presente proyecto se desvanecerá mucha parte de las dificultades que ahora embarazan la administración de justicia en materia civil; se cortarán en su raíz gran número de pleitos y se granjeará tanta mayor confianza y veneración la judicatura, cuanto más patente se halla la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales. La práctica descubrirá, sin duda, defectos en la ejecución de tan ardua empresa, pero la legislatura podrá fácilmente corregirlos con conocimiento de causa, como se ha hecho en otros países y en la misma Francia, a quien se debe el más célebre de los Códigos y el que ha servido de modelo a tantos otros.

Creo haber dicho lo bastante para recomendar a vuestra sabiduría y

patriotismo la adopción del presente Proyecto de Código Civil, que os propongo de acuerdo con el Consejo de Estado.

Santiago, noviembre 22 de 1855.—Manuel Montt.— *Francisco Javier Ovalle.*

**Anexo 5**

***[Nota de presentación del Proyecto de  
Código Civil para la República  
Argentina, de Dalmacio Vélez Sársfield]***



Buenos Aires, Junio 21 de 1865

*A S. E. el Señor Ministro de Justicia, Culto é Instruccion Pública,  
Doctor Don Eduardo Costa.*

Tengo la satisfaccion de presentar á V. E. el primer libro del Código Civil que estoy encargado de trabajar por órden del gobierno Nacional, el cual comprende el tratado de las personas. Esta es la parte principal y la mas difícil de la Legislación Civil, respecto de lo cual tambien era de toda necesidad hacer muchas é importantes reformas en las leyes que nos rigen.

Creo que el trabajo está hecho como V. E. me lo encargó, concordando los artículos de cada título con las leyes actuales y con los Códigos de Europa y América, para la mas fácil e ilustrada discusion del proyecto.

Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resolvian antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos, ó cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debian ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes.

Para este trabajo, he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América, y la legislacion comparada del Sr. Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del Sr. Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja á los códigos europeos, y sobre todo, del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el Sr. Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos.

Respecto á las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zachariæ, la grande obra del Sr. Serrigny sobre el derecho administrativo del Imperio Romano, y la obra de Story *Conflict of Laws*.

En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la nación, y que con ella crecía, podíamos ocurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los autores citados. Cuando el Emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos despues de la creación del Imperio de Oriente, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos.

He creído que en un Código Civil no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que dá la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos, como lo hace el Código francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V. E. me encargó, he debido preguntarme ¿qué es un Código Civil? ¿cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos reales ó personales que crián obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas. Los derechos absolutos, como el de libertad, elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., tienen la especialidad que sus correspondientes obligaciones afectan á toda la masa de las personalidades. Por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares, ni se induce la privación de un derecho de parte de aquellos á quienes la obligación incumbe. La obligación en tales casos es meramente de una inacción indispensable para la efectividad de esos derechos. Esa inacción es solamente el límite de los derechos de cada uno. Cuando por el contrario, al derecho relativo corresponde una obligación de no hacer, la persona obligada se priva de un derecho que tenía y que voluntariamente renuncia. Por otra parte, los derechos absolutos están protegidos de toda violación por las penas del derecho criminal; y solo por una parte accesoria pueden por su violación entrar en el cuadro de las leyes civiles, en el caso que se trate de la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho ilícito, y entonces se resuelven solo en una prestación necesaria para satisfacer el daño.

Los derechos civiles fueron por mucho tiempo en la legislación romana privativos de los ciudadanos romanos, *jus quiritium*. La diferencia entre

extrangeros y ciudadanos ha desaparecido, y no hay un derecho civil para los extrangeros en contraste con el derecho civil para los ciudadanos.

Los derechos políticos pertenecen á la vida política, y solo confieren al ciudadano un derecho absoluto, la facultad de participar mas ó menos de las funciones públicas. No debian pues entrar en el Código Civil, en el conjunto de las leyes que declaran, protejen y sancionan los derechos relativos.

La muerte civil no puede tampoco comprenderse en el derecho civil. Esta espresion no se encuentra usada en el derecho romano. Es un imperfecto mulacro para privar á los hombres de los derechos de familia, del derecho de testar y del derecho á todos sus bienes, penas que no permite nuestra Constitucion política que abolió la coniscacion y que no se encuentran en nuestras leyes.

En otros códigos modernos vemos seguir el ejemplo de las leyes de Indias, tratarse de capellanías, del patronato de ellas, como lo hace el Código del Perú, de las personas eclesiásticas y hasta de los religiosos y de las formas todas que han de darse á sus nuevos vínculos para causar la incapacidad legal de las personas. Pero en todo eso no hay un derecho relativo, ni real ni personal; son meramente una parte de los estatutos para fijar las condiciones de los miembros de la persona jurídica, ó las relaciones del Estado con la Iglesia é instituciones piadosas, fijadas por leyes especiales, ó por acuerdos con la Santa Sede.

He dejado un título que halla en todos los códigos *-De los registros del estado civil de las personas*. Por solo una escepcion en nuestra Constitucion ha correspondido al Congreso dictar alguno de los códigos dejando el de procedimientos á la Legislatura de los Estados. Buenos Aires tiene una buena ley sobre la materia, que yo propuse en años pasados que podia trasladarse al Código Civil; pero esto podria estimarse como una usurpacion de los derechos de Estados independientes, pues seria necesario disponer sobre los deberes de los curas, de la policia de cada pueblo, y de la municipalidad de cada Estado. Debia suponer existentes esos registros, ó que se crearan por las Legislaturas respectivas para llevar á efecto el Código Civil de la Nacion.

He dejado tambien el título *-De la Adopcion*. Cuando de esta materia se ocuparon los jurisconsultos franceses al formar el Código de Napoleon, reconocieron, como se vé en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institucion olvidada en la Europa y que recien habia hecho reaparecer el código de Federico II. Cuando ella habia existido en Roma, era porque

las costumbres, la religion y las leyes la hacian casi indispensable, pues el heredero *suyo* era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto. Pero el Código Romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas por la adopcion hacian nacer una verdadera paternidad y una verdadera filiacion. Sucedia una mutacion completa en la familia. El adoptado ó abrogado salia de su familia, adquiria en la del adoptante todos los derechos de la agnacion, es decir, sucedia no solo al padre adoptante sino á los parientes de este.

Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia, y en todos sus grados, un individuo que la naturaleza no habia colocado en ella, y se redujeron á crear una cuasi paternidad que desde su principio hizo preveer las mas graves cuestiones. El adoptado, donde es admitida la adopcion, no sale de su familia, queda sujeto siempre á la potestad de sus padres: no tiene parientes en la familia del adoptante, y aun es excluido de la sucesión de este si llega á tener hijos legítimos. La adopcion así, está reducida á un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo, institucion que carece hasta de las tradiciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto á la beneficencia el mas vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusion, que nada de real agrega á la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?

El conde Portalis en su introduccion al Código Sardo, dice, «que á la « época de la formacion del Código Francés, la adopcion entraba en las « miras de Napoleon, y se le hizo lugar en el código civil como una de las « bases de su estatuto de familia. Mas ella fué rodeada de tantas restriccion- « nes y sometida á condiciones tan dificiles de llenar, que fué fácil preveer « que recibida con desconfianza, no se naturalizaria sinó con mucho traba- « jo. La experiencia ha justificado las previsiones de los autores del Códidi- « go, pues nada es mas raro que una adopcion.»

Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningun bien social, ni los particulares se han servido de ella sinó en casos muy singulares.

He dejado tambien el título *-De la escusacion de los tutores*. Era tiempo de abandonar la falsa clasificacion de la tutela como un *munus publicum*, pues que el tutor no es sinó el mandatario, ó del juez del domicilio que le ha encargado la guarda de un menor, ó de la persona que lo ha nombrado tutor, y su oficio se regla, no por el derecho público ó por el derecho administrativo, sinó por las leyes civiles relativas al mandato, en lo que no esté especialmente dispuesto en el título de sus derechos

y deberes. Y aunque la tutela fuese un empleo público, no es preciso que sean designadas las causas de escusacion; ellas deben quedar á juicio del Juez, como quedan á juicio del Gobierno las causas de escusación para no admitir un empleo público, sin necesidad de que estén enumeradas en las leyes administrativas.

He suprimido igualmente el *beneficio de restitucion in integrum* de los menores, que se halla quitado en muchos de los códigos modernos. La sociedad debe en efecto, cuidado y proteccion á los incapaces de gobernar sus personas y bienes; pero no les debe privilegios, y ménos privilegios de fatales consecuencias para los derechos de otras personas. Las propiedades por otra parte, adquiridas por los menores ó compradas á ellos, aunque los actos sean los más solemnes y auténticos, quedan por largos años inseguros desde que alegándose perjuicios las mas veces dudosos ó de difícil prueba, se pueden dejar sin efecto los contratos de todo género, que sobre los bienes del menor hubieran hecho el padre ó el tutor. La reaccion que esta legislacion trae sobre los bienes de los menores es natural, y sus efectos se sienten diariamente, pues sus bienes han venido á quedar casi fuera del comercio ordinario. Era mas conveniente para los menores legislar con todo cuidado la gestion de la tutela; preveer los perjuicios que á sus bienes ó á sus rentas les podia traer la negligencia de los padres ó la mala administracion de los tutores; evitar el mal y no satisfacerse con garantias de indemnizaciones, difíciles siempre de hacer efectivas, ó con remedios recisorios de los actos de sus guardadores, que las mas veces no les traen sino pleitos costosos y de resultados muy dudosos.

A todos los títulos del derecho referentes á las personas, he dado una mayor estension que la que regularmente tienen, á fin de que materias muy importantes se hallaran completamente legisladas.

Y he agregado seis ó siete títulos que no se hallan en los códigos sobre algunas materias principales del derecho, respecto de las cuales solo se advierte algunas pocas disposiciones dispersas.

El método que debia observar en la composicion de la obra ha sido para mí lo mas dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano seguido en las escuelas por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código que les sirva de base, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas. Todo el derecho tiene por objeto las personas y las cosas, los derechos persona-

les y los derechos reales. El primer libro de la Instituta lleva la inscripción de *jure personarum*. El segundo pasa ya á las cosas, y tiene por inscripción de *Divisione rerum et qualitate*, concluyendo con la sucesion testamentaria. El tercero comienza por las herencias *ab intestato*, como si fuera materia distinta de la del libro anterior, y vuelve sobre los derechos personales y reales, las obligaciones y los diversos contratos. Las obligaciones que nacen de los delitos se ponen en el libro 4.º destinado á las acciones, cuando las acciones no son sinó el mismo derecho que se tiene saliendo de su estado de reposo y entrando en actividad para perseguir lo que se le debe, ó defenderse judicialmente. Los jurisconsultos que escribieron la Instituta se propusieron solo seguir el orden de los libros y títulos de las instituciones de Gaius.

En el Código de Napoleon, y en los diversos códigos que lo toman por modelo, no hay ni podría haber método alguno. Un solo artículo de un código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composicion, ó hacer imposible guardar un órden cualquiera. El artículo del Código Francés que hace del título un modo de adquirir, y dá á los simples contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acababa con los derechos personales, que nacen de las obligaciones y de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del Código creaba ese solo artículo.

En el libro tercero del Código Francés puede decirse que se ha reunido todo el derecho bajo la inscripción *-De los diferentes modos de adquirir la propiedad*. Las obligaciones y los contratos solo son considerados como medios de adquirir; pero no tomando en cuenta la clasificacion de los diversos derechos, se han agolpado en ese libro hasta los contratos y los actos jurídicos que no tienen por objeto la adquisicion del dominio, como son el arrendamiento, el depósito y la prision por deuda, que se hallan bajo la misma inscripción. Esto, que al parecer solo es falta de método, crea una mala jurisprudencia, ó trae una absoluta confusion en los verdaderos principios del derecho, rompiendo la armonia de toda la lejislacion civil.

Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su estensa y doctísima introduccion á la recopilacion de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer mas perceptible la conexion entre los diversos libros y títulos, pues el método de la lejislacion, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiacion de las ideas.

El primer libro que presento á V. E. tiene dos secciones. La primera comprende *las personas en general*. La segunda, *los derechos personales en las relaciones de familia*, acabando con la institución supletoria de los tutores y curadores.

En el segundo libro, las leyes comprenderán *los derechos personales en las relaciones civiles*: es decir, toda la materia de las obligaciones, los hechos y actos jurídicos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación ó extincion de los derechos, y todos los diversos contratos que dan acciones personales.

Concluido el tratado de los derechos personales, el tercer libro será destinado á las cosas, que es el segundo objeto del derecho, á los modos de adquirir el dominio, de crear y reglar todos los derechos reales.

En ese libro pueden contenerse los testamentos y herencias, porque la sucesion comprende, tanto los derechos reales como los derechos personales del muerto, y como medio de adquirir, se aplica á las obligaciones como á la propiedad de las cosas. O puede ponerse separada en un cuarto libro la vasta materia de las sucesiones.

Previendo que puede haber supresiones ó adiciones en los artículos del primer libro, cada título lleva una numeracion particular, y así las que se hicieren no alterarán sinó la numeracion en cada título y no en toda la obra. Cuando el Código haya de publicarse con las variaciones que se le hubiesen hecho, entónces, suprimidas las citas, concordancias y notas se pondrian todos los artículos bajo una sola numeracion y se corregirian en el cuerpo de ellos las referencias que se hacen.

He dado cuenta á V. E. de mi primer trabajo y del método que observo en la composicion del proyecto de Código, porque uno y otro objeto merecen el exámen y la discusion de los hombres competentes.

Dos guarde al señor Ministro muchos años.

*Dalmacio Velez Sarsfield.*

Departamento de Justicia

Buenos Aires, Junio 23 de 1865.

Publiquese; y en cuanto el primer libro presentado, hágase imprimir un número bastante para ser distribuido á los señores Senadores y Diputados, á la Côte Suprema de Justicia, á los Tribunales de la Nacion y de las Provincias, á los Abogados y personas competentes, á fin de que estudiándose desde ahora, váyase formando á su respecto la opinion, para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado.

PAZ.

Eduardo Costa.

*Anexo 6*

*[Críticas de Juan Bautista Alberdi  
al Proyecto de Código Civil de  
Vélez Sársfield]*



**El Proyecto de Código Civil  
para  
la República Argentina  
(1868)**

**I**

**Motivo de esta carta y plan del estudio que es su objeto**

Yo debo el ejemplar que tengo del *Proyecto de Código Civil para la República Argentina* á un galante origen, un regalo de su eminente autor, mi antiguo amigo.

Esta circunstancia debería bastarme para abstenerme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada á convertirse en Constitución civil de mi país, mi abstención no tendria sentido á los ojos de los que me han visto pasar lo mas de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organizacion nacional.

Por otra parte, la obra ha sido distribuida oficialmente á los abogados y á las personas competentes para su estudio, y yo creo reunir este doble título para responder á ese llamado, si se me permite advertir que la competencia me viene de mi carácter de argentino; es decir, de parte interesada en la materia, no de otra causa. Creo que nadie pretenderá, en vista de esto, que me entrometo en cosas que no me van ni me vienen, si aventuro mi opinion sobre una ley que puede abrazar, si pasa, la reforma entera

de la sociedad argentina y fijar los destinos de sus habitantes en lo que tienen de mas caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades.

Se me preguntará tal vez si los límites de una carta pueden bastar para contener el exámen de todo un Código Civil. Ciertamente que no. Pero yo no intento ocuparme del Código en sí mismo, sinó del *espíritu del Código* proyectado, es decir, del Código considerado en sus relaciones con el motivo que ha determinado su composicion, con el método que ha presidido á su trabajo, con las fuentes y modelos en que se ha inspirado el autor, con el sistema de Gobierno del país en que debe ser aplicado, con la vocacion comercial de los pueblos del Plata, con su índole y carácter histórico, y por fin con el momento político de su elaboracion y sancion. El mismo autor del Código me dá el ejemplo de este modo de apreciar su vasto trabajo en los límites de una carta, pues esto es cabalmente lo que él hace en la que sirve de prefacio á su proyecto, dirigida al Gobierno que le encomendó su elaboracion, con el objeto de darle una cuenta sucinta y general del Código. Yo estudiaré su libro desde la misma altura, á vuelo de pájaro, como se ven y estudian los vastos trabajos para tener mas cabal idea en su conjunto. Mi carta será paralela, no respuesta de la suya. El se dirige al Gobierno que ha de dar la ley; yo me dirijo al país que ha de sufrirla, si no le opone á tiempo su veto. Como la suya, será dividida en tantos parágrafos como lados presenta el exámen sintético del Código, siguiendo un método de que nos dá la fórmula general el autor del *Espíritu de las leyes*.

## II

### Del Código en sus relaciones con el motivo que determina su sancion

La legislacion civil ó el Código Civil de un país, es la parte de su legislacion que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre sin distincion de condicion. Rossi los llama *derechos públicos*, y Laboulaye *derechos individuales ó libertades individuales*. Son los *derechos naturales del hombre* de orden civil y privado, declarados en los manifiestos célebres de tres grandes revoluciones ejemplares: la de Inglaterra, la de Estados Unidos y la de Francia.

La revolucion argentina de la Independencia, faz trasatlántica de esos grandes cambios, proclamó esos mismos derechos; y la Constitucion que expresa y realiza el pensamiento de la revolucion, los consagró en su primer capítulo, titulado *declaraciones, derechos y garantías*, por sus artículos de 14 á 20.

No bastaba declararlos. La revolucion los habia conquistado para convertirlos en reglas de vida práctica para el pueblo argentino.

De la ley civil era el papel de reglamentar su ejercicio en la organizacion que debian recibir la familia y la sociedad civil argentinas, segun los principios proclamados por la revolucion y declarados en la Constitución. Pero la ley civil existente era la antigua ley, que desarrollaba el derecho colonial y monárquico. Dejar en pié la antigua ley civil, era dejarle el cuidado de deshacer por un lado lo que la revolucion fundaba por otro.

No podia quedar la revolucion en la Constitucion, y el antiguo régimen en la legislacion civil; la democracia en el régimen del Estado y la autocracia en el sistema de la familia; la democracia en el ciudadano, y el absolutismo en el hombre.

El derecho civil argentino debia ser como su Constitucion, la expresion y realizacion de las miras liberales de la revolucion de América en los pueblos del Plata.

Penetrada de ello, la Constitucion dispuso por su artículo 24, que el Congreso promoviese la reforma de la legislacion actual en todos sus ramos.

La Constitucion no fijó el plan de reforma, si habia de ser por Códigos ó por leyes graduales y sucesivas. Es verdad que ella dió al Congreso la *facultad* de dar el Código Civil (art. 67, inc. 11), pero no le hizo del ejercicio de esa atribucion un deber directo y especial.

La Constitucion fué sensata en esa reserva: ella se limitó á disponer que los derechos civiles por ella consagrados en sus artículos de 14 á 20, *fuesen disfrutados por todos los habitantes de la Nacion, conforme á las leyes que reglamentasen su ejercicio* (art. 14).

Esas leyes, que debian desarrollar y reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías declarados por la Constitucion como fundamentales de la familia y de la sociedad civil argentinas, no son otras que las leyes civiles, estén codificadas ó dispersas.

La Constitucion no se contentó con declarar los derechos que debian servir á la ley civil de objeto y fundamento, sinó que prohibió la sancion

de toda ley civil que alterase esos derechos so pretexto de reglamentar su ejercicio (art. 28).

Por esta disposicion, la Constitucion abrogaba virtualmente ó condenaba á desaparecer toda la antigua legislacion civil que estuviese en contradiccion con los derechos proclamados por la revolucion. Era confirmar y ratificar la necesidad de la reforma. Omitir ese precepto, habria sido dejar en pié la contra-revolucion en la parte de la legislacion del país, que tiene por objeto las mas altas miras de la revolucion, es decir la constitucion de la familia y de la sociedad civil argentinas.

Hé ahí todo el motivo constitucional que puede explicar el proyecto de reforma civil, pero no el plan de esa reforma por un Código Civil.

Lo primero en que pensó la Revolucion francesa de 1789, así que constituyó su Gobierno nuevo, fué la sanción de un Código Civil. Todas sus Constituciones consagraron su promesa. Pero la Francia nueva habló de Códigos civiles y no de meras leyes porque necesitaba de las dos cosas; las leyes que debian organizar la sociedad sobre las bases proclamadas por la revolucion, y la forma de Código exigida para esas leyes por la necesidad de unificar la Francia en ese punto en que su legislacion era un caos, pues el Norte se regia por el derecho romano, el Sud por el derecho consuetudinario, introducido por los francos, las ordenanzas de los reyes, por un lado, el derecho intermediario por otro. La República Argentina no se halla en ese caso. En el Plata no falta *unidad de legislacion civil: lo que falta es unidad de legislacion política, unidad de Gobierno, unidad de poder*. Hay quince constituciones, cuyo resultado natural es la falta casi absoluta de Gobierno.

Qué explicacion puede tener la idea de proponer un Código Civil? No vemos motivo alguno que la explique por un interés real del país.

Por lo comun en los trabajos de este género conocidos en Sud-América, no es el talento, no es el estudio ni la buena intencion lo que falta: es el juicio, y no tanto en los encargados de trabajarlos como en los que decretan su ejecucion. Son hijos mas bien de la vanidad que de la necesidad.

En Roma fueron los Códigos la última expresion de un imperio que desaparecia: en las monarquías incoherentes y heterogéneas de la Europa, formadas por conquistas, han sido un instrumento de unificacion y centralismo. Así la Prusia y el Austria, cediendo á esa necesidad, fueron las primeras en los tiempos modernos en darse Códigos civiles.

En Sud-América son el testamento de un abogado, ó el monumento

de la vanidad de un Presidente, que, no pudiendo perpetuarse por una dinastía, se contenta con perpetuar su nombre por un Código.

Por el lado de la vanidad, el trabajo de un Código es el mas pobre de los títulos. Ni siquiera vale la pena de tener autor conocido; pues se reduce á un trabajo de copia ó de asimilacion de trabajos extranjeros, mas fácil y trivial que el de un simple *alegato en derecho*. La obra en que M. Antonio de Saint-Joseph ha reunido todos los Códigos del mundo en columnas paralelas en que su comparacion se hace por sí misma, ha creado la erudicion á vapor, la erudicion mecánica por decirlo así, con que se hace historia casi con la facilidad con que se toca música en un órgano de Berberie<sup>1</sup>.

Tenemos en Sud-América la costumbre de aplaudir á las grandes Repúblicas, pero llegando á la práctica imitamos á los grandes imperios. Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados-Unidos de América, ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspeccion en legislacion civil?

Al mismo tiempo que les copiamos su Constitucion federal y su descentralizacion política, imitamos al Brasil y á la Francia sus Códigos unitarios é imperiales: de donde resulta, que tenemos la federacion en el Código político y la unidad en el Código Civil. Nadie mejor que los Estados Unidos habrian necesitado darse Códigos para suprimir las diferencias de legislacion que han traído en su seno las anexiones de la Florida, de la Luisiana, de Tejas, Nuevo Méjico, California, países de origen español y francés.

Pero no solo se han abstenido de darse un Código Civil para toda la Union incompatible en su Gobierno compuesto de *Estados unidos* sin estar *confundidos* ni refundidos, sinó que tampoco se han dado Códigos locales ó de Estado, con excepcion del de Luisiana, y á fé que *New York*<sup>2</sup>, Pensilvania, Massachuset tenian materiales que no tiene Buenos Aires para darse Códigos de Estado.

---

<sup>1</sup> Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon.

<sup>2</sup> Un descuido de redaccion nos hizo comprender en esta lista de ejemplos el nombre de New-York cuyo Código local vemos á cada paso mencionado en los libros de legislacion comparada. El señor Dr. Velez, nos ha corregido este error que nos apresuramos á reconocer, y le agradecemos la generosa rectificacion que nos sugiere el mas poderoso argumento en favor de nuestro aserto, sobre que los Estados Unidos no tienen Código Civil federal, pues cuanto mas cierto sea que existen allí tres Códigos locales, mas cierto es que no existe Có-

Y las Provincias argentinas que se dicen organizadas á su ejemplo, y que no necesitaban unificar su legislacion civil ya uniforme, son entretanto las que han creído necesario emplear ese medio de unificacion, y eso al día siguiente de reformar su Constitucion en el sentido de una descentralizacion casi feudal<sup>3</sup>.

Washington no dejó un Código Civil, pero dejó un gobierno monumental que hace de su nombre una gloria del mundo entero. Sus dignos sucesores *Jefferson, Adams, Hamilton, Clay, Monroe, Jackson* tampoco se ocuparon de Códigos Civiles, y no porque les faltasen manos á quienes encomendar su trabajo, pues Kent, Story, Wheaton, Franklin, etc., son notabilidades del mundo sábio en ambos hemisferios.

Lincoln ha muerto por reformar la legislacion civil de su país, es verdad, pero la reforma de un solo artículo, que probablemente no está reformado en el proyecto de Código brasilero que ha servido de modelo al argentino, es el que clasificaba entre las *cosas vendibles*, la persona sagrada del hombre. Es verdad, que esa simple reforma que vale diez Códigos, pone á Lincoln en el rango de Washington por ser el coronamiento de su Constitucion monumental

¿Por qué no se han dado un Código Civil federal los Estados-Unidos? Porque la idea de un Código, esencialmente unitaria y centralista, es incompatible con la idea de un país compuesto de muchos Estados soberanos ó semi-soberanos.

Y los que reformaron la Constitucion argentina de 1853, dando por razon que no se parecia bastantemente á la de Estados Unidos, son los que hoy pretenden dar un Código civil para toda la Confederacion Argentina!

En los Estados-Unidos cada Estado tiene su legislacion civil aparte. Esto mismo sucede en la Federacion Suiza, donde cada Canton tiene su legislacion civil, criminal, comercial aparte. Inútil es decir que la Confederacion Germánica no ha tenido jamás en sus diversas maneras de existir un Código Civil general.

Es verdad que la *Confederacion Alemana del Norte* se ocupa hoy del pensamiento de un *Código de proceduria*, uniforme y general para toda ella. Sábese que nunca pensó en tal cosa la antigua Confederacion Germá-

---

digo Civil nacional, y que la totalidad de los Estados menos tres, está sin darse Códigos locales. Este era todo el fondo de nuestra afirmacion.

<sup>3</sup> Véase el capítulo VII de esta carta.

nica. Por qué la presente se separa de su ejemplo en ese punto? Porque la nueva Confederacion es una evolucion evidentemente unitaria y centralista en sus miras. El Código es uno de los medios mas eficaces de llegar á la realizacion de ese pensamiento de unificacion. Es que la Confederacion del Norte es un régimen de transicion y preparacion de otro órden de cosas que va á reemplazarla. Para nadie es esto un misterio. Ya desde hoy la Confederacion del Norte es una especie de anexo de la Prusia, pues tiene por Presidente y cabeza al soberano de esa monarquía.

Pero ese artículo era propio del espíritu centralista de la Constitucion de 1853, que la reforma tuvo por objeto suprimir. Antes de la reforma, la ejecucion de ese artículo hubiera sido posible. Despues de refundida en el molde de la Constitucion de Estados-Unidos, el Código Civil es un contrasentido, un absurdo jurídico que no se concibe en los reformistas argentinos de 1860. Se dirá tal vez que la Constitucion argentina admitía en sus previsiones la sancion de un Código Civil para toda ella, cuando atribuía al Congreso el poder de sancionarlo. Y quiénes eran ellos? El mismo Presidente que ha decretado mas tarde la confeccion del Código Civil y el mismo jurisconsulto que ha recibido el encargo de ejecutarla. Por la reforma de la Constitucion de 1853, derogaban la unidad tradicional de la República; y por la sancion de un Código Civil pretenden hoy derogar la federacion de tipo norte-americano que ellos mismos sancionaron en 1860. ¿Cuál es entonces su principio político? La idea de un Código descubre á su pesar su incredulidad en el federalismo argentino.

No son Códigos civiles lo que necesitan mas urgentemente las Repúblicas de la América del Sud, sinó Gobiernos, órden, paz, simple seguridad para el goce de las leyes uniformes que no les faltan, y que pueden darse bajo el dictado gradual de la experiencia. Qué vale mejorar de un golpe todas las leyes civiles si han de quedar letra muerta? El mal de las leyes actuales no es que son injustas, sinó que no se cumplen. Con leyes civiles que no igualan al Código de las *Siete Partidas*, los Estados-Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la familia, mejor que los países mas bien codificados de Sud-América.

En este sentido, Chile y el Brasil han obrado con mas juicio que sus imitadores, porque no han pensado en Códigos civiles, sinó despues de tener gobiernos estables, capaces de hacer de la justicia y de la ley civil una verdad práctica.

Es lástima que el ilustre y grave Savigny, cuya doctrina figura citada entre las fuentes del Código argentino, no haya servido mas bien como

guia del autor y de su Gobierno en su grande idea de oposicion á la manía de dar Códigos civiles. El gran jurisconsulto aleman, que no era incapaz de hacer códigos, no los propuso ni los quiso para su país, que ciertamente no estaba tan escaso de preparacion como la República Argentina. «Lejos de que las leyes, es decir, las disposiciones expresas del poder constituyan el derecho, ellas pueden á menudo corromperlo y desnaturalizarlo, ha dicho Savigny. Ellas ejercen sobre todo su influencia por los códigos. Los códigos son una especie de programa legal, por el cual deroga el Estado todo lo que no está en él...» «Si se quiere promulgar un código útil, es necesario elegir la época en que la ciencia del derecho sea vigorosa y haya alcanzado su mas poderoso desarrollo. Un código no debe contener sinó los principios de donde emanan las decisiones de las especialidades; porque el derecho como la geometría, subsiste por puntos fundamentales y fecundantes».... «Redactad un código en una época en que la ciencia es débil y pobre, vuestro trabajo inconsistente, será funesto al país. El código promulgado parecerá regir la administracion de la justicia, y no la regirá...»

«Pocas épocas, segun esto, convienen á la sancion de un código...»<sup>4</sup>.

### III

#### **Del Código en sus relaciones con el espíritu que ha presidido á su composicion**

¿El proyecto de Código, ha obedecido en su composicion al espíritu natural de su instituto, como expresion de la revolucion de América en el Plata?

¿Cuál es la mente, cuál el espíritu que ha guiado al autor en la formacion de su trabajo? ¿Ha tenido en realidad una mente, un espíritu general y dominante? ¿Puede una ley dejar de tener ese espíritu, ser ciega y marchar como la fatalidad? Si una ley aislada no puede carecer de una mente, ¿pueden dos mil leyes, por razon de su número, carecer de una mente comun y general?

---

<sup>4</sup> Savigny, *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la jurisprudencia*.

El autor del Código argentino, no se ocupa de decirnoslo en el lugar en que era natural decirlo en la carta-prefacio que figura al frente de su obra, sirviéndole de explicacion general. Y lo probable es, que no habla de ello en el prefacio, porque no ha pensado en ello al trabajar su Código. Sus palabras mismas parecen confirmar esta suposicion.

«¿Qué es un Código Civil? ¿Cuáles son los derechos que debe abrazar la legislacion civil?», se ha preguntado él mismo, y su respuesta ha sido: «*Únicamente los derechos relativos...*» «En un Código Civil no debe tratarse de derechos absolutos, como el de libertad, igualdad, seguridad».... Esta contestacion nos da la medida del Código en cuanto al alcance de su mente y espíritu.

Curiosa impresion la que hubiese causado en la Convencion Francesa, que se sentia llamada á cambiar la sociedad moderna desde sus cimientos por una nueva legislacion civil, si producida, en su seno la cuestion de, —¿qué es un Código Civil?— alguien lo hubiese definido, *un cuerpo de leyes que se ocupa de derechos relativos, no de derecho absolutos!*

El hecho es, que segun este modo de considerar el trabajo del legislador civil, el Código argentino se ocupará de todo, menos de los *derechos absolutos*, es decir, de los *derechos civiles del hombre*, que la Constitucion argentina declara como bases elementales de la familia y de la sociedad civil, de que la legislacion argentina no debe separarse, segun su art. 14.

En efecto, los derechos civiles llamados *relativos*, no son mas que un desarrollo y aplicacion variada que reciben en la vida práctica aquellos derechos, que se llaman *absolutos* únicamente en el sentido metafórico de *fundamentales, esenciales, naturales* del hombre: calidades que no excluyen su relatividad esencial, pues no se concibe la idea de un derecho absoluto, siendo como es toda idea de *derecho*, correlativa de la idea de *obligacion*. Donde hay obligacion y derecho, hay dos personas libres, hay sociedad, hay derecho civil. El Código Civil, que olvida los *derechos absolutos*, es como la religion, que al firmar sus preceptos, olvida que hay un Dios.

El proyecto de Código argentino, parece haber dejado á los autores de su modelo el cuidado de distinguir entre *derechos relativos* y *derechos absolutos*, pues todos los derechos (relativos ó absolutos), no son los mismos en cuanto á su principio y modo de concebirse. La *democracia* los entiende de un modo, la *aristocracia* de otro y la *autocracia* de otro. Tomad, por ejemplo, el derecho relativo personal de *autoridad paterna*, ó el derecho relativo real de *sucesion hereditaria*, y vereis que cada legislacion

civil lo entiende de diverso modo, según el principio de su régimen político y social. Si cada teoría de gobierno entiende los derechos relativos á su modo, el Código Civil de una monarquía, no puede ser el Código de una república, y vice-versa; no puede la Constitución política ir hácia el Sud, y el Código Civil hácia el Norte. La dirección debe de ser comun como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podeis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho.

Así lo ha entendido la revolución democrática de América que, como la Revolución francesa, ha sido á la vez política y social. Ella ha tenido en mira el Estado y la familia<sup>5</sup>. La Constitución que codifica sus miras políticas y sociales en el Río de la Plata, consagra á la vez *los derechos naturales del hombre individual, y los derechos naturales del ciudadano ó del hombre político*<sup>6</sup>.

Los primeros están consignados en sus artículos de 14 á 20. Son los *derechos absolutos* de todo hombre que habita la República Argentina. Ellos constituyen el derecho fundamental de la familia democrática, de la familia de la revolución de América, de la familia libre y moderna. Ellos deben ser la mente constitucional del Código Civil argentino, que no puede tener otra que la de la Constitución misma, á saber: la democracia. El

<sup>5</sup> «La vérité est une et indivisible. Partout dans le corps de nos lois le même esprit que dans nos corps politiques, el comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité, ont présidé à la formation de la république, que l'unité, l'égalité président à l'établissement de notre code civil.» (Cambacérès, Rapport, fait à la Convention au nom du Comité de législation).

<sup>6</sup> Ella escapa en este punto á un error en que incurrió el proyecto de Código que desechó la Convención francesa: «La constitution a fixé les droits politiques des français. C'est à la législation qu'il appartient de régler les droits civils.» (Cambacérès, Rapport, etc.)

La Constitución Argentina es mas lógica cuando fija los *derechos políticos de los argentinos, y los derechos civiles de todos los habitantes del país*. Los derechos de trabajar, adquirir, enagenar, comerciar, navegar, transitar, etc., consagrados por los artículos de 14 á 20 no son *derechos políticos* sino *civiles* que la misma Constitución encarga á la legislación de desarrollar.

Código Civil para ser fiel á un instituto, debe ser la codificacion de la revolucion de América en los relativo á la familia y á la sociedad civil.

Si la revolucion hubiese olvidado lo civil por lo político, la familia por el Estado, habria olvidado lo principal por lo accesorio.

El Estado ha sido hecho para la familia y no la familia para el Estado, como lo prueba la cronología de su de su existencia histórica.

Si los derechos civiles del hombre pudiesen mantenerse por sí mismos al abrigo de todo ataque, es decir, si nadie atentara contra nuestra vida, persona, propiedad, libre accion, etc., el Gobierno del Estado seria inútil, su institucion no tendria razon de existir. Luego el Estado y las leyes políticas que lo constituyen, no tienen mas objeto final y definitivo que la observancia y ejecucion de las leyes civiles, que son el Código de la sociedad y de la civilizacion misma. Ellas constituyen todo el secreto de la grandeza pasada de Roma, y son hoy mismo, doce siglos despues de su desaparicion, el monumento inmortal de su gran renombre en la historia del género humano.

En el nuevo mundo, la sociedad civil tiene mayor importancia que la sociedad política, porque abraza el interés de todos los individuos que habitan el Estado. Los millares de inmigrados que aumentan su poblacion se hacen miembros de la sociedad civil desde que pisan el suelo americano.

Sin duda alguna el papel de la ley civil es mas importante que el de la ley política en la organizacion y desarrollo de la democracia, pues si la democracia no comienza por existir en la familia, jamás existirá en verdad en el Estado.

La democracia en la familia no es la anarquia, no es la negacion del poder paterno, como pudiera parecerlo. En la familia, como en el Estado, la democracia es la libertad constituida en Gobierno, pues el verdadero Gobierno no es mas ni menos que la libertad organizada.

La democracia en la familia, es el derecho distribuido entre todos sus miembros por igual. Ella quiere decir, todos *iguales* en el sentido de todos *propietarios*, todos *herederos*, todos con derecho á recibir *educación*. Todos *iguales*, quiere decir todos *libres*, el padre, la mujer, los hijos. La mujer no será la esclava, la doméstica, la pupila de su marido. La hija no será la mercancia de sus padres. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas, como el consulado de una República.

La autoridad del padre no será la negacion de la libertad del hijo, sinó su regla de direccion y desarrollo. La libertad de los hijos no será la negacion del derecho que su padre debe á la naturaleza para ser el interés

prete y el juez de lo que conviene al bien del hijo.

Así como la igualdad no es mas que la libertad de todos por igual, la *libertad* no consiste sinó en el gobierno de sí mismo. No somos iguales sinó cuando todos somos libres; no somos libres, sinó cuando nos gobernamos á nosotros mismos. Así la democracia nace y se forma en la familia, porque en ella aprende el hombre á conocer su derecho y á gobernarse á sí mismo. La familia democrática es la escuela primaria de la naturaleza, en que se hace el *hombre* de que se forma el *ciudadano*. La casa es el almácigo de la patria. Cuando el niño va á la escuela, ya lleva de su casa un sello, un molde moral que no le quitarán todas las escuelas del mundo.

Todos estamos de acuerdo en América sobre que á la educacion incumbe crear la democracia, decretada por la revolucion, pero olvidamos que la escuela favorita de esa educacion es la familia, y no el colegio, y que la ley que organiza la familia es la ley que realmente protege la educacion de la democracia.

Como el instrumento de la libertad es la *propiedad*, se sigue que la propiedad al alcance de todos es realmente la libertad en todos, es la igualdad, es la democracia. Organizando la propiedad, el Código Civil tiene en sus manos los destinos de la democracia moderna.

La propiedad no es inviolable si no lo es su fuente natural, á saber: el derecho al *trabajo libre*.

El derecho al trabajo, es decir, á llegar á ser propietario, es el derecho al comercio libre, á la navegacion libre, al tránsito libre, al cambio libre, al crédito libre, á la libre asociacion: faces y aspectos diversos del trabajo en que el derecho romano no vió los manantiales naturales y únicos de la propiedad accesible á todo el mundo. ¿Puede un Código de América, calcado en ese molde, entender y organizar la propiedad como el cetro de la democracia moderna?

Tales son los *derechos civiles absolutos* en que reposa la sociedad civil argentina por la Constitucion fundamental que la rije, segun sus artículos de 14 á 20. Los *derechos civiles relativos* no son, ni pueden ser mas que el desarrollo, aplicacion y derivacion, hecha por la legislacion civil, de esos derechos absolutos *declarados*, no *creados*, por la Constitucion.

Puede un Código Civil argentino prescindir de los unos al ocuparse de la organizacion de los otros? El artículo 14 de la Constitucion obliga á la ley civil á ser un mero reglamento del ejercicio de esos derechos esenciales de la *sociedad civil* argentina.

¿Ha seguido este plan el *proyecto de Código Civil*? El autor nos declara que no se ha ocupado de esos derechos absolutos sugeridos por la Constitución de su país, como derechos elementales de la familia y de la sociedad civil argentina. Luego su Código, considerado en abstracto puede tener todo el mérito científico que se quiera, sin que eso le impida ser en cuanto á su *credo social* un Código ateo, sin fé política, sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne, sin mira, ni mente nacional, que tanto puede ser Código de un imperio, como de una república, del Brasil, como del Plata.

Es el grande inconveniente natural de los Códigos dados para países nacientes: tienen forzosamente que ser cópias sobre un punto en que toda cópia es imposible.

¿Con qué espíritu ha podido el proyecto prescindir de la Constitución y de los derechos constitucionales en que ella hace reposar la familia argentina por sus artículos de 14 á 20? ¿Es por no fundar una obra permanente en una Constitución aceptada de mala voluntad que espera todavía alterarse en el sentido de su reforma de 1860? No faltan ejemplos de esa táctica. La *Asamblea legislativa* en Francia se abstuvo de dar curso á un proyecto de *Código Civil*, que debía dar estabilidad á la Constitución de 1791, dada por la *Asamblea Constituyente*, por un cálculo de hostilidad contra la Constitución que no expresaba sus miras de partido.

Si tal ha sido la mira del proyecto de Código Civil argentino en prescindir de los derechos absolutos que la Constitución le da por bases obligatorias, su error no puede ser mas grande, pues se trata de la democracia, no de la Constitución, en ese olvido. La Constitución no es la causa productora de la democracia, sinó su efecto y resultado. Escrita ó nó, olvidada ó no la democracia es el derecho natural del Nuevo Mundo, y toda ley (civil ó política) que deje de ser su expresion será ley efimera, caduca y muerta desde antes de nacer. No es la Constitución lo que ha olvidado el Código, es la revolucion, es el nuevo régimen de América, de que son el credo civil y social los derechos absolutos, repetidos por la Constitución argentina en sus artículos de 14 á 20.

## IV

### El Código en sus relaciones con el método que ha presidido á su composicion

«El método que debía observar en la composicion de la obra, nos dice el Dr. Velez, ha sido para mí lo mas dificultoso y me ha exigido los mayores estudios.»

Qué resultado han dado esos estudios que no se sabe por qué quiso imponerse? Que no debía seguir el método de la *Instituta* de Justiniano porque es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza. ¿A causa tal vez de que la *Instituta* misma es el mas célebre libro de enseñanza jurídica que presenta la historia, seguida en las escuelas por quince siglos, y calcados en ella los mas célebres códigos modernos, desde el Código francés hasta el Código de Chile, el mas moderno de todos? ¿es esta una razon para desconfiar de la eficacia de su método para la enseñanza?

Inútil parece agregar que los códigos no son hechos para producir libros elementales de enseñanza, sinó para gobierno de las naciones.

Tampoco ha merecido la simpatia del Dr. Velez el método del Código Civil francés, y él nos dá una razon desconocida hasta aquí, de su divergencia.—«En el Código de Napoleon, dice, y en los códigos que lo toman por modelo, no hay ni podria haber método alguno. Un solo artículo de un código puede decidir de todo el sistema de su composicion. El artículo del Código francés que hace del título un modo de adquirir, y dá á los contratos el efecto de trasferir el dominio de las cosas, acaba con los derechos personales que nacen de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del Código creaba ese solo artículo.» Segun esta afirmacion del Dr. Velez, para que un código sea susceptible de algun método es preciso que haya derechos personales nacidos de la obligacion y del contrato; y para que estos derechos existan, es preciso que no exista la doctrina subversiva de todo método, que hace del mero contrato un título traslativo de la propiedad de los bienes.

El Dr. Velez cree que este remedio es fácil, es decir, que la supresion de esta doctrina es posible y aún la dá como realizada por la jurisprudencia en Francia, acerca de lo cual está mal informado mi honorable compañero.

No es un mero artículo casual el que modifica el método del Código

francés; es un principio en que reposa toda una revolucion sobre la trasmision de la propiedad y del dominio de las cosas. No es el Código francés el autor de ese cambio; es el espíritu de esta época, que tiende á fundar toda la sociedad civil en la reorganizacion de la propiedad sobre bases diferentes de la propiedad romana.

Llamada á multiplicarse por el número de los hombres y á engrandecerse por la circulacion, la propiedad moderna, democrática en su rol social, necesitaba dejar las solemnidades romanas que relacionaban sus menores cambios con los de la Constitucion política del país.

Hoy somos dueños de una cosa, porque la hemos comprado ó heredado, no meramente porque nos ha sido *trasmitada*.

La trasmision ó *tradicion material*, no es mas que el símbolo material y grosero de la transferencia del dominio, hecho moral como el mismo dominio trasmitado. El derecho de propiedad, como cosa abstracta é inmaterial, debe trasmitirse por un acto análogo, es decir, inmaterial, abstracto como es la *obligacion* y el *contrato*, que es un acto de la voluntad inteligente y libre. La tradicion material es apenas un símbolo grosero de ese acto, propio del derecho primitivo.

La introduccion de este principio no hace imposible el método, sinó que sustituye un método á otro. El del Código francés es eminentemente lógico.

El que lo haya abandonado el profesor Zachariae para la composicion de su curso escolar, no es una razon para excluirlo de un código. Zachariae ha hecho un curso universitario, no un código; un libro de ciencia no de legislacion. El mismo hace un mérito á los autores del Código francés de haber tenido presente la diferencia entre el método de la ciencia y el método de la ley. La ciencia y la ley no van al mismo fin; su camino no puede ser el mismo. La ciencia investiga la verdad desconocida, la ley sabe la verdad que le conviene, y la promulga para que se observe no para que se discuta<sup>7</sup>.

En su vocacion política, la ley se aparta á menudo de la verdad científica y se acomoda á la preocupacion, si ella puede servirle para ser mejor conocida, comprendida y observada.

---

<sup>7</sup> "Ce n'est nullement la vérité qui doit être la mesure de la loi et du droit dans le régime moderne. Les lois sont essentiellement fondées sur l'utile."

Las leyes, como los rios, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho, lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el mas corto. El mundo moderno ha tomado al pasado el método y planta de sus códigos, como el de sus ciudades y edificios: no por su perfeccion absoluta y abstracta, sinó mecánicamente, sin exámen, como una parte de su educacion y un legado de su modo de ser.

El primer mérito de un método, es el de ser ya conocido; cuando no se trata de investigar una verdad desconocida. En ciencias de investigacion, la cuestion de método es cuestion de ser ó no ser, porque el método que no nos lleva á la verdad, nos aleja de ella. En la clasificacion de las leyes positivas, el método es otra cosa. Poco importa que los derechos personales estén colocados á la izquierda y los reales á la derecha, ó vice versa, con tal que todos estén colocados en un órden que facilite su inspeccion. Lo demás es cuestion de etiqueta, no de método, y los derechos democráticos no riñen por razon de gerarquía, porque todos son iguales y hermanos á los ojos de la ley.

Un método segun el cual se ha compuesto los comentarios mas célebres y luminosos de la legislacion conocida é imitada por los códigos modernos, merecia ser conservado por esa sola razon de utilidad. Peor para el código oscuro y secundario que se separa de la gran ruta comun; pues se verá desorientado de sus comentarios y comentadores naturales, mas antiguos que su sancion misma.

Así pues en tanto que el país de Descartes, de Pascal, de Cuvier, de Laplace, de Arago, y de cien pensadores que han contribuido á educar la inteligencia moderna; en tanto, digo, que la Francia moderna no ha tenido la fortuna de concebir para su Código Civil un método que satisfaga al autor del proyecto argentino, ¿cuál ha sido por fin el método afortunado que le ha satisfecho del todo?

«Yo he seguido, nos dice él mismo, el método tan discutido por el sábio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introduccion á la recopilacion de las leyes del Brasil.» —El señor Freitas ha destronado en la predileccion del ilustrado codificador argentino á los *Caius*, á los *Tronchet*, á los *Portalis*, á los *Meleville*.

Como el Dr. Velez no nos dice en qué consiste el mérito de ese método, y como la Recopilacion de leyes del Brasil no tiene la espectabilidad y difusion que merecia tener segun él en las bibliotecas de la Europa, no podemos juzgar del método del jurisconsulto brasilero, sinó por el método

seguido á su imitacion por el juriconsulto de Buenos Aires: es decir, *personas y cosas, contratos y sucesiones*; en lugar de *personas y cosas, sucesiones y contratos*.

En obsequio de la verdad, debemos admitir que la variacion es menos alarmante para la suerte del Código argentino que no haria creer el lenguaje independiente de su autor. Bien que no estando acabado el Código que sirve ya desde antes de su sancion de modelo al Código argentino, no es posible formar una opinion definitiva acerca del método de este último, que tambien espera su terminacion.

## V

### El Código y el plan seguido para su composicion

El autor del Código usa de las siguientes locuciones, que dan lugar á una reflexion seria:

«He dejado un título que se halla en todos los Códigos: *De los registros del estado civil de las personas*.... He dejado tambien el título de la adopcion.... He dejado tambien el título de la escusacion de los tutores.»

Al oir este lenguaje, se diria que el Código argentino era la reforma de un Código anterior que le servia de término de comparacion y referencia. Pero como es notorio que la República Argentina no tiene un Código Civil á la francesa, dividido en *libros, títulos, capítulos y artículos*, lo único que revela involuntariamente por esas locuciones el autor del proyecto, es que su trabajo carece de originalidad, y que con todas las pretensiones de independenciam no es mas que la imitacion de un modelo extranjero, y que el autor toma ese modelo que no nombra, pero que tampoco olvida, como una especie de ente absoluto, dotado de una contextura anatómica especial, en que el número de títulos y artículos y materias, es como el número de huesos, tendones y vértebras de un ser viviente, de tal ó cual especie. Ese modelo ideal, que parece haber gobernado al autor, segun su propia confesion indirecta, no es otro que el Código Civil francés, calcado á su vez, en cuanto á su método, en la *Instituta* de Justiniano, é introducido en el Plata por las aduanas de Holanda, Cerdeña, Chile, Brasil y Alemania, pues el profesor Zachariae, citado como fuente alemana, no lo es de ningun modo, en atencion á que su obra es un mero curso de derecho civil, francés, y no de derecho aleman.

Por lo demás, no es un mero *título* lo que ha dejado el autor, omitiendo estatuir sobre los *registros del estado civil de las personas*: es una parte de la soberanía civil de la República Argentina, dejada en manos del rey de Roma, Supremo Pontífice de los católicos; incurrir en esa omisión era dejar á la República Argentina en la condicion de colonia ultramontana, no en lo religioso, sinó en el mas temporal de los objetos del Código Civil de una nacion libre y soberana, á saber: la constancia y prueba de la legitimidad de los hijos y de los padres, de la legitimidad de los matrimonios, de la legitimidad de la propiedad adquirida por herencia, el padron de la familia: enorme omisión que deja en pié la edad media de la Europa y todo el antiguo régimen colonial en un estatuto, sin el cual los derechos civiles mas esenciales de un argentino quedan como el aire.

Si el *estado civil* es la condicion social en virtud de la cual goza el hombre de ciertos derechos, la incertidumbre de ese estado deja en problema el goce de sus derechos de marido, de esposa, de hijo legítimo, de viuda, de heredero, de huérfano, etc., etc.

Con razon la Revolucion Francesa dijo por órgano del *Comité* de la legislacion de su famosa *Convencion*, al redactar su proyecto en que descansa el actual *Código de Napoleon*: — «Les rapports établis entre les individus qui composent la société constituent l'état des personnes. La législation doit donc régler les dispositions et les formes des naissances, des mariages, des divorces et des décès. L'homme naît et meurt à la patrie; la société doit le suivre dans les principales époques de sa vie.»

La causa de esa omisión en el proyecto argentino es bien conocida aunque no se hable de ella: es el temor de romper con los fueros de origen eclesiástico y con las prácticas del derecho canónico; ó mas bien, con los escrúpulos religiosos de los argentinos, heredados á su régimen pasado. Ese temor prueba un hecho tal vez cierto, y que en Sud-América no ha madurado el tiempo de retirar ese poder á la Iglesia, como en otras naciones católicas de la Europa mas adelantada se ha hecho, tales como Francia, Austria, Bélgica, y que la República Argentina, acometiendo prematuramente esa obra, olvida el consejo sábio de Savigny sobre que la sancion del Código debe ser precedida de un poderoso desarrollo de la inteligencia y de la civilizacion del país para ser eficaz.

A qué dar *Códigos Civiles*, que han de ser meros trajes franceses de moda puestos al viejo derecho civil de otros siglos? Mejor seria quedar en ese punto como los Estados-Unidos, que no han cambiado sus antiguas leyes civiles por medio de Códigos, sinó gradual y parcialmente, con

excepcion del último y mas atrasado Estado de la Union, la Luisiania, donde los negros fueron clasificados entre las *cosas* ó propiedades de dominio civil.

Al oír: *he dejado, he suprimido, he omitido*, se diría que el autor habia dado á su obra el laconismo y la concision esenciales de un Código de libertad; pero no ha sido así, segun lo confiesa él mismo. El autor ha agregado mas que lo que ha omitido.

«A todos los títulos referentes á las personas (nos dice), he dado una mayor extension que la que regularmente tienen á fin de que materias muy importantes se hallasen completamente legisladas.»

«Y he agregado seis ó siete títulos que no se hallan en los Códigos sobre algunas materias principales del derecho, respecto de las cuales solo se advierte algunas pocas disposiciones dispersas.»

Agregar seis ó siete títulos, significa incluir seis ó siete materias nuevas en la que constituye el fondo ordinario de los Códigos Civiles. Es sensible que un Código de ensayo, como debe ser todo el de un país nuevo, no haya creído mas prudente disminuir que aumentar el número de las materias.

Los Códigos de libertad deben ser cortos. En esto están de acuerdo la Convencion francesa y el jurisconsulto Savigny, es decir, el entusiasmo y la ciencia. La Convencion desechó el proyecto de Código redactado por Cambacérès por largo, y se componia de 500 artículos<sup>8</sup>. Era natural que mas tarde el Código Civil imperial contuviese 2300.

En un país libre ó formado para serlo, la mitad de la obra del legislador queda reservada en la mano de cada hombre. Ser libre es legislarse á sí mismo en la mayor parte de los negocios de la vida.

El Dr. Velez nos habla de materias nuevas muy importantes, que se *ballarán completamente legisladas* en su Código. *Completamente legisla-*

---

<sup>8</sup> «Ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un Code qui préviendrait tous les cas. Beaucoup de lois, a dit un historien célèbre, font une mauvaise République; leur multiplicité est un fardeau, et le peuple qui est accablé, souffre presque autant, de ses lois que de ses vices.»

(Cambacérès, Rapport.)

La idea de un Código representa en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislacion numerosa y complicada. Así un *Código largo* es un contrasentido.

*das*, en qué sentido? — en el de perfectamente, acertadamente, sábiamente? La modestia de mi hábil amigo no me permite creer que abrigue una pretension que seria temeraria en Troplong ó Savigny. Ellos al menos no se valdrian de esa palabra tomada en el sentido de *perfeccion*.

Lo creible es que haya querido decir, *abundantemente, copiosamente, sobradamente* legisladas. Esta calidad es la mayor recomendacion de la ley de un país governdo á la antigua española, es decir, por el despotismo ilimitado, que hace profesion de intervenir y legislar hasta en actos mas íntimos y mas insignificantes de la vida civil. De todas las abundancias y profusiones de este mundo, Dios libre á mi país de la profusion legislativa: es la única riqueza que causa horror á la libertad y sobre todo á la riqueza misma.

No cada artículo representa una libertad, para que un Código se tenga por mas libre cuanto mas voluminoso. Al contrario, cada artículo de mas es una libertad de menos. Para consagrar una libertad no se necesita el artículo de un Código; basta, al contrario, su omision.

En un país que se pretende libre, la libertad se presume, la restriccion se expresa. Para las leyes es el proverbio árabe que dice: — si la palabra es plata, el silencio es oro. El silencio de la ley es la voz de la libertad. Un grueso Código es un catafalco monumental, elevado á la libertad difunta.

## VI

### **El Código en sus relaciones con las fuentes, modelos y autoridades que han guiado al autor en su composicion**

Conviene oir lo que el autor del Código nos dice sobre las fuentes y modelos en que se ha inspirado para su trabajo.

«Para este trabajo he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América, y la legislacion comparada del señor Seoane. Me he servido *principalmente del proyecto de Código Civil* para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja á los Códigos europeos, *y sobre todo del proyecto de Código Civil, que está trabajando para el Brasil* el señor Freitas del cual *he tomado muchísimos artículos.*»

«Respecto á las doctrinas jurídicas que he creido necesario convertir en leyes (para resolver antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsul-

tos, ó legislar en puntos de derecho que debian ya salir del estado de doctrina), mis guias principales han sido los jurisconsultos alemanes *Savigny* y *Zachariae*; la grande obra del señor Serrigny sobre el derecho administrativo del Imperio romano, y la obra de Story, *Conflict of Laws*»

Segun estas palabras del autor, su Código viene á ser la conversion en ley argentina de doctrinas jurídicas, sacadas del dominio de la ciencia extranjera y una especie de sancion argentina dada á dos *projectos* extranjeros de Código Civil.

No será la novedad en tal caso lo que falte al Código argentino inspirado en tales fuentes, sinó al contrario, la autoridad de la experiencia que no tienen ni pueden tener los proyectos de Código en igual grado que los Códigos sancionados y probados por una larga práctica; ni las doctrinas que no han pasado todavía del terreno de la ciencia al de la ley positiva.

Los que no son sinó *projectos* de ley en la monarquía del Brasil y en la de España, serian el *Código Civil* de la República Argentina, antes de saber si España y el Brasil mismos los encuentran dignos de su sancion, y antes de saber si la experiencia los declara dignos de imitacion.

¿Qué motivos han podido determinar al autor del *projecto* argentino para servirse de estas fuentes extranjeras, y no de las fuentes naturales y normales de un Código argentino? Oigamos la explicacion que nos dá él mismo á este respecto.

«En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislacion, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislacion original, nacida con la nacion, y que con ella crecia, podíamos ocurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los autores citados.»

Así el doctor Velez ha tenido presente para su obra todos los Códigos de los dos mundos, todas las doctrinas de la ciencia, excepto las fuentes naturales del derecho civil argentino.

¿Pero existen fuentes argentinas de que pueda salir un Código civil? Mas abundantes y mejores que las que pueden tener España y el Brasil. No es cierto que la Nacion argentina carezca de una legislacion propia, nacida con la nación y desenvuelta con ella. Tiene dos legislaciones originarias á falta de una, como tiene la Nacion dos existencias: una que empieza con la conquista operada por nuestra raza europea y por su instalacion victoriosa en el suelo americano; otra que empieza y se desenvuelve con la República independiente de todo poder respecto de España.

¿Por quiénes se nos toma á los argentinos cuando se nos llama

*Nacion sin legislacion propia?* No somos los americanos indígenas, de la raza *pampa*, ó *guaraní* ó *aimará*, para que nos falte una legislacion propia. Somos una raza culta, procedente de la Europa civilizada; somos la raza conquistadora, no la raza vencida. Como nacion americana é independiente del pueblo español, tiene la República Argentina, desde su origen, una legislacion que, si no es apropiada á su Gobierno actual democrático, es al menos tan suya propia como lo es de España misma. El Doctor Velez conoce esa legislacion mejor que nadie. En ella justamente es *doctor en leyes*, y tiene á cada paso que citar, para la composicion de su Código, esa legislacion histórica que dice, por otra parte, no existir. Esa legislacion es una de las mas adelantadas de la Europa civilizada, y lo que le faltaba en los tiempos modernos, se lo ha agregado la revolucion de América por sus Constituciones y por su legislacion intermediaria, que representan en el Plata la traduccion americana de las revoluciones liberales de la Europa moderna.

En efecto, ademas de la legislacion civil hispano-argentina, la Nacion tiene tambien su legislacion *intermediaria* enteramente patria y argentina, promulgada durante la revolucion, la cual se compone de sus Constituciones, de sus leyes administrativas, de sus tratados, de sus leyes comerciales y civiles modernas.

Todas esas fuentes han sido puestas á un lado por el autor del proyecto de Código argentino, si hemos de estar á sus palabras, en lo cual, lejos de imitar el proceder de Justiniano, como pretende, lo ha invertido del todo; pues el Código romano es el resúmen de toda la antigua y moderna legislacion de Roma, de sus Constituciones y de su literatura jurídica, pero propia y nacional, no de la literatura de autores y países extranjeros, como la que pone en contribucion el autor del Código argentino para escribir el Código de su país. Así habria imitado el proceder de Napoleon I, al dar un Código Civil para la Francia, pues el mismo Zachariae, al exponerlo en su libro, demuestra que ese Código tiene por fuentes y orígenes el derecho consuetudinal de la Francia, las ordenanzas de sus reyes anteriores á la revolucion, el derecho intermediario dado por la revolucion, el derecho romano considerado como razon escrita apesar de haber sido ley de la Francia misma.

Con elementos y orígenes tan extraños á la Nacion Argentina, un Código puede tener cuanto mérito abstracto y metafísico se quiera, pero raro será que tenga el de las buenas leyes, que no son las mas perfectas en abstracto, sinó las mas apropiadas á la capacidad y carácter del país que

debe recibirlas.

¿Qué mira ha podido conducir al Doctor Velez en esa desviacion de las fuentes naturales del derecho civil argentino? Difícil es saberlo.

La eleccion de Story, *Conflicts of Laws*, entre sus fuentes favoritas de doctrina para la composicion de su proyecto de Código Civil argentino nos haria creer que el Doctor Velez ha tomado á lo sério y como órden definitivo de su país, ese estado de cosas impropriamente llamado *Federacion argentina*, el cual representa en política la idea opuesta y antagonista de lo que es un *Código* en materia civil. La idea de *Código Civil federal* es un contrasentido. Toda idea de *Código civil* implica la idea de unidad nacional; la de *federacion*, al contrario, significa diversidad, multiplicidad de Estados, y por tanto de legislaciones y Códigos. Los Estados Unidos de América, pueden tener tantos Códigos como Estados. La posibilidad legal y constitucional de ese hecho, explica la existencia de los conflictos recíprocos de esas legislaciones de Estado de que Story ha hecho el objeto de su libro de *derecho internacional privado*. Pero esos conflictos, que pertenecen al derecho de gentes, mas bien que al derecho civil, no pueden existir en el seno de una nacion que ha sido unitaria en legislacion civil desde antes de su creacion, y que sigue siéndolo apesar de su federacion nominal y aparente, en el hecho de querer darse un Código Civil uniforme y unitario para todas las Provincias de su territorio. Tal Código seria la negacion implícita y tácita del hecho ficticio de una diversidad ó multiplicidad de Estados soberanos, que no existen propiamente, pues en realidad lo que se toma por tales Estados son *Provincias interiores de una nacion*, como se llaman ellas mismas por las palabras de su *Constitucion nacional*.

Hay, por lo tanto, el derecho de ver en el uso que se hace de la autoridad y de la doctrina internacional de Story para el proyecto del Código Civil argentino, una nueva prueba involuntaria de que el Código Civil inspirado por Buenos Aires, lejos de tener como todo Código por mira un trabajo de unificacion ó centralizacion del país, tiende por el contrario á relajar su consolidacion interior, aparentando hacer todo lo contrario.

Si los Estados Unidos han continuado teniendo tantas legislaciones civiles como Estados, es porque las tuvieron antes de unirse en federacion, y porque su federacion misma es de tal naturaleza que les permite conservar esa variedad legislativa.

En este punto el proyecto de Código Civil es consecuente, por su espíritu, con los *pactos de Noviembre y de Junio* y con las reformas hechas

en virtud de ellos en la Constitución nacional de 1853, con el fin de descentralizar el poder político de la República Argentina en el interés de una Provincia y de los aliados extranjeros de esa Provincia, á punto de hacer posibles legalmente los conflictos de que se ocupa Story.

## VII

### **El Código Civil en sus relaciones con el sistema de gobierno de la República Argentina**

“Las leyes, dice Montesquieu, deben ser de tal manera apropiadas al pueblo para quien son hechas, que es una gran casualidad si las de una nación pueden convenir á otra.”

“Es preciso que ellas se refieran á la naturaleza y al principio del Gobierno establecido, ó que se quiera establecer, sea que ellas lo formen, como hacen las leyes políticas, *sea que lo mantengan, como hacen las leyes civiles*⁹.

En efecto, las leyes civiles no son sinó leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución nacional, que consagran los derechos naturales en que se fundan la familia y la sociedad civiles; tales son las que se refieren al estado de las personas, á la propiedad, su goce y trasmision por sucesion y por convenio, y á la sociedad civil en general.

Segun esto, el Código Civil argentino debia ser el cuerpo metódico de leyes que organizan *los derechos civiles* concedidos á todos los habitantes de la Nación por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos concedidos á todos los habitantes de la Nación, sean nacionales ó extranjeros, no son derechos políticos, sinó derechos civiles; y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del gobierno establecido ó que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino, como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política, y de no ser así, tiene que ser un

---

⁹ Esprit des lois. liv. I, cap. III.

fuerte avanzado del antiguo régimen contra su estabilidad.

Es extraño, sin embargo, que el Ministro que mandó hacer el proyecto de Código, y el jurisconsulto que lo ha ejecutado, hayan olvidado ese apoyo obligado y necesario del Código Civil argentino, á punto de consultar para su formacion todas las leyes del mundo extranjero, menos la ley *fundamental* de la República Argentina, de que el Código Civil debía surgir todo entero como de su fuente natural y genuina.

Expresion del nuevo régimen democrático, creado por la revolucion de América, la Constitucion es la ley de todas las leyes de la Nacion, tanto civiles como políticas y administrativas, y ninguna de ellas puede establecer cosa alguna sin recibir su inspiracion y espíritu del Código fundamental.

«Los principios, derechos y garantías reconocidos en los anteriores artículos (los citados), no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio», dice el artículo 28 de la Constitucion argentina.

¿Cuáles pueden ser esas leyes reglamentarias del ejercicio de esos derechos civiles, sinó las leyes civiles de la República?

Reformar nuestro antiguo derecho civil español porque era monarquista y contrario al nuevo régimen, como dispone el art. 24 de la Constitucion, y traer para instalar en su lugar el derecho civil de monarquías extranjeras y rivales, en cierto modo, como las del Brasil y España, lejos de organizar las miras de la Constitucion, es reaccionar contra ellas y restaurar indirectamente el sistema derrocado en 1810. El derecho civil, como la Constitucion de que ha de ser un derivado estricto, debe ser la expresion codificada de la revolucion democrática que dió nacimiento y sér á la Nacion argentina. Esa es la mente del art. 28 de la Constitucion. Las leyes de una monarquía no pueden convenir á una república en todo lo que tenga relacion con la potestad paterna, v. g., con el derecho de los menores, con el sistema hereditario, con la constitucion de la familia democrática y republicana.

La madre de familia brasilera, el hogar doméstico basado en el servicio servil, el súbdito de un imperio, el fidalgo aristocrático y privilegiado por la legislacion monarquista del Brasil, ¿serian los modelos de que deben ser copias las madres argentinas, las familias argentinas, los ciudadanos de la democracia argentina?

El autor del Código está obligado á demostrar que cada una de sus disposiciones es el desarrollo, la deduccion y aplicacion en lo civil del Código de los Códigos, de la *ley suprema* y fundamental de la República, á

la organizacion civil y social del país; ó que al menos, ninguno de sus artículos contraviene á la obligacion que la Constitucion (art. 28) impone á toda ley civil argentina de respetar sus bases obligatorias y fundamentales.

Eso habria hecho de su trabajo una verdadera creacion original de tanta utilidad para su país, como para el resto de América.

Si sus fuerzas le han permitido sacudir la tradicion del derecho civil hispano-argentino, resolver por numerosos artículos problemas difíciles que dividian el mundo jurídico, convertir en leyes para los argentinos, doctrinas flotantes en las escuelas jurídicas de Alemania, ¿por qué hubiera sido mas difícil á la fertilidad é independencia de su talento convertir la doctrina y el principio democráticos de la Constitucion argentina en legislacion civil de los argentinos?

Solo de ese modo habria quedado satisfecha por ese Código la Constitucion argentina, cuyo art. 24 dispuso lo siguiente: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislacion en todos sus ramos.»

Pero el proyecto de Código Civil, no solo ha olvidado en la Constitucion que debia servirle de base, la *democracia*, es decir, el *fondo* del gobierno político y civil de la República Argentina, sinó tambien la *federacion*, es decir, la *forma*. El Código es, por sí mismo, una derogacion del federalismo de la Constitucion, que excluye radicalmente toda idea de un Código Civil. Una *federacion* (y con doble razon una confederacion), es una liga ó union de Estados soberanos que conservan toda la parte de su soberanía no delegada á la union, y cuya delegacion es revocable, y rescindible, como toda liga. Este modo de existir implica esencialmente la idea de tantas legislaciones civiles como Estados contiene la confederacion. Es lo que nos ofrece el ejemplo de las tres federaciones célebres que existen en el mundo. Ni los Estados Unidos, ni la Confederacion Suiza, ni la Confederacion Germánica tienen Códigos Civiles federales. La excepcion haria de la República Argentina en este punto, una monstruosidad política.

Es verdad que la Constitucion atribuyó al Congreso la facultad de dar un Código Civil. Pero el autor del proyecto de Código, no negará que ese artículo fué virtualmente revocado por las 22 reformas hechas á su texto en 1860, mediante las cuales fué despojada esa Constitucion de todo lo que tenia de centralista ó nacionalista para acercarla (segun ellos) á la Constitucion de los Estados Unidos, declarada por los colaboradores de la reforma (el Dr. Velez, el general Mitre, el señor Sarmiento), el *gran modelo*, el *ideal abstracto* y perfecto del cual era una insensatez el pretender

separarse en la Constitución de la República Argentina.

Antes de la reforma que descentralizó el Gobierno Argentino mas que lo que ya lo estaba, la idea de un Código no tenia mucho de incompatible con una Constitución que solo se llamaba *federal* porque descentralizaba un poco la unidad tradicional del gobierno político argentino, sin alterar esa unidad, dejada subsistente en el resto de la legislación.

Pero despues de la reforma que erigió en absurdo la idea de separarse en lo mas mínimo del *gran modelo* de los Estados Unidos, la idea de un Código Civil federal, que no entró jamás en la cabeza de un americano del Norte, seria un absurdo que solo tendria precedente en la organización que pretenden dar á la Confederación Argentina los imitadores irreflexivos de la federación de Norte-América.

Cuando se piensa en que los autores de la tentativa de un Código Civil son los mismos que lo hicieron imposible por su reforma de 1860, se pregunta uno: ¿cuál es su principio? ¿Son *unitarios federalistas*, ó son *federales* que quieren unitarizarse despues de haber maltratado la unidad histórica de su país? Es que no se mata la unidad vital de una nacion por medio de una simple Constitución escrita. Es tan difícil destruir una unidad cuando viene de la historia, como lo es el construirla artificialmente de países que fueron diferentes desde su origen. Si así no fuese, hace medio siglo que hubieran dejado de existir las Repúblicas del Plata, Bolivia, el Perú, Chile, etc., pues ninguno de esos Estados ha dejado de tener sus ocho ó diez Constituciones sucesivas desde la revolucion fundamental de 1810. La vida de un pueblo no es el resultado de una Constitución escrita; el pueblo debe su ser individual, su anatomía de cuerpo político á su alma comun, á su historia nacional, al vínculo de sangre y de territorio que lo hace ser una familia que no se confunde con otra; y su identidad de nacion queda la misma, aunque cambie cien veces de Constitución escrita y de forma exterior de gobierno, es decir, de traje y de nombre.

## VIII

### **El Código en sus relaciones con las necesidades económicas de la República Argentina**

Bien que los Códigos de comercio, de agricultura rural, de minas, se ocupen mas especialmente de esos ramos del trabajo industrial, no por eso el

Código Civil tiene menos intimidad con esas industrias y con los intereses económicos en general.

Es un error funesto para la riqueza del país, el creer que el Código Civil nada tenga que ver con su producción y distribución. La verdad es que el papel más importante del Código Civil es el de la organización de la propiedad y de la riqueza en que se basa el orden y el poder de las sociedades. La riqueza es un árbol cuyo ramaje está en el ambiente del derecho comercial e industrial, pero cuyo tronco y raíces están en el terreno del derecho civil.

La más grande cuestión económica de Sud-América, que es la de su población, está ligada íntimamente con su legislación civil, y casi depende de ella.

El derecho civil de un país despoblado debe tener por principal objeto el poblarlo, mediante sus disposiciones dirigidas a este gran fin económico. En la República Argentina la ley civil recibe este papel de la Constitución misma, que ha sido concebida en general como para poblar su inmenso y desierto suelo. A ese fin ha hecho del extranjero inmigrado en el país un miembro de su sociedad civil desde el momento de su entrada en el territorio (art. 20), y ha declarado que el Gobierno debe fomentar la población por inmigraciones de la Europa (art. 25.)

Así el desarrollo de la población argentina, reconoce dos fuentes principales: — la familia y la inmigración. La familia de un país que se puebla principalmente por inmigrantes tiene a menudo que ser mixta, es decir, compuesta de miembros que divergen en religión y en nacionalidad. Su prole a cada instante dará lugar a las siguientes cuestiones: — cuál es la *religión*? cuál es la *nacionalidad* de sus hijos? La ley civil argentina encuentra en las previsiones de la Constitución de que está obligada a ser intérprete, las llaves de su solución, que son la libertad religiosa y la libertad de nacionalidad o la nacionalidad facultativa (art. 14, 19 y 20).

La ley civil argentina que olvida sus deberes constitucionales en ese punto, abdica su ministerio y traiciona su instituto. Esto es lo que parece olvidar el *proyecto de Código Civil* en ambos puntos esenciales a la paz y a la fertilidad de la familia argentina, cuando se abstiene de secularizar el contrato matrimonial, sin perjuicio de su carácter religioso<sup>10</sup>; de dar al po-

---

<sup>10</sup> «El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia católica», dice el art. IX cap. III, sección II, tít. I, del lib. I, del *proyecto de Código Civil* del Dr. Velez.

der civil la facultad exclusiva de hacer constar el *estado civil de las personas*, que nacen, que se casan y mueren en el país<sup>11</sup>, y de fijar las condiciones y garantías del *domicilio civil*, conforme al texto y al espíritu de la Constitución fundamental.

El supremo aliciente de la población en América es la propiedad, base del desarrollo de la familia y de la inmigración extranjera. Se puede decir que en la organización de la propiedad descansa todo el edificio de la democracia, levantado ó mas bien delineado por la revolución de América.

La propiedad no pasa de un fantasma seductor cuando no es inviolable por todos sus lados. Pero es un error el creer que solo pueda ser violada por los ladrones y por los Gobiernos tiránicos. El Código Civil instituido para protegerla puede por lo mismo violarla con mas impunidad que todos sus enemigos. Este es el pecado original de todos los Códigos calcados en el derecho romano con respecto á la propiedad.

Hija absoluta del trabajo libre, la riqueza moderna escapó del todo á las miras trascendentes del derecho romano que, al contrario, deshonoró el trabajo haciéndole propio del esclavo, y decoró el pillage y el latrocinio político con el rango de fuentes legítimas de la propiedad.

Pero la propiedad moderna difiere de la romana no solo en su origen y fuente, sino en su papel y destino, en la sociedad democrática y cristiana. En Roma ella formó el poder de la nobleza y del trono; en América es un instrumento de poder y libertad que pertenece á cada hombre. Accesible á todo el que puede producirla por su trabajo, ella es el brazo de la libertad democrática y de la soberanía del pueblo.

Territorial ó mobiliaria, la propiedad nace del trabajo y se agranda por la *circulación libre*, otra faz del trabajo, en que consiste el *comercio civil* con sus mil contratos accesorios y variados. La misma sucesión hereditaria, que es otro modo de circulación ó trasmisión de la propiedad, no desmiente ese su origen único y laborioso, pues ella es la adquisición mediata de una propiedad que debió su origen inmediato al trabajo de otro.

---

<sup>11</sup> El nacimiento de las personas, segun el *proyecto de Código Civil*, se probará por asientos públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades, ó *por lo que conste del libro de las parroquias*. (Tít. V. sec. I, lib. I). Así para el estado de nacidos, un sistema de prueba; para el estado de casados ó viudos, otro sistema, ó mas bien un doble sistema.

De los dos grandes modos de circulacion ó trasmision de la propiedad (la sucesion hereditaria y la convencion), el *contrato* es el modo favorito de la propiedad moderna, que es mas bien mobiliaria que raiz, y que siendo neutral por carácter es del todo agena de significacion política. La ley civil que regla la trasmision de la propiedad, no conoce su tiempo ni las condiciones de la riqueza moderna, si no se constituye simple traduccion de esa ley natural que gobierna el fenómeno de los cambios.

A mi ver el autor del proyecto de Código argentino desconoce este fenómeno, cuando se constituye éco de la crítica que ha despertado la grande y bella innovacion del Código Civil francés, que hace del contrato un título de trasmision de la propiedad. Este cambio no es invencion del Código francés, es un hecho económico de la riqueza moderna, de que la ley francesa se ha hecho expresion. La *tradicion* no es el origen real de la propiedad; lo es el *convenio*, es decir, la voluntad libre del propietario que cede y del propietario que adquiere; no necesita de dos orígenes. En este tiempo somos dueños de una cosa, no meramente porque nos ha sido *entregada*, sinó porque la voluntad libre de su dueño ha consentido en que por nuestra voluntad igualmente libre seamos su propietario en adelante mediante una causa verdadera. Dando a la propiedad raiz mayor movilidad en su circulacion que á la propiedad mobiliaria, ese cambio ha herido de muerte todo resabio de feudalidad territorial y del viejo espíritu aristocrático del Código romano, que rodeó de solemnidades la trasmision de la propiedad raiz, porque la propiedad territorial era base del poder político, concentrado en una clase privilegiada. La Revolucion francesa democrática é igualataria por esencia, cambió naturalmente ese principio que el Doctor Velez, intérprete de esa revolucion en la República Argentina, desearia ver eludido, por respeto acaso á la propiedad territorial que poco vale en países inmensos y despoblados. Si el nuevo principio tiene adversarios en Francia, es porque la economía política no es familiar á los sábios que cultivan el derecho. No decia un dia el célebre Dupin en pleno Senado que la economía política no era una ciencia? Por lo demas se equivoca el Dr. Velez cuando piensa que la jurisprudencia ha restablecido en el Código francés el principio añejo del derecho romano, que ademas del *convenio* exigia el requisito de la *tradicion* para transferir la propiedad.

El Doctor Velez no es consecuente en este punto consigo mismo. Comprendiendo el carácter racionalista y democrático del derecho moderno, desecha con razon las *ficciones* de la *muerte civil* y de la *adopcion*; y

sin embargo se empeña en conservar la ficcion igualmente añeja de la *tradicion simbólica*, formalidad grosera y embarazosa que desdice de la naturaleza moral del derecho de propiedad. La tradicion no es la *enajenacion* de la propiedad sinó el *símbolo material* de la enagenacion. La enagenacion es un hecho moral como la propiedad misma, y ese hecho no tenia necesidad para perfeccionarse sinó de otro hecho moral como él, el contrato.

Si el símbolo de la *tradicion* ha parecido esencial al autor del proyecto argentino para la trasmision del dominio, ¿por qué no ha exigido tambien el restablecimiento de la *estipulacion* romana como requisito esencial á la perfeccion del contrato? La innovacion francesa en lo tocante á las formas trasmisivas del dominio, es lo que la innovacion española que emancipó á la obligacion de todas sus formalidades exteriores. Esos cambios no son de esta ó aquella nacion: son del simple buen sentido del espíritu moderno<sup>12</sup>. ¿Puede la ciencia del pasado, que resiste su abrogacion, oponer resultados iguales á los que presenta el régimen contrario en los Estados-Unidos, donde se compra la tierra con la facilidad con que se compra un asiento en el teatro? Desenterrar la tradicion simbólica como requisito esencial de la trasmision del dominio en un tiempo en que una oficina de Lóndres, sin mas que con simples notas tomadas en los libros, hace circular en una mañana mas millones de pesos, que toda la propiedad de la antigua Roma en el espacio de un año, es realmente un anacronismo inconcebible.

Estos cuidados del legislador, son tanto mas necesarios, cuanto que en Sud-América, y particularmente en el Plata, existe una causa permanente de despoblacion que la ley civil es llamada á neutralizar y enervar por los medios indirectos que sugiere la ciencia de la legislacion. Esa causa consiste en la extrema benignidad del clima, en la fertilidad natural del territorio. Esta causa es tanto mas desastrosa en sus efectos contra la poblacion, cuanto que los sud americanos somos inclinados á considerarla

---

<sup>12</sup> "La spiritualisation du droit, suite de l'émancipation de l'élément plébeien (*democrático*), est un progrès et un bien...." "Dans le droit privé elle renverse toutes les formes, dont le symbole est la manifestation la plus expressive. Cette spiritualisation du droit privé a conduit la France à la suppression de la *tradition* dans la vente des immeubles, ce qui peut très-bien se justifier...." (Chassan. *Symbolique du Droit*, liv. II, ch. VII.)

al contrario, como un estímulo suficiente para dotar al país de los habitantes que necesita; y atenidos á ella sola, descuidamos las verdaderas causas de la poblacion, que no son otras que la libertad y la seguridad.

“Les pays (dice Montesquieu) ne sont pas cultivés en raison de leur fertilité, mais en raison de leur liberté; et, si l'on divise la terre par la pensée on sera étonné de voir la plupart du temps des déserts dans ses parties les plus fertiles, et de grands peuples dans celles où le terrain semble refuser tout.”

Pero esta libertad de cultivar la tierra en que estriba su fertilidad no es una libertad política, sinó una libertad civil, como todas las que Constitucion pone al alcance del cultivador favorito de la desierta América, que es el inmigrado procedente de países adelantados en el arte de cultivar la tierra, es decir de la Europa.

¿Cómo es tratado el inmigrado, por el *proyecto de Código Civil*, con respecto á esas libertades, que, segun Montesquieu, son las que deciden de la cultura territorial de un país, y de su poblacion por lo tanto? La Constitucion (artículo 25) dispone que el inmigrado de la Europa sea atraído al territorio argentino en vista del desarrollo de su poblacion; pero en vez de eso el *proyecto de Código Civil* entrega la suerte del inmigrado á los Códigos antiguos de las *Siete Partidas* y de las *leyes de Indias*, hechas como se sabe para alejar la poblacion extranjera, y estas leyes lo endosan todavia al *Derecho canónico*, que es derecho tradicional de Sud-América en muchos puntos íntimamente relacionados con la poblacion. Este punto, que es de un interés supremo para Sud-América, es el único en que sus Códigos modernos dejan de ser copia fiel de los Códigos monarquistas de Europa. ¿Será esto lo que se llama copiar con un juicio y discrecion equivalentes á una creacion original?

El inmigrante disidente que viene á cultivar la tierra de Sud-América, es decir, el alemán, el inglés, el suizo, quiere casarse y formar una familia en el suelo de su nuevo domicilio; la Constitucion se lo permite, pero el derecho canónico se lo impide si la novia es católica de religion, es decir, americana. “La ley (dice el *proyecto de Código Civil*), reconoce como impedimentos para el matrimonio ante la Iglesia Católica, los establecidos por las leyes canónicas (uno de los cuales es la disparidad de cultos); perteneciendo á la autoridad eclesiástica decidir sobre el impedimento y conceder dispensas de ellos.”

¿El inmigrado tiene un hijo que quiere hacer bautizar, ó cuyo nacimiento quiere hacer constar de un modo auténtico? Debe acudir para ello

al cura católico de la parroquia, según el proyecto de Código Civil, en tanto que los *registros públicos que para tal fin deben crear las municipalidades*, no estén creados.

¿El hijo del inmigrado europeo ha cumplido veinte años? La República le pone su escarapela, se lo apropia como ciudadano, y lo hace su soldado sin que el *proyecto* se ocupe de esto para nada.

¿Muere el inmigrado en la tierra que ha cultivado con el sudor de su frente? Esa tierra se opone á recibir sus restos en los cementerios católicos, si no abjuró su religion disidente antes de morir, no obstante la Constitucion que le permitió vivir con su religion y morir en ella en medio de católicos.

Tal es el estado en que deja las cosas que tanto interesan á la poblacion de la República Argentina el proyecto de Código Civil, que se abstiene de sacar del imperio exclusivo del derecho canónico la parte de la legislacion civil argentina á reglar el *estado civil de las personas* sin distincion de nacionalidad ni religion, conforme á los derechos absolutos, consagrados por la Constitucion de la República en sus artículos de 14 á 20.

Pero ¿puede la ley civil argentina eludir el derecho canónico en los puntos de su mixto y comun imperio de otro tiempo? Rige el *derecho canónico* en la República Argentina como ley de la nacion en los puntos en que se contradice con la Constitucion del país? Esta cuestion que afecta de frente á los intereses mas caros del progreso americano, no parece haberse presentado al espíritu del redactor del Código, si hemos de estar á su texto. Su solucion, sin embargo, no puede existir sinó en la Constitucion de la República, expresion de su régimen moderno.

En general, toda Constitucion que establece como religion de Estado la religion católica apostólica romana, admite las leyes eclesiásticas que constituyen el culto de esa Iglesia, es decir, el derecho canónico como parte integrante del derecho constitucional del país en las materias civiles que se tocan con la religion. Su legislacion civil tiene que ser mixta en todos los objetos de su instituto, que se relacionan con la religion constitucional del Estado.

Tal es el caso en que se encuentran las Constituciones de Chile, de España y del Brasil, aunque sus publicistas liberales resisten á las pretensiones de Roma, inconciliables con la soberanía nacional.

Los Códigos civiles de esos países, son lógicos en admitir el derecho canónico como formando parte de sus disposiciones en el reglamento de

la familia, del matrimonio y de la constitucion del estado civil de las personas, (nacimiento, matrimonio, divorcio, muerte) que se tocan con la religion.

¿Pero el proyecto de Código Civil argentino, imitando en este punto á esos modelos, es consecuente con la Constitucion argentina, que debe ser su base necesaria y única? ¿No se separa esta Constitucion de las de Chile, del Brasil y de España en materia religiosa, para acercarse mas bien á las de Francia y Bélgica? Ella declara por su art. 2º, que sostiene el culto católico apostólico romano, pero no declara que la religion católica es la religion del Estado. Sostener un culto, no es profesarlo. La Francia sostiene á la vez varios cultos heréticos, pero su Gobierno y la mayoría del país, profesan el católico apostólico romano<sup>13</sup>. La Nacion Argentina, es sin duda alguna profundamente católica, pero no lo es porque así lo mande su Constitucion, sinó por eleccion directa y libre de sus hijos, por tradicion, por educacion, por vocacion. No tenia necesidad de que una

---

<sup>13</sup> El sistema de la Francia á este respecto, se encuentra explicado en las siguientes palabras de Mr. Thiers, pronunciadas en un discurso reciente «Pour moi, au point de vue du législateur, tous les cultes sont égaux, je les respecte tous également, je ne reconnais à aucun d'eux des droits qu'un autre n'ait pas. Eh bien, de cette égalité, je vais déduire l'obligation de faire ce que nous avons fait.» Estas palabras no son de un católico dudoso. ¿A qué gestion aludia Mr. Thiers? A la ocupacion de Roma por el Gobierno francés. ¿Qué pedia en ese discurso Mr. Thiers? Que el Gobierno francés sostenga al Papa con su oro y sus soldados, á la cabeza del gobierno de Roma, contra las pretensiones absorbentes de Italia. Así la Francia, que no tiene religion de Estado, sostiene el culto católico en su seno, y sostiene además en su trono extranjero al jefe mismo de la Iglesia Católica. ¿En que interés? Mr. Thiers mismo lo dice. «Le premier des devoirs pour un gouvernement est de procurer au peuple la satisfaction des besoins matériels. Mais après vient la satisfaction des besoins moraux c'est-à-dire, l'instruction scientifique et morale. Mais les idées morales, pour leur donner plus d'autorité il faut les placer sous une sanction élevée. On les a donc mises sous la protection des idées religieuses. C'est la pratique de tous les peuples, de tous les gouvernements sensés et honnêtes. De là résulte les devoirs pour tout gouvernement nonseulement de respecter, mais de favoriser tous les cultes, car c'est ainsi qu'il donnera les plus grands appuis possibles au développement de l'instruction morale.» (Discurso pronunciado en la sesion del Cuerpo legislativo del 24 de Diciembre de 1867).

Convencion constituyente viniese á imponerle ó imbuirle su creencia religiosa.

Absteniéndose de hacer de la religion de sus padres una religion de Estado, al mismo tiempo que se impone el deber de sostener su culto, la Constitucion argentina ha tenido que seguir el único camino que le trazaban sus antecedentes obligatorios. No hubiese podido obrar de otro modo. Teniendo que confirmar la libertad religiosa, que ya estaba establecida por leyes y tratados internacionales anteriores á ella, la Constitucion no podia confirmar al mismo tiempo la vigencia de leyes incompatibles con esa libertad sin crear una causa oficial de disensiones interiores, y de conflictos internacionales.

El redactor del proyecto de Código argentino parece no haberse dado cuenta de esta diferencia fundamental, cuando ha tomado por modelos de su obra de legislacion civil los Códigos de Chile, y los proyectos de Códigos de España y del Brasil, en lugar de imitar á los de Francia y Bélgica en lo tocante al matrimonio y el modo de constituir y probar el *estado civil* en cuya virtud disfrutaban las personas que habitan la República de los derechos que les confiere el Código. Si la discrecion del que copia consiste á veces en copiar con independencia, otras veces consiste en copiar literalmente, y si á menudo se sirve á la libertad de América, copiando instituciones americanas, hay veces en que es mejor servida la libertad americana por las copias que se hacen á la Europa.

La Constitucion nacional argentina, que establece como base de la legislacion civil, la libertad religiosa consagrada por sus artículos 14, 19, 20 y 25, ha querido que en ese punto toda Constitucion de Provincia se conforme y subordine á sus disposiciones supremas (artículos 5, 31 y 106). De donde surgiria naturalmente esta cuestion delicada de discutir ¿puede una Constitucion de Provincia establecer religion de Estado, mientras la Constitucion nacional se limita á sostener el culto católico de los argentinos?

No intento discutir si es bueno ó malo que la Constitucion de un país decreta la observancia de una religion dada, como siendo la religion del Estado. Todo lo que á este respecto quiero señalar á los legisladores de mi país, es que cuando escribiendo ese artículo constitucional creen ocuparse de un interés meramente religioso y moral, deciden en realidad de los destinos temporales de la República en sus grandes cuestiones de civilizacion material, tal como la poblacion, la riqueza, el poder y el engrandecimiento del Estado, que tanto influyen en sus destinos morales y

en la suerte misma de su civilización religiosa.

En cuanto á la *nacionalidad* de las personas sobre que estatuye el derecho civil, el proyecto de Código se abstiene de reglarla. Limitase únicamente á reglar el *domicilio*. No procede así el Código francés, que define al frente de su primer libro, la nacionalidad de los franceses y de los que nacen en Francia sin ser franceses, en el título que trata *del goce y de la pérdida de los derechos civiles*.

El Código de Chile deja de seguir en este punto el ejemplo del Código francés, pero es porque la Constitución chilena hace esa definición en su capítulo IV. Como en este punto la Constitución argentina no imita á la de Chile, resulta del silencio observado por el proyecto de Código Civil, sobre este punto tan relacionado con la población, que ni la Constitución ni el Código Civil de la República Argentina se ocupan de definir y fijar las condiciones de las personas consideradas en su nacionalidad de argentinos ó de extranjeros para el *goce y la pérdida de los derechos civiles*. El autor del proyecto de Código argentino ha declarado no querer ocuparse de este punto ¿Será tal vez porque hay una ley especial que trata de la materia? Pero el objeto de un Código Civil es que no anden sueltas las leyes de esa importancia, cuyo lugar natural es el libro del Código que trata de las *personas*, según el uso recibido por la codificación de todas las grandes naciones.

Esta omisión deja de ser insignificante, si se recuerda que Buenos Aires hizo rehacer el tratado de reconocimiento que celebró la Confederación con España en 1860, porque consagraba el *principio de la nacionalidad facultativa* del hijo del extranjero nacido en el suelo argentino. En lugar de ese principio moderno, proclamado por la Revolución francesa de 1789, Buenos Aires hizo restablecer el principio feudal de las leyes de *Partidas*, según el cual la tierra hace suyos todos los hombres que nacen en ella<sup>14</sup>. Este principio con tanto calor sostenido por el general Rosas en las cuestiones con Inglaterra y Francia, es inofensivo para Buenos Aires, porque tiene su contraveneno en la situación geográfica de esa Provincia, privilegiada en alto grado para atraer la inmigración; pero es aciago para el desarrollo de la población extranjera en las Provincias y países interiores de Sud-América.

---

<sup>14</sup> Ley 1ª, tit. 20, part. 2ª, sancionada en España en el siglo XVI, y abolida hoy por su Constitución.

El proyecto de Código no lo consagra, es verdad; pero lavándose las manos en esa cuestion que le pertenece rigurosamente, lo deja en su terreno extraño desde el cual sigue esa ley de otro tiempo, excluyendo al extranjero del interior de la República Argentina<sup>15</sup>. Los países americanos (argentinos y no argentinos) menos favorecidos que Buenos Aires y Montevideo por su situacion geográfica para atraer las poblaciones y los capitales de Europa, no necesitan mas que imitar al pié de la letra las instituciones económicas de Buenos Aires, que se relacionan con esos objetos, para que ningun capital ni poblador de la Europa se tome la pena de penetrar cien y doscientas leguas en países mal seguros, en busca de una instalacion que se les ofrece con las mismas ventajas en las puertas de Sud-América. No deben olvidar este aviso importante las Provincias argentinas, el Paraguay, Bolivia, Chile, etc., si quieren tenerse al nivel de Buenos Aires en prosperidad material espontánea.

El proyecto de Código Civil por su silencio sirve mas de lo que se piensa á esa ventaja de Buenos Aires para atraer la inmigracion á despecho de un mal Gobierno. Los extranjeros se aumentaban en Buenos Aires, en el momento mismo en que el general Rosas luchaba contra los Gobiernos de Europa, por principios que interesaban á la seguridad de sus nacionales en los países del Rio de la Plata.

---

<sup>15</sup> M. des Rotours, opuesto á ese principio, decia sin embargo lo siguiente en la sesion del Cuerpo legislativo del 30 de Diciembre último: «Avant la révolution tout individu né en France était français et assujetti à la loi militaire. La Constitution de 1791, la loi del'an III avaient modifié cette ancienne législation. Lors de la discussion du Code Civil, l'empereur Napoléon I, prévoyant les abus qui pourraient découler de la législation nouvelle, voulut revenir à l'ancienne; mais sa doctrine ne fut pas adoptée, celle du Tribunal prévalut et donna naissance à l'article 9 du Code Civil, qui porte que tout individu, né d'étranger établi en France, pourrait devenir français, en faisant la déclaration dans l'année qui suit la majorité. C'était rétablir un privilège au lendemain de l'abolition de tous les privilèges.» A esto último respondió M. Gressier muy á propósito: «Le privilège c'est d'être français.» Quedó vigente el principio nuevo de la revolucion de 1789, que es el que no quiere Buenos Aires.

## IX

**El Código considerado en sus relaciones con el modo de ser geográfico del país argentino**

La geografía de un país, quiero decir su conformación geográfica, forma una parte de su Constitución política, porque de ella depende en gran manera su independencia, su seguridad, la necesidad para conservarlas de un ejército y de un presupuesto más ó menos grandes, su sistema de gobierno según el influjo y rango de sus vecinos, su sistema de comercio y de rentas, la naturaleza de sus alianzas, toda su política exterior y casi todo su gobierno interno.

Todas estas cosas reciben una dirección ó un carácter en tal ó cual sentido, según que el país colinda con un imperio comparativamente fuerte, como le sucede al Plata, ó con una República fuerte, como le sucede á Méjico; según que una Provincia del país posee todos sus puertos, todo su comercio exterior, todas sus aduanas, y las otras Provincias nada poseen como sucede en la República Argentina con la Provincia de Buenos Aires respecto de las otras; según que un Estado ocupa las regiones superiores de grandes ríos navegables, y otro Estado posee su embocadura, como sucede al Paraguay respecto de Buenos Aires.

La ley civil debe darse cuenta de todas estas circunstancias y constituirse la expresión y el brazo de su acción combinada, si quiere tener eficacia y poder, pues una ley que no está apoyada en la fuerza de las cosas, es ley sin sanción ni realidad.

Al tomar la geografía por base el legislador debe distinguir la *geografía política* de la *geografía física* y guardarse de tomar la una por la otra; v.g., si los límites del territorio consisten en grandes ríos, ó grandes montañas, ó solo en demarcaciones matemáticas; si los puertos por donde el país hace su comercio y vive en contacto con el mundo son únicos por obra de la naturaleza, ó son únicos por obra de una ley, que así lo dispuso en servicio de una mira política determinada, eventual y transitoria por su naturaleza.

En el primer caso la ley deberá plegarse á la acción de la geografía, aunque no fuese sino para reaccionar contra ella; en el segundo debe plegar la geografía de la ley vieja á la geografía de la ley moderna; v. g. en el Plata, el Código de las *leyes de Indias* al *Código Civil de la República*. Si esta doctrina es verdadera en general, lo es con doble razón para un país

que está constituido por su geografía física y política, mas que por su Constitución misma, y cuyos partidos contrarios, los antagonismos de su economía doméstica, y las luchas de su historia, son en cierto modo, partidos y antagonismos geográficos. Tal es la República Argentina, cuyas Provincias interiores son como colonias virtuales del litoral por la simple acción de la geografía política que ese país recibió de las leyes dadas por España en el tiempo en que fué su pertenencia. En fuerza de este precedente y á fin de corregirlo, sus leyes civiles que se relacionan con la población, con la propiedad, con el trabajo, con el comercio, deben ser especie de compromisos de todas las rivalidades regionales del vasto suelo, si han de satisfacer sus necesidades comunes con justicia y con igualdad, para formar un solo cuerpo de nación regular y capaz de vida permanente.

Las leyes civiles argentinas deben ser especie de compromisos entre el interés de las Provincias y el interés de Buenos Aires. Para que la justicia presida á tales compromisos será preciso que el ascendiente de las Provincias en su elaboración y sanción iguale al de Buenos Aires, lo cual está lejos de suceder en este momento. De otro modo un Código que se diese bajo la inspiración preponderante de Buenos Aires sería una especie de Código colonial: las *leyes de Indias de Buenos Aires*, en lugar de ser las *leyes de Indias de Madrid*. Pero, si no es una garantía de ese espíritu de justicia la circunstancia de estar escrito el proyecto de Código en Buenos Aires ó bajo su inspiración, ¿lo sería la de estar compuesto por el hijo de una Provincia interior rival de la de Buenos Aires?

Dos leyes célebres en que reposa todo el edificio del Gobierno que ha mandado trabajar el Código Civil pueden servir para hacer apreciar el espíritu del Código á este respecto; son los *Convenios de Noviembre y de Junio*, incorporados á la Constitución actual por su art. 104. Dictados por Buenos Aires para terminar el conflicto que le tenía separado de las Provincias en 1859, en vez de transjirlo, como debió suceder, esos convenios sirvieron en realidad para hacer pasar á las manos exclusivas de Buenos Aires el comercio, las aduanas, el tesoro, la política exterior de las Provincias interiores, que su hermana del exterior no había podido arrancarles por las armas. Eso nada menos significaba en sus efectos prácticos la especie de restauración de la geografía colonial que traían los dos convenios impropriamente llamados de unión.

¿A quién confió Buenos Aires la redacción de esos pactos? á la misma mano que ha recibido el encargo de componer el Código Civil de la Re-

pública, sometida por su habilidad legislativa á la Provincia de su adopcion. El talento que creyó servir á su patria provincial adoptiva, redactando esos pactos, ¿seria incapaz de entender que la sirve igualmente extendiendo por el Código Civil los beneficios de esa confiscacion doméstica al aliado imperial de Buenos Aires? Desde luego el autor mismo nos hace una revelacion que autoriza hasta cierto punto este temor. El modelo predilecto entre todos los Códigos conocidos para la composicion de su proyecto ha sido, segun nos lo declara él mismo, un *proyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil*. «Para este trabajo, nos dice, he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América.» — Me he servido principalmente del proyecto de Código Civil para España.» — «Y *sobre todo* del proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual *he tomado muchísimos artículos*.»

Probaria este hecho que el autor del proyecto de Código Civil para la República Argentina esté privado de un sentido elevado del patriotismo de su país? Lejos de mí la idea de una pretension semejante. Lo único que resulta de ese hecho que he creido no deber omitir para no dejar en la oscuridad un punto luminoso, es que él mismo constituye un argumento de mas en prueba del influjo que ejerce la geografía, no solo en los Códigos, sino en la mano misma que los escribe.

El mismo hombre que colocado en una Provincia del interior, comprende con la claridad del dia que Buenos Aires pertenece á la Nacion, puesto en esa ciudad vé con la misma claridad que la Nacion pertenece á Buenos Aires. Está en el hombre la causa de esta variedad? no; el *provinciano* y el *porteño* son el mismo argentino. La diversidad viene de las cosas, el antagonismo está en los intereses regionales mal coordinados. Es una frontera moral, obra del error la que cambia de ese modo el color de las cosas. No es el Arroyo del Medio, hilo de agua que se pierde en las cartas de los geógrafos, sino las leyes que hacen de ese límite doméstico un cordon cuatro veces internacional, constituyéndole en frontera militar, frontera financiera, frontera política y frontera administrativa, que, de una patria, hace dos patrias rivales, por el error de las leyes que la vieja geografía permite al lugar del país mas favorecido sancionar en perjuicio del país desheredado.

Un Código Civil hecho como esas leyes, concebido por sus mismos padres, nacido en el mismo lecho, ¿qué podrá ser para los pueblos septentrionales del Arroyo del medio, sino la trasmigracion ó metensícosis del Código de las *Leyes de Indias*, por su espíritu económico y social; el viejo

derecho colonial vestido á la moda francesa del siglo XIX, hablando la lengua elegante y sonora de la civilizacion del dia, pero obrando en realidad como el Código de *Indias*, no ya en provecho de Madrid, es verdad, sinó en beneficio de un pedazo de la patria argentina, colocado en lugar de la patria entera como España estuvo antes de 1810 respecto de ese país y de toda Sud-América?

Solo un cambio de geográfica política, ó la consumacion del cambio ya empezado en el sentido de la unificacion nacional del país, hará desaparecer ese triste legado del antiguo régimen colonial español.

Felizmente no son los legisladores propiamente dichos, los que cambian la geografía política de las naciones; ellos escriben y consagran los cambios operados por los *grandes intereses* (llamados *grandes principios*, cuando se consideran por su lado moral). De sus grandes choques salen los cambios y condiciones de su constitucion geográfica para los Estados.

Esos intereses supremos fueron los que abrieron el puerto de Buenos Aires á principios de este siglo, y arrebataron á España, con ese monopolio, sus colonias del Rio de la Plata. Esos intereses soberanos abrieron en 1853 los afluentes de este rio, y comenzaron á quitar á Buenos Aires la dominacion colonial sobre las Provincias en que reemplazó á España en nombre de la independenciam comun. Digo que empezaron, porque la lucha dura todavia entre otros combatientes.

La vieja geografía colonial se defiende por la mano de su heredero mejorado en el tercio y quinto; pero los intereses nuevos fuerzan esa mano á cambiar de táctica en la lucha para lo venidero. Ya no es la misma táctica que empleó Buenos Aires bajo Rosas, que consistia en gobernar á las Provincias por la ausencia de Gobierno nacional, es decir, por el aislamiento de las Provincias, decorado con el nombre de *Federacion*. Desde que el Gobierno nacional sin Buenos Aires y apesar de Buenos Aires se ha probado ser posible al favor de la apertura de los afluentes del Plata (es decir, de la nueva geografía política), Buenos Aires ha comprendido que para continuar poseyendo de hecho ese Gobierno general, tiene necesidad de traerlo á su provincia, y que para poseerlo sin ser poseida por él, tiene que simular la existencia de ese gobierno nacional componiéndolo artificialmente con un fragmento del poder material y real que la misma Buenos Aires arrebató á las Provincias para formar un monopolio de la suya.

Ese modo de componerse y de existir, obliga al Gobierno dicho nacional á depender del Gobernador de Buenos Aires, agente mas poderoso

que su jefe.

Para emanciparse de esa dependencia humillante y burlesca ¿qué hace el Presidente presidido? No pudiendo apoyarse en las Provincias desarmadas por ese mismo sistema que le hace ser un Presidente nominal, tiene que buscar el poder real que falta á su título en alianzas con poderes extranjeros predispuestos á dañar á la República Argentina por miras propias, y para encontrar y mover á esos aliados, tiene que buscar guerras y arbitrarse enemigos artificiales donde no los tiene en realidad.

Esa es la historia de la presidencia del general Mitre, y esa será la de su sucesor, si gobernase con su sistema. Aunque aparente tener otras ideas para subir al poder, tendrá que gobernar con las de su predecesor despues de estar en el gobierno. En la presidencia sin poder pagan los gobernadores de Buenos Aires y no de Buenos Aires ascendidos á ese rango por su vanidad, el delito de habérselo absorbido para la provincia que mas tarde los sienta en la picota presidencial.

Buenos Aires puede estar ufano de ese predominio sobre su propia nacion, que le han dado sus revoluciones y sus campañas domésticas. Pero esas ventajas de un patriotismo sin altura y sin vista, costarán caro á sus destinos propios. Dos son hasta hoy los resultados inevitables de esa organizacion violenta y falsa dada á las cosas: 1ª la division de Buenos Aires, en dos facciones (*crudos y cocidos*, que quiere decir, *localistas crudos y localistas cocidos*), producida por la division de su poder local en dos gobiernos que no son mas que uno solo, y que por tanto conspiran por absorberse uno á otro; 2ª la alianza permanente con el Brasil, en que el Presidente nominal tiene que buscar el poder real, que le arrebatara Buenos Aires, para ejercer su presidencia.

El tratado de alianza de 1º de Mayo de 1865, y el proyecto de Código Civil, que enfeudan la República Argentina al Imperio del Brasil, no son mas que el resultado lógico de esa situacion de cosas, que el extravío de Buenos Aires considera como una *feliz actualidad*, y que se ha vuelto hoy una negra actualidad. Ese resultado conduce á otro. Para escapar del predominio del Brasil y de Buenos Aires, las Provincias argentinas á su ejemplo buscarán alianzas reaccionarias y defensivas en Chile, Bolivia, el Paraguay, y las guerras se sucederán á las guerras, por no querer dar á la patria lo que es de la patria: su capital, su tesoro, su consolidacion, su poder, su rango y dignidad.

Un Código Civil nacido antes de que llegue ese momento de justicia, no será mas que un aborto; será mas efímero que los efímeros tratados y

los efimeros gobiernos que lo dan á luz.

Hasta aquí ha sido el Estado el campo favorito del desórden y del escándalo en la Plata. Desde la idea de un Código Civil, el mal amenaza invadir el órden de la familia y de la sociedad civil. Una vez lanzado el código de guerra y de desquicio, hemos de ver cambiar todos los días los derechos del padre de familia, las condiciones del matrimonio, las bases de la propiedad, el sistema de los contratos, la regla de la sucesion hereditaria, como cambian las atribuciones de los gobernadores y comandantes militares de campaña.

## X

### El Código en sus relaciones con el carácter y costumbres de los argentinos

Si el autor del proyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil, no se hubiese acomodado en la concepcion y ejecucion de su obra á las costumbres, al carácter é índole, á las tradiciones que el clima tórrido, la institucion de la esclavatura, el gobierno monárquico han debido producir en la sociedad civil, en las instituciones americano-portuguesas, en la constitucion y costumbres de la familia brasilera, el señor Freitas, autor del proyecto, habria trabajado una copia sin talento ni juicio, indigna del imperio americano, como país civilizado, y de un jurisconsulto eminente. Yo no lo creo, y pienso al contrario que el señor Freitas merece los elogios que le tributa su ilustrado imitador argentino por la prudencia y sabiduría con que ha sabido observar esas condiciones.

En este caso la sabiduría faltaria completamente en el legislador argentino que se propusiese dar á su país republicano, español de raza y de origen, habitando un clima templado y viviendo sin esclavos, del comercio y del pastoreo, por Código Civil, la copia mas ó menos completa de un código, cuya sabiduría consistiria en estar vaciado en el molde de un país diametralmente diferente en clima, geografía, sistema de gobierno, sociedad civil, familia, tradiciones, historia, origen, raza, idioma, etc.

Decir que estas circunstancias son sin influencia en la legislacion civil de un país, es negar el hecho consagrado por la ciencia y por la historia, en cuya espléndida demostracion descansa la gloria del autor del *Espíritu de las Leyes*.

El gobierno doméstico tiene inmensa ligazon con el gobierno político de un país. Montesquieu observa que las costumbres de la mujer de Europa, introducidas bruscamente en Oriente, bastarian para trastornar todo el régimen de su sociedad. ¿Estamos ciertos de los efectos que producirian en el Brasil los usos libres de la mujer de la América antes española? Las *limeñas* que asisten desde la barra á las discusiones del Congreso, las *porteñas* que asisten á los *clubs* políticos de Buenos Aires, llevando sus costumbres al Brasil, donde las mujeres no son presentadas á los hombres, ¿no harian el efecto tumultuoso que Montesquieu temia de las mujeres europeas en Oriente? ¿Y no es mil veces mas admisible esa hipótesis que la del bello sexo hispano-americano, recibiendo de la mujer brasilera su condicion y modo de ser asiáticos y orientales en cierto modo por su reserva y sujecion claustrales?

Como argentino, yo tendria menos dificultad en recibir para mi país la Constitucion del Gobierno del Brasil, que no la Constitucion de su sociedad civil y doméstica, es decir, su *Código Civil*, que organiza la familia brasilera segun las influencias climatéricas de la zona tórrida, del principio imperial y de la esclavatura de la raza negra.

## XI

### Del Código en sus relaciones con el momento político de su composicion y sancion

“Los Códigos no se hacen en un país porque los jurisconsultos los reclaman ó los quieren. Los traen únicamente los acontecimientos políticos. Ellos son un instrumento de poder ó de revolucion, y no se consulta á la ciencia sobre su oportunidad. Así César, Teodorico, Justiniano, Federico, Napoleon, meditan ó instituyen Códigos para establecer mejor la uniformidad de su Gobierno.<sup>16</sup>”

Hijos de la política y sancionados en servicio de sus miras, los Códigos Civiles son incomprensibles si no se estudian por el lado de sus relaciones con la situacion que los hace nacer.

¿En qué situacion política de la República Argentina ha ocurrido la

---

<sup>16</sup> Lerminier, Histoire du Droit.

idea de la sancion de un Código Civil? Durante una alianza con el Imperio del Brasil, creada por una autoridad de Buenos Aires llamada Gobierno Argentino, como medio para este Gobierno de existir y sostenerse en su propio país al favor de una guerra extranjera, que debia darle el pretexto y la ocasion de traer á sus manos las fuerzas militares de la alianza. Subyugado en cierto modo á su poderoso aliado, no ha podido tener inspiracion importante que no le viniese de su indirecto protector.

La adopcion de un proyecto de Código brasilero, con preferencia á tantos otros Códigos célebres y acreditados por la esperiencia, acaba de confirmar la natural conjetura de que el Código argentino es la obra de la política del Brasil, mas bien que de la política argentina, y que si el padre político de ese Código es el general Mitre, Don Pedro II es el abuelo.

¿Cuál puede ser la mira del Brasil en la sujestion de ese trabajo? no es dificil suponerlo. Si la historia secular no miente en la imputacion que hace al Brasil de querer extender su dominacion hasta en los países del Plata, todos sus ejércitos y escuadras no serian tan poderosos para el logro de esa mira, como la accion de un Código Civil para asimilar y uniformar la sociedad argentina al espíritu de la sociedad del Brasil y preparar é iniciar de hecho su anexion. Extended el Código del Brasil, por una traduccion ó asimilacion mas ó menos hábil, á los pueblos del Plata y la conquista está hecha por ese solo camino en mas de sus dos tercios. La diversidad de principios y de instituciones en la sociedad civil, es de ordinario una barrera mas poderosa que todas las fronteras naturales, para contener los avances de la conquista. Entre pueblos de raza portuguesa y pueblos españoles de origen, la absorcion de los menos bien gobernados en el seno de los mas cuerdos, no puede llevarse á cabo sinó por la refundicion del sistema social de los primeros, segun el tipo y molde de los otros. Esto es lo que conseguiria el Brasil por la reforma civil argentina, hecha bajo su inspiracion, mejor que por la accion de sus ejércitos, de sus escuadras y de sus alianzas políticas y militares, si el señor Freitas lograse ver convertida en Código argentino la copia ó reproduccion de su trabajo, que no es hasta ahora sinó un proyecto ó una idea de Código para el mismo Imperio del Brasil<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> No faltará tal vez quien nos observe que siendo la República Oriental del Uruguay el país mas codiciado del Brasil, es allí y no en la República Argentina donde debió empezar por hacer reformar en su sentido la legislacion civil.

## XII

**Conclusion y consejo**

¿Qué debe hacerse con el Código propuesto? guardarlo como á los vinos algunos años antes de aprovecharlo y para mejor aprovecharlo, si fuere digno de adopcion.

El Código de las *Partidas*, esperó un siglo para recibir su sancion; el Código Civil francés esperó veinte años. La Prusia publicó el suyo cuarenta años antes de darle su sancion, y el Austria puso mas de 25 años entre la publicacion y la adopcion definitiva de su Código Civil. De la sancion de los Códigos debe ser como de la canonizacion de los santos: no se debe proceder á ella, sinó despues de haberlos hecho el blanco de la crítica de todo el mundo por muchos años.

Este consejo, en todo caso, ofrece menos inconvenientes que el que daba un periódico de Buenos Aires, á la Legislatura de esa Provincia, para la sancion del *Código rural*.

---

Pues bien, esto es lo que parece haber sucedido sin perjuicio de ejercer igual influencia tambien en la costa occidental del Plata, para mejor garantizar sus trabajos orientales. Puede no ser hijo de esa influencia el Código Civil sancionado últimamente en la República Oriental, pero es imposible dejar de fijarse en las circunstancias siguientes.

El 23 de Febrero de 1865, puso en manos del general Flores el "Gobierno provisorio dictatorial" de la República Oriental, una convencion firmada por la Plaza de Montevideo con las fuerzas del Brasil, aliadas con las de Flores para el asedio de esa ciudad. El 1º de Mayo siguiente se firmó un tratado de alianza entre Montevideo, el Brasil y la República Argentina. Veinte y cinco dias mas tarde el dictador Flores expidió un decreto ordenando la redaccion de un Código Civil. A los dos años, antes de poner fin á la dictadura, ordenó la promulgacion del Código oriental redactado en armonía con los proyectos del señor Doctor Velez Sarsfield y del señor Freitas, mucho mas que con la Constitucion democrática de la República, apenas citada en el Informe, que explica los motivos y señala las fuentes del Código.

Tenemos por su hábil redactor la misma estima y amistad que por el señor Doctor Velez, y si en sus trabajos hay mucho de aceptable, no dudamos que á ellos se deba eso, no á la influencia extranjera que probablemente ha inspirado su composicion.

*La Tribuna* aconsejaba el mismo proceder que se había seguido para la sancion del *Código de Comercio* de Buenos Aires. Debía discutirse el proyecto de este Código en la Legislatura local de esa Provincia (porque fué un Código de Provincia en su origen como la *Ordenanza de Bilbao*), y un diputado que no había gastado lo mejor de sus años en hojear Códigos de leyes, encontrando incómodo el apearse de su alta reputacion pedagógica en materia de instruccion primaria, para ponerse á discutir los principios de la *letra de cambio*, del *seguro marítimo y terrestre*, de las *sociedades anónimas*, de las *hipotecas y privilegios*, etc., tuvo la feliz idea de proponer un espediente que la Legislatura acogió como una verdadera inspiracion, y fué el de sancionar el Código sin la menor discusion, y dejar que el tiempo y la experiencia fuesen revelando los defectos, para corregirlos por leyes sucesivas. Es así como recibió su sancion el Código porque se rige el comercio de la República Argentina, sin haberse abierto por los legisladores que lo sancionaron.

Los legisladores franceses no pensaron como el señor Sarmiento en ese punto. Al someter el proyecto de Código Civil á la Convencion que debía discutirlo, Cambacérés se expresaba en estos términos, en nombre del *Comité* de 80 miembros que lo había redactado: "Vous ne déciderez point dans une matière si grave sans une discussion approfondie. Les lois, une fois rédigées, il faut craindre de toucher ce dépôt sacré."

Es verdad que el Código que la República Francesa no acertó á promulgar despues de doce años de estudios y de ensayos, la dictadura consular, creada por el 18 Brumario, (el 2 de Diciembre de Napoleon I), hizo redactar en tres meses, por cuatro grandes jurisconsultos, el proyecto que hoy es el *Código de Napoleon*. Pues bien, apesar de que la dictadura es tan espeditiva para otorgar un código como lo es para otorgar una constitucion, el Código Civil francés no recibió su sancion definitiva sin ser discutido préviamente por el cuerpo legislativo de 1804, despues de pasar por otros diez exámenes y pruebas diversas.

¿Qué prisa corre la sancion de un Código Civil en una república que todavia no tiene un gobierno definitivo? Si es verdad lo que observa Montesquieu, que: «C'est le partage des terres qui grossit principalement le Code civil», la República Argentina, que no está tan escasa de tierras como la Bélgica, pues puede alojar cuatro veces la poblacion del Imperio francés, bien puede esperar algunos años antes de pedir á un Código Civil el remedio de conflictos y tempestades de carácter agrario que no se ven venir todavia.

Guarde entre tanto el Código del Doctor Velez el mérito que realmente tiene, de un trabajo de ciencia que hace honor á su laboriosidad cuando menos; pero no tome el título de *Código Argentino*, porque en realidad no lo es ni puede serlo.

El derecho civil natural, proclamado por la revolucion de América y consagrado por la Constitucion argentina en sus principios mas cardinales, no está desarrollado en el trabajo del Doctor Velez Sarsfield; no es ni puede ser por lo tanto un código argentino; ni siquiera puede ser considerado como código de América, por la razon que no es democrático, y que debe toda su inspiracion á países, á gobiernos, á tiempos, á doctrinas extranjeras del todo á la América del siglo XIX.

¿Cómo se explica que un abogado como el Doctor Velez haya podido desconocer de ese modo la Constitucion de su país? Como el abogado Lincoln desconoció el derecho de gentes, cuando el ministro Seward le hizo firmar el decreto de bloqueo de los *Estados del Sud*, declarándoles él mismo *beligerantes* mucho antes que á su ejemplo lo hubiesen hecho la Inglaterra y la Francia, en perjuicio de la integridad de la Union.— *Yo era un abogado del Oeste, donde no se hace derecho de gentes*, contestó Lincoln al juez Stevens, para disculparse de ese desacierto, que casi costó la vida de su integridad nacional á los Estados-Unidos.

El señor doctor Velez podria excusarse de su Código destituido de fé política, diciendo: «Yo soy abogado de un país, donde nunca se enseñó ni aprendió el derecho público constitucional», á causa de que nunca hubo Constitucion, ó más bien porque el derecho constitucional de ese país consistió en estorbar sistemáticamente la sancion y existencia de una Constitucion nacional argentina, porque esta situacion convenia al interés local de la Provincia que tiene al doctor Velez por hijo adoptivo. El doctor Velez no podrá decir que alteramos en esto la verdad, pues su nombre está al pié de un documento solemne en que se establece lo siguiente: —«El derecho público nacional ó federativo, carece *totalmente* de antecedentes históricos, vivaces entre nosotros.» — «Puede decirse con verdad, que la República Argentina *no tiene un solo antecedente histórico vivaz en materia de derecho público nacional.*» (Sic). «Nunca estuvo unida (la Nacion) por el vínculo del derecho, y cuando lo estuvo aparentemente, ese vínculo no tuvo solidez. En los diversos ensayos de Constitucion nacional que se intentaron,—*los principios de gobierno escritos en el papel, nunca llegaron á ejercer influencia en la opinion*, ni á convertirse en fuerzas vivas que reaccionen poderosamente sobre los hombres y las cosas.

Así *nuestras Constituciones nacionales se han borrado de la memoria de los pueblos como caracteres trazados en arena sin haber podido dar origen á un derecho público argentino.*» Estas afirmaciones están firmadas por los señores Velez Sarsfield, Mitre, Sarmiento<sup>18</sup>, etc., etc. Y estos mismos hombres, con las mismas doctrinas, son los que tienen hoy en sus manos el trabajo de la codificación civil argentina.

Felizmente no son ciertas esas aseveraciones sino en lo tocante á una Constitución general escrita y permanente, que haya sido aceptada por la Nación; pero la Nación y los principios de gobierno que eran la condición de su vida moderna, no dejaron jamás de existir por falta de esa Constitución escrita, como lo dan á entender los autores de las palabras citadas, que representaron y sirvieron al provincialismo de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1860. Sus aseveraciones son verdaderas heregías para el nacionalismo argentino. Para servir al localismo, que tiene en la Nación su obstáculo y su condenación, tuvieron la debilidad de negar que la Nación existe, es decir, afirmaron que el pueblo argentino carece de un vínculo, de un principio, de un derecho ó ley nacional!

¡Cómo! ese país no tiene antecedente alguno de derecho público, según los publicistas de Buenos Aires, y se llama y es una república democrática establecida en el principio de la soberanía del pueblo; un estado independiente de todo poder extranjero, con una bandera nacional, conocida de toda América; con un escudo de *armas argentinas*; con tratados internacionales de comercio; con actas inaugurales de su existencia, como las de 25 de Mayo de 1810 y 9 de Julio de 1816, verdaderas actas de *estado civil* del pueblo argentino en la sociedad de las naciones; con leyes uniformes de orden civil, comercial, industrial, penal, militar; con generales *argentinos* (no de provincia), de la notoriedad histórica de los San Martín, los Belgrano, los Alvear, los Las Heras, los Alvarado, etc.; con guerras y victorias célebres dadas en la conquista de los grandes principios de la revolución de América: ese es el país que *no tiene sino principios escritos en el papel*, y que hasta ahora poco lo mismo ha podido llamarse una colonia que una monarquía, una república que un caos?

A creer en las palabras del documento increíble que dejamos citado, la revolución de América en el Plata y todos los principios de gobierno

---

<sup>18</sup> Informe de la Comisión examinadora de la Constitución federal, presentado á la Convención del Estado de Buenos Aires, 1860.

que ella ha proclamado y convertido en otros tantos hechos victoriosos, que forman la vida moderna de la Nacion Argentina desde 1810, tales como la independenciam nacional, la soberanía del pueblo, el principio republicano, la democracia como esencia del gobierno, el sufragio universal activo y pasivo, la igualdad ante la ley, la libertad de comercio y de industria, la abolicion de la esclavatura, la revocacion de la desigualdad de clases y de origen: todos esos principios del Gobierno argentino (nos dicen Velez Sarsfield, Sarmiento y Mitre) *se han quedado escritos en el papel y nunca llegaron á ejercer su influencia en la opinion ni á convertirse en fuerzas vivas que reaccionen poderosamente sobre los hombres y las cosas.*

Y es el doctor Velez, que ahora nos dice con Savigny que la *ley es el desarrollo del derecho*, es decir, que el derecho es anterior á la ley y vive independiente de ella, el que niega que la República Argentina haya tenido derecho público antes de 1853, porque hasta ese tiempo no tuvo Constitucion escrita permanente.

Al oír ese lenguaje en boca de tales hombres, pensaria cualquiera que la independenciam del país sigue siendo un problema ante sus mismos ojos; que el país no está cierto sobre si es colonia, república ó monarquía; que todavia cree que hay negros esclavos en su suelo, condes y marqueses, grémios y estancos, privilegios de sangre y mayorazgos; que no hay templos disidentes respetados, y que el extrajero sigue excluido del goce de los derechos civiles como en el tiempo colonial; y todo esto, por la razon de que hasta 1853, no ha tenido una Constitucion nacional escrita, que haya durado mucho tiempo! *El derecho* ha muerto, porque han muerto las *leyes escritas*, que eran su mero desarrollo!

No, esos principios, que forman por sí solos todo un derecho público, toda una Constitucion, están escritos en la conciencia de los argentinos, viven en sus convicciones, palpitan en sus almas, gobiernan sus votos, se encarnan en sus costumbres políticas, mas firme é irrevocablemente que lo estarian en el texto de una Constitucion escrita. Y lo que digo del pueblo argentino, lo digo de Bolivia, del Perú, de Chile, de la América republicana. Las Constituciones escritas han podido desaparecer unas tras otras; lo que no ha desaparecido es la nacionalidad de cada república, vivificada por el derecho no escrito á que debe su ser. Y si no, cread títulos de nobleza y vereis si es vivaz el precedente republicano; abrid mercados de negros, y vereis si es vivaz la abolicion de la esclavatura; llamaos jefes del Estado por derecho divino, y vereis si es vivaz el principio de la soberanía del pueblo; reinstalad la inquisicion, y vereis si la libertad de cultos

vive como un antecedente vivaz; cread mayorazgos, y vereis si el principio democrático *se ha borrado de la memoria de los pueblos, como carácter trazado en la arena*, ó es una fuerza que vive palpitante en el derecho argentino!

Solo agregaremos una palabra antes de terminar ésta carta, y es que la crítica que en ella hacemos del proyecto de Código Civil del Dr. Velez, no tiene por objeto el exámen detallado y prolijo de tan vasto trabajo. Por dura que parezca no implica en nosotros el ánimo formado de desconocer todo mérito en el trabajo de un ilustrado compañero. Léjos de eso, creemos poder decir, sin afectacion, que un Código argentino dejaría de ser de utilidad para la República si tomase por sistema excluir todo lo que contiene el proyecto, que solo hemos creído deber *discutir en general*, como se dice en las asambleas deliberantes, y no por artículos, ni capítulos.

Noviembre de 1867.

#### NOTA

(1) El señor Dr. Velez Sarsfield tuvo la bondad de responder á este escrito por un largo é interesante artículo inserto en «El Nacional» de Buenos Aires del 25 de Julio de 1868. Seríamos ingratos en quejarnos de su contestacion, por estas dos razones: nos ha tratado mejor que á su Gobierno, dirigiéndonos una explicacion de los motivos de su proyecto mas larga y luminosa que su carta-prefacio, en que le dió cuenta oficial de su trabajo; y además nos ha dado la razon en el fondo del debate, admitiendo implícitamente que su código, incompatible con el poder federal del Congreso, es en cierto modo provisorio y destinado á ceder su lugar á códigos ulteriores de provincia; es decir á destruir la unidad social y civil de la Nacion, como resultado lógico y natural de la Constitucion política, que ha roto la unidad del país en materia de Gobierno.

Se queja nuestro honorable amigo de que no hayamos examinado su proyecto, artículo por artículo. Pero qué objeto habria tenido el exámen detallado de una ley que hemos hallado inadmisibile en general? Si el Emperador del Brasil presentase un proyecto de Código Civil para la República Argentina, no tendríamos necesidad de ocuparnos en averiguar si sus artículos son buenos ó malos; nos bastaría por todo exámen demostrar

que el Emperador no tiene autoridad para dar códigos á la República Argentina. Pues bien, aunque el Congreso argentino no esté en el caso del Emperador del Brasil, en este punto, no tiene sin embargo mas poder para dar un Código Civil á la República Argentina, que lo tiene el Congreso de Washington para darlo á los Estados-Unidos, apesar del artículo 67 de la Constitucion argentina, que autorizaba al Congreso para dar esos códigos, antes que la reforma de 1866 le hubiese retirado virtualmente ese poder, por las enmiendas que devolvieron á cada Provincia la plenitud del poder de constituirse sin ingerencia del Congreso (*Enmiendas de los artículos 6, 64, inciso 28 y 101 de la Constitucion de 1853*). Si el Congreso no puede dar á cada provincia su Constitucion política local, ¿cómo podría darle su legislacion civil local, que no es mas que legislacion orgánica de la Constitucion? Se concibe que el pueblo de cada provincia puede estar regido á la vez por dos Códigos Civiles, uno nacional, que fija, por ejemplo, la mayor edad á los 25 años, y otro de provincia, que la fija á los 20?

Guardamos inédita una réplica para mejor momento, por respeto á la posicion política del señor Dr. Velez, que embaraza su libertad de darse á estudios y debates de ciencia social y porque no queremos confundir esta controversia pacífica de mero interés social, con nuevas desavenencias políticas, á que deseamos quedar extraños del todo.

Felizmente el actual Presidente de la República Argentina ha estado muchos años en Estados-Unidos, y como además *es doctor en leyes* de una de sus universidades, debe conocer perfectamente este punto de legislacion civil americana. Nadie mejor que él podrá informar á su honorable Ministro del Interior de que no hay legislacion civil federal ó general en los Estados Unidos, porque la Constitucion política de ese país niega al Congreso el poder de darla; y siendo la jurisprudencia de la Constitucion americana, la jurisprudencia natural de la Constitucion argentina por estar calcada en el molde americano, como enseña el señor Sarmiento, poco importa que el texto argentino dé al Congreso un poder que no le dan ni el texto americano ni su jurisprudencia. Un pueblo que deriva su ser y su legislacion del país del Canciller Bacon, no ha podido dejar de conocer y practicar su célebre aforismo repetido por los redactores del Código Civil francés, que dice *Ius privatum sub tutela juris publici lated*. O como dice Laferrière: «On ne peut séparer l'histoire du droit privé des révolutions du droit public.» Es por haber separado estas dos cosas (que los americanos del Norte nunca han separado) que vemos en el Plata una Constitucion imitada á la República de los Estados Unidos, y un Código Civil imitado al

Imperio del Brasil. Veremos lo que hace el Presidente en el conflicto de estos dos modelos opuestos. El Imperio lleva en ese punto una ventaja á la República, pues dispone de una alianza que le dá un influjo superior de ordinario al del mejor y mas edificante de los ejemplos.



**Anexo 7**

***[Réplica de Dalmacio Vélez Sársfield  
a las críticas de Juan Bautista Alberdi]***



## Dr. Dalmacio Vélez Sársfield<sup>1</sup>

### EL FOLLETO DEL DOCTOR ALBERDI

Cuando se anunció que el doctor Alberdi había escrito un largo folleto sobre mi Proyecto de código civil, tuve, por motivos especiales, el mayor empeño en conocerlo. Hacía veinticinco años que me había separado de mi joven amigo que acababa de recibirse de abogado en Montevideo; conocía sus talentos y me prometía ver sus adelantamientos en la ciencia del derecho. Lo que dijera de mi trabajo poco cuidado me daba. Yo ya había estudiado con los primeros jurisconsultos los grandes capítulos del dere-

---

<sup>1</sup> Este artículo es la contestación a [las críticas de Juan Bautista Alberdi.] [Fue] publicado en *El Nacional* del 25 de julio de 1868 y en *La Tribuna* del 29 de julio del mismo año. Más tarde fué reproducido en el tomo VII, página 249 y siguientes de *Escritos póstumos de J. B. Alberdi*, y después en la *Enciclopedia jurídica* dirigida por el doctor Alcides Calandrelli, agosto de 1901, tomo I, página 167 y siguientes. [Ha sido recogido de la valiosa compilación de Jorge Cabral Texo, *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino*, publicado por Jesús Menéndez, en Buenos Aires en el año de 1920, pp. 232-256. El trabajo de Cabral incluye las opiniones de Manuel R. García, José F. López, Manuel A. Sáez, Juan Bautista Alberdi, Vicente F. López, Alfredo Lahitte y Victorino de la Plaza en torno al polémico proyecto de Código Civil presentado por Vélez.]

cho que se encuentran en mi proyecto y no creía hallar un luminar superior a Savigny, Freitas, Marcadé, Rau y otros. Pero todas mis esperanzas se han desvanecido. El folleto del doctor Alberdi no es el escrito de un jurisconsulto. Mi antiguo amigo, a quien había mandado todo lo publicado del código civil, no ha tenido la deferencia de leer una sola página de la obra. No conoce mi trabajo. Nada, nada absolutamente hay en su escrito que se refiera a algún título del derecho de los varios que contiene el código, ni a ninguno de sus artículos. Su opúsculo únicamente se contrae al oficio de remisión al gobierno nacional del primer libro que salió a luz. Por sola esa comunicación juzga de toda la obra que no había leído, de las disposiciones que contendrá el proyecto en los libros que aun no se han publicado, y que aun no he acabado de trabajar.

No critica ni recomienda disposición alguna de las contenidas en el código; escribe sólo, como lo dice, sobre el proyecto en general; pero aun para esto era indispensable conocer siquiera las principales resoluciones. Tal vez ha abierto el libro, ha visto la indicación de materias altas y difíciles, y se ha aplicado a sí mismo la sabida sentencia de Voltaire, *un nombre afamado es una carga muy pesada*, y yo agregaré, muchas veces imposible de llevarla. Ha cerrado el libro: ha dejado para otros su examen y sobre el prólogo se resuelve a escribir, no sobre el derecho positivo sino sobre la política argentina y brasileña.

Sin embargo, voy a contestar todas sus observaciones sobre el proyecto en general, como él llama al contenido del folleto.

El doctor Alberdi principia su trabajo preguntando, qué explicación puede tener la idea de proponer un código civil; y con este motivo escribe contra las codificaciones, tomando con poco criterio la lección de la escuela alemana, llamada *escuela histórica*.

La Alemania, a principios de este siglo, se dividió en dos escuelas de derecho. Descomponiendo la ciencia se encontraron dos elementos muy distintos, el elemento histórico (el derecho positivo) y el elemento filosófico (el derecho ideal). El señor Savigny, cuyas palabras contra las codificaciones nos transcribe el doctor Alberdi, fué el jefe de la escuela histórica. Él tuvo un digno competidor en el señor Thibaut, jefe de la escuela filosófica, cuyas contestaciones al señor Savigny podría oponerle al doctor Alberdi, recomendando la codificación de la legislación civil. La escuela histórica era la glorificación del derecho positivo, la escuela filosófica, la apoteosis de la razón pura. Téngase presente que si el señor Savigny se oponía a la codificación en la Alemania, no era porque juzgase mejor las

prácticas consuetudinarias, sino porque juzgaba que la legislación romana que los rigiera era lo mejor posible.

Entre estas dos escuelas opuestas en sus principios, extremas en sus consecuencias, la ciencia levantó una escuela moderna, la *escuela sincrética* (unión de dos principios) nacida de la alianza del elemento histórico y del elemento filosófico. Ella no es irreligiosa respecto del pasado, ni rebelde a las exigencias del porvenir. Su obra es a la vez lo que quiere la razón y lo que han practicado los antepasados. Según ella, una nación puede darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo de los que han precedido, las nuevas leyes que exija el estado social, y las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación<sup>2</sup>.

La Inglaterra, la tierra clásica de los precedentes, y que en su superstición por el pasado diviniza hasta la incertidumbre de su legislación, es el mejor ejemplo de la necesidad que un pueblo tiene las más veces de darse códigos. Allí hay dos poderes legislativos, el uno manifiesto, el otro oculto. El uno creando la ley escrita (*statute law*) el otro declarando la ley

---

<sup>2</sup> En la excelente memoria que hace poco publicó el doctor López, dirigida a las sociedades de geografía y jurisprudencia de Berlín, decía lo siguiente: «Cuando los fragmentos del imperio romano agitados por la crisis regeneradora de su formación anagráfica, se convirtieron después de siglos en reinos e imperios de diferente raza, idioma, religión y costumbres, un vínculo que jamás dejó de unirlos les recordaba siempre la comunidad jurídica de su origen. Ese vínculo es el derecho romano objeto de mayor culto y erudición que no lo fué en tiempo de los emperadores romanos. Sus principios de jurisprudencia como los de toda otra ciencia son comunes a todos los pueblos, y constituyen el espíritu y la forma de su foro y de sus códigos. Pero la aplicación de esos principios a la vida práctica y social de los hombres sufre la modificación de sus ideas, carácter, religión y costumbres, como resultado de su causa general la educación y el clima. El idealismo y realismo del derecho (derecho abstracto, derecho positivo), estos dos términos representados por las dos escuelas de derecho, deben completarse, la una revelando la ciencia de lo justo ante el fallo de la razón; la otra, la ciencia de lo practicable ante la ley de las cosas; y ambas combinando según el sistema sincrético de la teoría de Hegel, la psicología de la idea con la psicología del hecho, reduciéndolas a su verdadera relación y armonía. Por este método el estudio comparado de varias legislaciones las aproximará al punto de su mayor afinidad.

tradicional (*common law*).

Dos legislaturas coexistentes funcionando sin cesar, echando la una a la arena judicial el enorme volumen de *statutes*, y la otra innumerables tonos de *reported decisions*. Con tal legislación, nada más difícil, en Inglaterra, que formarse un abogado o un juez. Los hombres de todas clases que no son del oficio, ignoran absolutamente sus derechos en las diversas fases que diariamente se presentan. Entre tanto, la ley civil es estacionaria, no hay progreso alguno en la ciencia del derecho. El ilustre Bentham consagró mucha parte de sus trabajos a hacer sentir la necesidad de una codificación.

Los Estados Unidos han seguido en mucha parte el ejemplo de la madre patria; pero algunos Estados han comprendido la necesidad de codificar sus leyes. Nueva Jersey lo hizo desde el año 30. Muy luego la Luisiana, y últimamente el grande estado de Nueva York.

El doctor Alberdi, en la página 6 de su folleto, nos cita el ejemplo de Nueva York que no se ha dado códigos a pesar de tener para hacerlos más elementos que Buenos Aires. Si él hubiera abierto mi proyecto de código habaría notado que varias veces citamos el código de Nueva York que es un grueso volumen donde está reunido el derecho civil y el derecho mercantil por artículos numerados.

La España, y nosotros con ella, puede decirse que nos hallamos aun en peor condición que la Inglaterra. Aquí rige el código llamado Fuero Real, las doscientas y más leyes del Estilo, el voluminoso cuerpo de leyes de Partida; seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación, y cuatro en folio de las leyes de Indias: a más de todo esto, multitud de células reales para América comunicadas a las respectivas audiencias que aun no se han recopilado. Esta es la legislación española.

Todas estas leyes promulgadas en épocas diferentes, en intereses contrarios, sin que las últimas en su fecha traigan la abolición de las precedentes, contienen un poco de todo y las más veces son absolutamente deficientes. El pro y el contra pueden igualmente invocarse. Un juez fallará una sucesion valiosa declarando que el derecho a suceder *ab intestato* llega hasta el décimo grado de parentesco, según una ley positiva, y otro día otro juez fundado también en otra ley no hará lugar a esas sucesiones declarando que el derecho se limita al cuarto grado. Y como, por otra parte, no hay memoria humana que pueda soportar el peso de toda esta vana ciencia, resulta que el arbitrio del juez es en definitiva la ley suprema.

¿Por qué tomando por base el derecho existente no podríamos refor-

mar las leyes dadas para el reino de España desde el siglo XIII? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen, o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres, o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la edad media los pueblos españoles?

Hace unos pocos años que nos regía una legislación comercial en la cual no había sociedad anónimas, sociedades en comandita, sociedades por acciones, ni sociedades en participación. Algunas existían de hecho, y todas ellas eran indispensables para el desenvolvimiento de la riqueza de los pueblos, y dimos el Código de comercio que sin duda no ha causado males algunos. El folleto olvida este gran acto legislativo que destruye sus teorías contrarias a la nueva codificación de las leyes de todas las naciones.

Pero el doctor Alberdi nos hace una observación al parecer incontestable. Nos dice que en una federación cada Estado debe darse sus leyes civiles, comerciales y criminales; que el Congreso sancionando códigos para las provincias federales concluye con la soberanía interior de esos pueblos; y que ni en los Estados Unidos, ni en la federación suiza no hay códigos generales para toda la nación, sino que cada Estado se da el código que le conviene.

Satisfaremos el argumento, pero antes diremos que no hay buena fe al hacerlo. Ni el presidente de la república, ni el abogado a quien encargó el trabajo del código civil, ni el pueblo de Buenos Aires o sus representantes, ni ninguno de los individuos contrarios políticos del doctor Alberdi han sido los autores del artículo 67 de la constitución que faculta al Congreso para dar a toda la Nación los códigos civiles, comerciales y criminales. Fueron el mismo doctor Alberdi y el Congreso del Paraná los autores exclusivos de la constitución de la Confederación en que se tomó esa importante resolución. ¿Cómo entonces el doctor Alberdi no levantó su voz como lo hace en defensa de los derechos federales de las provincias?

No es de una omisión que culpamos al doctor Alberdi. El tomó la defensa de la Constitución del Paraná. Sostuvo en diversos folletos que era bajo todas sus relaciones la mejor constitución; que no se debía permitir que Buenos Aires la examinase; que esa constitución debía imponerse por la fuerza y *que después fuese Buenos Aires a la barra del Congreso a pedir lo que le conviniera*. El doctor Alberdi contrajo entonces toda su ciencia,

no a ilustrar a los pueblos, sino a incendiarlos. En mucha parte la sangre derramada en la guerra civil que concluyó con la batalla de Pavón se debe a la pluma del doctor Alberdi, precisamente sosteniendo la imposición de la Constitución del Paraná en que se encuentra el artículo 67 que faculta al Congreso para dar los códigos a toda la República. Si entonces el general Urquiza o el doctor Derqui hubieran ordenado el trabajo del código civil al doctor Alberdi, sus objeciones de hoy no podrían tener lugar y se habrían salvado los derechos de las provincias.

Él, sin embargo de no negar los hechos, dice que Mitre, Sarmiento y Vélez, que reformaron la Constitución del año 53, debieron reformar el artículo de que se trata, pues habiendo descentralizado la República, ese artículo no podía ya tener lugar. No entendemos qué quiere decir descentralizar la República. Las reformas que se hicieron ni mudaron el carácter de la constitución, ni limitaron los derechos de las provincias, ni alteraron en cosa alguna las facultades del Congreso. Pero yo daré la razón por qué no lo hicimos.

Los escritos del doctor Alberdi habían creado en verdad, una opinión general en los pueblos sujetos al gobierno del Paraná, negando a Buenos Aires el derecho de examinar y enmendar la Constitución del año 53.

Fué preciso rechazar invasiones que costaron mucha sangre y dinero; fué preciso dar batallas y tratados públicos para establecer el derecho de examinar esa constitución y sujetar las reformas a una convención nacional. Sabíamos que las reformas que hiciéramos no serían aceptadas sino las limitábamos a las materias de menor importancia.

Dejando muchos artículos de un orden secundario que debían ser reformados, nos ocupamos sólo de las materias políticas más trascendentales. Reunida la convención en Santa Fe, estábamos en minoría. Había veintiún votos para el rechazo de todas las reformas, contra veinte que las aceptábamos. Nos preparábamos a fuertes debates cuando llegó una carta del general Urquiza a uno de los convencionales, encargando la aceptación de las reformas hechas por la convención de Buenos Aires, lo que bastó para que la constitución reformada fuese aceptada. No podíamos, pues, ni pensar en reformar el artículo que es hoy 67 cuando teníamos que luchar para alcanzar reformas sin las cuales jamás Buenos Aires, se hubiera unido con los otros pueblos.

Después de esto, diremos al doctor Alberdi que a nuestro juicio hicieron muy bien los constituyentes del Paraná en dar al Congreso la facultad de dictar los códigos civiles, comerciales y criminales, y que si hubiéramos

podido reformar ese artículo de la Constitución del 53, no lo hubiéramos hecho atendido el estado de las provincias y los precedentes de la misma constitución.

El Congreso constituyente se vió en la necesidad de admitir como Estados en la confederación a todas las fracciones de las antiguas provincias que se habían separado de las capitales de las intendencias: y que así habían vivido desde el año 1820. Pero en varias de esas provincias no había los elementos más indispensables para un gobierno regular. Era de la primera importancia crear el medio para que hubiera leyes civiles conformes a los principios de la constitución política.

Por otra parte, nuestro modo de ser había sido muy diferente del de los Estados Unidos. Allí hay Estados que se han formado bajo la legislación española. Otros bajo la legislación francesa. Unos eran regidos por las cartas reales, y otros por sus respectivos cuerpos legislativos. No era posible, pues, ni conveniente destruir esas leyes propias, y hacer que pueblos cuyas legislaciones tenían tan diversos orígenes se sujetaran a las disposiciones de una sola ley. Los Estados, tales como eran en el primer congreso continental se conservaron hasta la sanción de la constitución. No hubo desmembraciones en los Estados de que se formaran otros Estados. La ley fijaba las condiciones para que en adelante un territorio pudiera alcanzar el papel de Estado, y quedó al Congreso la facultad de admitirlo o no, aunque tuviera la población designada por la ley, pues esas condiciones hacían indispensables todos los medios de población y riqueza para gobernarse por sí.

Entre nosotros, son Estados todas las desmembraciones que sucedieron durante la anarquía de treinta años, tengan o no medios propios de existencia; puedan o no darse una legislación digna de la época en que vivimos y en armonía con la legislación política. Las más de las provincias han pedido, o han recibido una asignación mensual para ocurrir a sus primeras necesidades. Hoy mismo el que conozca nuestro desgraciado estado no dudará que los gobernantes de algunos de los pueblos pueden componer a su antojo los cuerpos legislativos y hacer sancionar las leyes que quieran.

Con códigos generales salvamos los primeros derechos de los hombres, aunque por tiempo ilimitado desaparezca en mucha parte la soberanía provincial. Así también continuamente el orden bajo el cual nacieron y se formaron esos pueblos. Una legislación civil uniforme en todo el territorio los había regido y rige hasta ahora, legislación que ha creado cos-

tumbres también uniformes y por la cual los derechos relativos son perfectamente iguales. El habitante de Buenos Aires que vaya a establecerse en Córdoba o en Salta no se hallará en un país extranjero, como sucede al habitante del norte de los Estados Unidos que muda su domicilio al sur. Se evitarán los conflictos que suceden en los Estados Unidos por la diversidad de las legislaciones civiles.

Los jueces nacionales allí, en los casos que abracen sus jurisdicciones, no conocen ni es posible que conozcan treinta y seis legislaciones diversas. La prueba de la existencia de la ley, como si fuera un hecho del proceso, es a cargo de la parte que la invoque, porque el juez no la conoce.

Pero hemos dicho que un código nacional, aunque tenga ventajas incontestables, destruye en mucha parte la soberanía de las provincias. Esto es sólo un mal temporal que otro día puede cesar sin que se altere la Constitución de la Nación. Cuando las provincias se hallan en estado de darse sus leyes civiles, el Congreso puede retirar la sanción que hubiese dado el código civil, y quedarán los pueblos con capacidad legal para reformarlos o darse otras leyes civiles; pero siempre tendremos un precedente muy feliz en el orden social: el haber tenido las provincias una misma legislación civil.

El doctor Alberdi nos dice, en esta parte del folleto, que «el trabajo de un código es el más pobre de los títulos, que se reduce a un trabajo de copia más fácil y trivial que el de un simple alegato en derecho, pues que la obra de M. de Saint-Joseph ha reunido todos los códigos del mundo y ha creado la erudición mecánica». Este sólo párrafo nos demuestra que el doctor Alberdi nunca se ha ocupado de trabajos legislativos, y nos hace dudar de sus estudios y de su valer como jurisconsulto; pues que cree que un cuerpo de derecho puede formarse copiando artículos de otros códigos. A lo menos nosotros hemos procedido de otra manera y con otros estudios. Podemos decir al doctor Alberdi que las tres cuartas partes de los artículos del proyecto no están en ninguno de los códigos de las diversas naciones, y que si él hubiera siquiera pasado la vista por las citas que hago, hubiera advertido las varias fuentes que me han servido, las doctrinas de los más clásicos escritores.

Yo me proponía que en mi código apareciera el derecho científico, como lo llaman los alemanes al derecho que la ciencia establece, las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia, si yo alcanzase a tanto; y por esto justi-

fico las resoluciones del código con los escritores más conocidos de todas las naciones.

Yo había dicho al gobierno en el oficio de remisión del primer libro, que en un código civil no debía tratarse del goce ni de la pérdida de los derechos civiles, de la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos; que las correspondientes obligaciones de los derechos de igualdad, libertad elegibilidad, seguridad, etc., afectan a toda la masa de las personalidades; que por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares, ni se induce la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe: que la obligación en tales casos es meramente de una inacción indispensable para la efectividad de esos derechos; y que ellos están protegidos de toda violación por las penas del derecho criminal.

No creía con esto abrir un vasto campo como el que se ha creado el doctor Alberdi para empeñarse en demostrarnos que los derechos relativos de que únicamente se ocuparía mi proyecto deben estar en perfecta armonía con los derechos absolutos; que en esto consiste la democracia, y por lo tanto no hallándose en el código establecidos los derechos absolutos es un código ateo, sin fe política, sin patria, sin ley constitucional, sin mente nacional, que tanto puede ser el código de un imperio como de una república, del Brasil como del Plata.

Falta también aquí la buena fe del escritor. Yo no he dicho que no deben establecerse los derechos absolutos de elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., sino que el código civil no es un asiento correspondiente. No he dicho que prescindo de ello, ni que los olvido. Estos derechos tienen un carácter más alto que una simple ley civil que puede en cualquier día revocarse por el Congreso. Ellos están consignados en el código político, en la Constitución nacional donde únicamente deben hallarse. Los supongo existentes, pero no los hago nacer de la ley civil.

Lo que importaría es que el doctor Alberdi estudiando mi proyecto nos demostrara, que en alguno de sus artículos quebranto los derechos absolutos establecidos por la Constitución nacional; pero no lo hace porque no ha leído el código, y el proceso que forma es sólo contra el oficio de remisión del primer libro. Muy luego vamos a demostrarle, que sabemos cuáles son los principios que debe observar un código democrático, y que las leyes civiles que proyectamos están en perfecto acuerdo con ellos.

Había yo también dicho en el oficio de remisión del primer libro, que el método en la composición del código me había exigido los estudios más serios, y que me había decidido por el doctor Freitas, que después de la más ilustrada discusión aceptaba para la recopilación de las leyes del Brasil. El doctor Alberdi sin fijarse en el método del código, sin reprobarlo y sin decir lo que tenga de malo, me culpa por no haber seguido el que se ha observado hasta ahora, que es el de las Instituciones de Justiniano. El doctor Alberdi parece ignorar que el método del Digesto, el gran cuerpo de derecho que hizo trabajar el emperador Justiniano, no se siguió por el código que muy luego hicieron por su orden los mismos jurisconsultos.

El doctor Alberdi también ignora que las instituciones no fueron un cuerpo de leyes, sino un compendio de las leyes del Digesto y del código, trabajadas con sólo el objeto de la enseñanza del derecho, y que en ellos no se guardó ni el método del Digesto ni tampoco el del código romano. Infinitos escritores han criticado el método de la Instituta porque falta absolutamente la filiación de las ideas.

Entre ellos sobresale Leibnitz en la parte de su obra que se intitula *Nova methodus discendi docendi que jurisprudentia*. Domat, en su *Delectus legum*, se empeñó en crear un nuevo método de legislación. Pothier emprendió el mismo trabajo en el título de *Diversis regulis juris antiqui*, conociendo mejor que todos los defectos de la legislación romana. Estas obras no han satisfecho a las necesidades de la ciencia.

Mas el doctor Alberdi ha creído citarme ejemplos del código francés que equivocadamente cree que ha seguido el método de la Instituta, y se burla de la preferencia que he dado al señor Freitas sobre Tronchet, Portalis y Maleville. El doctor Alberdi confiesa que no conoce los trabajos de la legislación del doctor Freitas, y parece convencido que nada mejor puede haber que los jurisconsultos que formaron el código francés, tan criticados hoy por otros jurisconsultos de la misma nación. Puede perdonarme que yo después de un serio estudio de los trabajos del señor Freitas, los estime sólo comparables con los del señor Savigny.

El doctor Alberdi no da al método importancia en la legislación, lo cual es muy conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos. Dice que *los derechos democráticos no tienen gerarquía, porque todos son iguales y hermanos a los ojos de la ley*. Más de un abogado se le ha de reir en su cara al oírle hablar de *derechos democráticos*, de *códigos de libertad*, expresiones tan usadas en su folleto.

Decía yo también al gobierno, en el oficio de remisión, que había dejado algunos títulos que se hallaban en todos los códigos, uno de ellos sobre los registros del estado civil de las personas, porque la materia no correspondía al Congreso, sino que sería objeto de las leyes provinciales, o de las ordenanzas municipales. El doctor Alberdi, poco fiel al transcribir esa parte de mi nota al gobierno, encuentra un gravísimo defecto en el código omitiendo legislar sobre los registros del estado civil de las personas, que es una parte, dice, de la soberanía de la República; pero a mí no se me había encargado legislar tan alta materia como todo lo que puede comprender la soberanía de la Nación.

La causa de esa omisión, dice, aunque no se hable de ella, es bien conocida, es el temor de romper con los fueros de origen eclesiástico, con las prácticas del derecho canónico, o bien con los escrúpulos religiosos de los argentinos, herederos del régimen pasado; pero ¿cómo el doctor Alberdi asegura que no se habla de la causa de esa omisión y la atribuye a otro origen que el que muy claramente designa? En la nota del gobierno digo lo siguiente: «por sólo una excepción en nuestra constitución ha correspondido al Congreso dictar algunos de los códigos, dejando el de procedimientos a la legislatura de los Estados. Buenos Aires, tiene una buena ley sobre los registros del estado civil de las personas que yo propuse en años pasados, que podía trasladarse al código civil, pero esto podría estimarse como una usurpación de los derechos de Estados independientes, pues sería disponer sobre los deberes de los curas, de la policía de cada pueblo o de la municipalidad de cada Estado. Debía suponer existentes esos registros, o que se crearan por las legislaturas respectivas para llevar a efecto el código civil de la Nación».

Ya ve el doctor Alberdi que ni la legislatura de Buenos Aires, ni yo, tenemos las preocupaciones religiosas de que nos culpa: y que mucho antes que él nos alumbrara, ya estaban establecidos esos registros por solo el imperio de la ley civil.

Dejemos éstas y otras cosas de una importancia secundaria, y pasemos a los vicios radicales que el doctor Alberdi juzga que ha de tener nuestro Proyecto de código civil.

En mala hora dije en mi oficio de remisión que entre las fuentes que me habían servido para la composición del primer libro, tenía como muy principal el proyecto de código civil que trabaja el señor Freitas para el imperio del Brasil.

Esto ha bastado para que el doctor Alberdi asegure no haber yo buscado las fuentes naturales para el trabajo de un código democrático, las primeras las leyes patrias; nos dice que no tenemos otra dirección que las leyes del Brasil; que vamos a introducir las instituciones y costumbres brasileñas; y aunque el señor Freitas haya abandonado su obra faltándole mucho para acabarla, el doctor Alberdi supone que en las materias más importantes de que ese escritor no había aún tratado, vamos a seguir la legislación que prepara para el Brasil.

Con este motivo nos enseña los principios democráticos que debían guiarnos, nos habla de la organización de la familia, sin decir si la hemos organizado bien o mal en el primer libro.

Otras veces vuelve sobre sus antiguos temas políticos, y me dice, que el hombre que dirigió el tratado de noviembre, y que hizo el tratado de junio, encargado ahora de hacer el código civil, tiene siempre en mira *hacer la Nación para la provincia de Buenos Aires: hacer leyes de Indias para Buenos Aires*, y todo lo demás que tantas veces atribuye a los que rechazaron el acuerdo de San Nicolás, y resistieron la imposición de la Constitución del Paraná sin previo examen.

Ahora toma un nuevo motivo, la guerra del Paraguay, y ya juzga que mi trabajo es un corolario del tratado de alianza y que lleva idénticas miras, la subordinación de la república al imperio. ¿Qué contestar a todo esto? Diremos solamente que el error como la verdad tienen su lógica; que hay espíritus que empeñados una vez en un mal camino son arrastrados a descender todas las gradas de un abismo, donde no se precipitaría la ignorancia misma.

Diremos también, que ahora dudamos de los adelantamientos que con su buen talento podía haber hecho el doctor Alberdi en las ciencias positivas. Su carácter no le permite ver las cosas sino como una vez las vió; no saldrá de un primer error, tiene un exceso de confianza en su propia capacidad; ni los hechos ni las demostraciones más patentes nada le enseñarán.

Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas. Después podía haber observado que en los diversos títulos me guían unas veces Savigny, Zachariae, Ortolan, etc., y otras Aubry y Rau, Pothier, Troplong, Duranton y otros grandes jurisconsultos que no escribieron para el Brasil.

Podía también haber visto todo lo que me sirvo del código francés sin pensar que mi país tome las costumbres francesas ni que sea colonia de aquel imperio. No conoce dónde ha acabado el proyecto del señor Freitas, y verá muy luego que yo sigo mi trabajo en las más altas materias del derecho sin auxilio alguno del señor Freitas.

El doctor Alberdi nos hace tan graves inculpaciones, nota en mi obra vicios tan radicales, pero no designa algún título, algún artículo que justifique sus cargos. Prescinde de las disposiciones del código y juzga de lo que serán sólo porque esas fórmulas son trazadas por uno de los que rechazaron la Constitución del 53, y porque el trabajo del código lo ordenó el que hizo un tratado de alianza con el Brasil para defendernos de la invasión del Paraguay.

Veamos, pues, en el código mismo, cómo hemos constituido la familia; veamos si la mujer argentina será la mujer brasileña, como dice el doctor Alberdi; veamos si hemos establecido los principios democráticos propios de una república y con los cuales una aristocracia no podría subsistir.

Al matrimonio, fundamento de la familia, le conservamos su carácter religioso que ha tenido desde los más antiguos tiempos, tanto por la iglesia católica como por la iglesia griega, por las iglesias disidentes como por las no conformistas de los cultos protestantes.

Reconocemos por legítimos todos los matrimonios celebrados según las leyes y costumbres del lugar en que el acto ha pasado. Reconocemos por legítimos aun los matrimonios celebrados entre infieles. Los hijos de los matrimonios de los indios de nuestras Pampas son para nosotros, como lo son para la iglesia, hijos legítimos, doctrina que ya ha tenido sus efectos prácticos. Aun aquellos matrimonios que la iglesia católica no reconoce por legítimos, nosotros los tenemos como matrimonios legales, y un francés católico casado civilmente en Francia no podría casarse en la República viviendo su mujer.

Respecto a los hijos, la obligación de mantenerlos según su clase, es solidaria en los padres, aun para el que no es culpable en el divorcio. Ni al padre ni a la madre constituímos el derecho de tener los hijos, cualquiera de ellos que diese causa a la separación del matrimonio.

Los hijos deben ir con el padre o madre más capaz de educarlos. Desconocemos en nuestro código la teoría de los peculios. En lo que el hijo gane por sí, el padre no tiene el usufructo. Limitamos la minoridad a solo 22 años. No reconocemos otro medio de emancipación que por el

matrimonio; pero al menor emancipado no le permitimos la libre disposición de sus bienes. No habrá ya esas cuestiones escandalosas entre hijos y padres sobre el disenso de éstos para que sus hijos contraigan matrimonio. El señor Alberdi podía estudiar en nuestro título de la patria potestad los derechos y obligaciones de los padres, para decirnos que hemos faltado en la constitución de la familia a los principios que exige hoy el estado de la sociedad.

Veamos a la mujer. Nosotros partimos de una observación en la historia de la humanidad, que cada paso que el hombre da hacia la civilización, la mujer adelanta hacia la igualdad con el hombre.

A la madre viuda le damos los mismos derechos que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de éstos. Le damos la patria potestad igual a la del padre: le damos el usufructo de los bienes de los hijos menores y no emancipados por el matrimonio. Ella ya no será la mera tutora de sus hijos, ni tendrá necesidad de dar fianzas para la administración de los bienes de ellos. Sus hijos no podrán serle quitados sino en los casos en que los padres pueden ser privados del ejercicio de la patria potestad.

Durante el matrimonio, la mujer argentina no será por cierto la mujer brasileña. En todo lo relativo a la sociedad conyugal nos hemos separado absolutamente de la legislación brasileña y del Proyecto de código civil del señor Freitas y de todos los códigos existentes.

Nosotros permitimos las convenciones entre esposo y esposa antes del matrimonio, pero las limitamos a muy pocos objetos. Nos separamos de los códigos extranjeros y de las mismas leyes españolas que permiten a los esposos contratar sobre la administración de sus bienes, educación y religión de sus hijos, divorcio de los esposos, privación de algunos derechos de los maridos y tantos objetos que por las legislaciones existentes pueden abrazar las convenciones matrimoniales. Decimos todo esto para que el doctor Alberdi conozca positivamente cómo constituimos los derechos relativos a la familia.

Permitimos las donaciones del esposo a la esposa en la cantidad y valor que él quiera; pero no permitimos las de la esposa al esposo, como la permiten las leyes españolas, porque esas donaciones no pueden tener, según nuestro sistema, otro fin que comprar un marido, desde que la esposa casándose debe entregarle todos sus bienes.

Hacemos una verdadera sociedad de la sociedad conyugal. La mujer será una compañera del marido y tendrá en sus bienes los verdaderos derechos de un propietario. Podrá ella enajenarlos aunque sean innumera-

bles con consentimiento del marido. Podrán ambos a este respecto obligarse solidariamente. Hacemos por lo tanto enajenables los bienes dotales quitándoles la inmovilidad a que están condenados con grave perjuicio de la riqueza general; pero, por esto mismo que facultamos a la mujer para disponer libremente de sus bienes y tener la mitad de las ganancias durante el matrimonio, le privamos de los privilegios extraordinarios que gozan los bienes dotales.

Concedemos derechos sucesorios al marido y a la mujer no habiendo ascendientes o descendientes, y aun habiéndolos, a uno y otro les señalamos una parte legítima en la herencia.

Díganos, pues, el doctor Alberdi ¿en que se parece la mujer argentina a la mujer brasileña?

Demostraremos ahora que no hemos faltado a los principios que debían guiarnos en un código civil para una república, a los principios democráticos, como lo cree el doctor Alberdi sin designarnos dónde se encuentra el error. Él se sirve de expresiones tan generales en la materia, que el lector que no es de la profesión, creará que el doctor Alberdi tiene conocimientos muy especiales para la legislación civil de un pueblo democrático.

Ni Cujas ni Savigny habrán oído hablar de *códigos de libertad*. La jurisprudencia tiene sus principios generales que han guiado a los legisladores de todos los siglos. Justiniano aceptó en Constantinopla como leyes, los textos de escritores romanos de cinco siglos anteriores, jurisconsultos del tiempo de Augusto, Papiniano, Paulo, etc.

Más de mil años después, los primeros hombres de la Francia, al formar el Código Napoleón, tomaron también en los títulos generales del derecho los principios de la legislación de Justiniano explicados y desenvueltos por Pothier y Domat a los cuales copiaron a la letra.

Ni en Roma, ni en Constantinopla, ni en Paris, los profesores de la ciencia oyeron jamás que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contratos democráticos, de códigos democráticos, o de códigos de libertad. El principio democrático en un código debe sólo aparecer en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder jamás privilegios personales: en la constitución de los derechos reales que únicamente puedan permitirse en una república: en la libre transmisión de la propiedad, sin que se pueda imponer a los bienes la condición de inenajenabilidad; y en la ley de sucesiones que reparte igualmente los bienes entre todos los herederos

legítimos.

Veamos lo que nosotros hemos observado y lo que observaremos en lo que nos resta que hacer de nuestro trabajo.

Es excusado decir que en el Proyecto de código civil no hay clase alguna de persona privilegiada.

En las leyes de sucesión nos hemos separado no sólo de las leyes existentes y de las leyes del Brasil, sino también de las de todos los códigos publicados. Sea la sucesión testamentaria *ab intestato*, los herederos legítimos suceden por iguales partes tanto en los bienes raíces como en los bienes muebles. No damos a los padres la excesiva facultad de dar a un solo hijo la mitad de los bienes en el tercio y quinto que vienen a formarla próximamente. El derecho de mejorar no puede exceder de una legítima. Damos a los hijos naturales una parte legítima en la herencia, la cuarta parte de lo que corresponda a los herederos legítimos. Les damos también a los cónyuges una porción legítima como lo hemos dicho, aunque haya ascendientes o descendientes legítimos. Establecemos la reciprocidad en el derecho de suceder.

Prohibimos a los testadores imponer rentas perpetuas sobre los bienes territoriales, ni hacer vinculaciones de ningún género; les prohibimos imponerles carga de género alguno por un término que pase de cinco años; no admitimos que los testadores prohiban a sus sucesores que enajenen los bienes raíces o muebles que les donaren o dejasen en testamento por más término que el de diez años.

Prohibimos la constitución de derechos superficiarios, y el único derecho real sobre el territorio será el del propietario del suelo.

No conocemos la enfiteusis, ni permitimos su constitución, base indispensable para la aristocracia.

En los actos jurídicos entre vivos, los bienes inmuebles serán siempre enajenables aunque el propietario se hubiese obligado a no enajenarlos.

Los propietarios de esos bienes no pueden tampoco imponerles censos, ni rentas que se extiendan a más término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición.

Prohibimos los arrendamientos que usan en Europa por muy largos años, y no reconocemos a los que pasen de diez años.

En el sistema hipotecario nos hemos separado absolutamente de la ley hipotecaria que rige en el Brasil, de la que se han dado la España, la Francia y otras naciones, y a tal gravamen en las fincas le damos sólo por término legal el de diez años.

Podríamos continuar esta serie de disposiciones que contiene o que contendrá nuestro trabajo; pero juzgamos que lo que hemos dicho será suficiente para satisfacer al doctor Alberdi que no hemos faltado a los principios de la democracia, ni en la constitución de la familia, ni en la constitución del matrimonio, ni en las sucesiones, ni en las leyes que deben regir los bienes raíces que hacen parte del territorio de la Nación.

Hemos concluído la contestación al folleto del doctor Alberdi, dejado puntos secundarios que no importan mucho a los lectores. El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código por sólo la manía con que nació de escribir folletos. Ha escrito más folletos en Buenos Aires, en Montevideo, en Chile y en Europa que los años que tiene, sin que su gran talento se demuestre una sola vez en una obra didáctica. Pero, puesto que ha escrito sobre el proyecto en general, como él dice, le pedimos, y él no puede rehusarse, de escribir en particular sobre los títulos del código. Este sería un trabajo que manifestaría imparcialidad en sus juicios, su saber, y el interés verdadero que toma por una buena legislación para la República Argentina.



## Bibliografía

### FUENTES PRIMARIAS

*Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*, primer fascículo, sesiones de la primera a la cuarenta y cuatro, 2.<sup>a</sup> ed., Imprenta C. A. Castrillón, Lima, 1928.

ALBERDI, J. B., «El proyecto del Código Civil para la República Argentina», *Obras completas*, Buenos Aires, tomo VII, pp. 80-135.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (Journées franco-italiennes), «La circulation du modele juridique français», mai, 1993, Niza, en *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* (jornadas publicadas por el Libraire de la Cour de cassation, tome XLIV, Paris, 1993).

AUBRY C., y C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 3.<sup>a</sup> edición, Cosse Imprimeur éditeur, 1857.

---

\* Hemos considerado innecesario incluir legislación o códigos.

José Antonio Barrenechea, 1829-1889. *Su vida y su obra*, Imprenta Torres Aguirre, editada por sus hijos y nietos, Lima, 1929.

BELLO, Andrés, «Proyecto de Código Civil» (3 vols.), en *Obras completas*, Universidad de Chile, Editorial Nascimento, 1953.

CABRAL TEXO, JOSÉ, *Fuentes nacionales del Código Civil argentino* (estudio de algunas de sus instituciones, tesis doctoral), Jesús Menéndez editor, Buenos Aires, 1919.

——— *Juicios críticos sobre el proyecto del Código Civil argentino*, Jesús Menéndez editor, Buenos Aires, 1920.

*Catálogo de la biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield*, con prólogo de Enrique Martínez Paz, Córdoba, 1940.

*Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1926.

*Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, por Vicente Romero Girón y Alejo García Moreno, Imprenta de Enrique Maroto, Madrid, 1893.

DEMOLOMBE, J. Ch. F., *Cours de Code Napoléon. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état, du domicile*, Paris, 1865.

DURANTON, M., *Cours de droit français, suivant le Code civil*, 4.<sup>a</sup> ed., G. Thorel y F. Guilbert, Paris, 1844.

ELIZALDE, Miguel, *Concordancias de los artículos del Código Civil chileno entre sí i con los artículos del Código Civil francés*, Imprenta La Libertad, Santiago de Chile, 1871.

«Exposiciones de motivos del Libro V (Obligaciones) del Código Civil

- de 1933», en *Revista del Foro*, órgano del Colegio de Abogados de Lima, Lima, año XXIII, enero-junio de 1936, n.ºs 1, 2, 3, 4, 5 y 6, pp. 622-697.
- FELIÚ CRUZ, Guillermo, *La prensa chilena y la codificación, 1822-1878*, Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la Muerte de Andrés Bello, Santiago de Chile, 1966.
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836. Reimpreso en 1968.
- FREITAS, A. T., *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil argentino*, García Santos-Roldán, Buenos Aires, 1909.
- , *Vocabulário jurídico*, Editora Saraiva, San Paulo, 1983.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1952. Reimpresión: Zaragoza, 1974.
- GRASSERIE, Raoul de la, «Etude des législations étrangères. Juicio del Código Civil peruano», en *Código Civil peruano*, con apéndice de Miguel Antonio de la Lama, Librería Imprenta Gil, Lima, 1905.
- HONNOL, John, *The Life of Law. Readings on the Growth of Legal Institutions*, The Free Press of Glencoe, Collier-Mc. Millan Limited, London, 1964.
- LASTARRIA, J. V., *Instituta del Derecho civil chileno*, Imprenta de Eug. Vanderhaeghen, 2.ª ed., Gante, 1864.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, Bruylant-Christophe, Librairie A. Marescq, 4.ª ed., Paris, 1887.

*Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Arthur Rosseau éditeur, Paris, 1904.

LOCRÉ, J. G., *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, Paris, 1807-1814.

——— *Spirito del Codice Napoleone*, Brescia, 1826.

PACHECO, Toribio, *Tratado de Derecho civil*, Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro y Cía., 1860 (t. I); 1862 (t. II), Librería Hispano-Francesa; 1864 (t. III), Librería Hispano-Francesa y Librería Central, Lima.

——— *Tratado de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Imprenta del Estado, Lima, 1874.

PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil francés (1801)*, EDEVAL, Valparaíso, 1978.

*Proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, redactado por Eduardo Acevedo*, edición conmemorativa, Consejo Nacional de Gobierno, Montevideo, 1963.

ROGRON, J. A., *Les codes français expliqués*, Henri Plon, Imprimeur éditeur, 4.<sup>a</sup> ed., Paris, 1857.

SAINT-JOSEPH, Antoine de, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1856.

THIBAUT, Anton Friedrich Justo, «Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania»; SAVIGNY, Friedrich Karl von: «De la vocación de nuestra época por la legislación y la ciencia del Derecho», en *La codificación*, Aguilar, Madrid, 1970.

*Travaux de la Semaine Internationale de Droit 1950. L'influence du*

*Code civil dans le monde*, Asociación Henri Capitant - Societè de Législation Comparée, Pendone, Paris, 1954.

VÁZQUEZ, Humberto, L. MICIELI, M. E. BAZÁN, y M. A. CALVO LEAL, *El Derecho romano en la biblioteca del doctor Vélez Sársfield. Ensayo histórico*, Universidad Nacional de La Rioja, 1996.

VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Proyecto de Código Civil para la República Argentina (Libro I)*, Imprenta La Nación Argentina, Buenos Aires, 1865.

VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, *Proyecto de un Código Penal; contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general y de la particular naturaleza de los más conocidos*, impreso en Boston, por Hiram Tupper, 1828.

\_\_\_\_\_  
*Proyecto del Código Eclesiástico*, Imprenta de Julio Didot Mayor, París, 1830.

\_\_\_\_\_  
*Proyecto del Código Civil peruano* (dividido en tres partes), Imprenta del Constitucional por Justo León. Primera parte: De las Personas (1834); segunda parte: Dominio y contratos (1835), y tercera parte: «todo lo que corresponde a últimas voluntades» (1836), Lima.

VISO, Julián, *Proyecto de Código Civil presentado al Congreso de Venezuela por el doctor Julián Viso*, Caracas, 1854. Reimpresión en San Juan de los Morros, 1955.

#### FUENTES SECUNDARIAS: LIBROS

ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Bibliothèque de Philosophie du Droit, volume IX, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1969.

\_\_\_\_\_ *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Bibliothèque de Philosophie du Droit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1973.

(versión española) *La regla de juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*, Universidad del Zulia, Instituto de Filosofía del Derecho, Maracaibo, Venezuela, 1978.

\_\_\_\_\_ *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Presses Universitaires de France, Collection SUP, volume VII, 1975.

ASTUTI, Guido, «Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui Codici degli stati italiani sucesori», en *Napoleone e l'Italia*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1973.

BASADRE, Jorge, *Historia del Derecho peruano*, Editorial Antena, Lima, 1937.

\_\_\_\_\_ *Los fundamentos de la historia del Derecho*, Librería Internacional del Perú, 1956.

BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994.

BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, Porrúa, México, 1982.

BELLO LOZANO, Humberto, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*, Editorial Estrados, Caracas, 1966.

BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1983.

- BERNORDIE, J. E., *Introduction a l'histoire des sources du droit français civil et criminel*, Chez M. J., Jansen, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1897.
- BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli editore, Torino, 1979.
- BONNECASE, Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Delmas éditeur, Bordeaux, 1933.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Formación del Derecho occidental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- \_\_\_\_\_ *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
- BRISSAUD, Jean, *A History of French Private Law*, John Murray, London, 1912.
- BRISSET, Jean, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Presses Universitaires de France, PUF, Paris, 1967.
- CABRAL TEXO, José, *Historia del Código Civil argentino*, Jesús Menéndez editor, Buenos Aires, 1920.
- CAENEGEM, Raoul C., *I signori del Diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè editore, Milano, 1991.
- CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984.
- CATALANO, Pierangelo (edición y compilación a cargo de), *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano*, ASSLA-CNR, Materiali II, Roma, 1989.

- *Diritto e persone. Studi sulle origine e attualità del sistema romano*, tomo I, Giapichelli editore, Torino, 1990.
- CATALANO, Pierangelo; H. A. STEGER, y G. LOBRANO, *América latina y el Derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
- CATTANEO, Mario, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966.
- CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè editore, Milano, 1982.
- CHIOSSONE, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1980.
- CHUMACERO CHIARELLI, F., *Bello y Viso codificadores*, Maracaibo, 1959.
- CONRAD, Hermann, *Das allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, Walter de Gruyter, Helft 22, Berlin, 1965.
- CORRADINI, Domenico, *Garantismo e statualismo*, Giuffrè editore, Milano, 1971.
- CORTESE, Ennio, *Il rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni editore, Roma, 1992.
- DAWSON, John P., *The Oracles of the Law*, The University of Michigan Law School, Michigan, 1968.
- ERLICH, Eugen, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Russell & Russell, New York, 1962.
- ESMEIN, A., *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 a*

1814. *Revolution, consulat & empire*, Lib. de la Société du Recueil, Sirey, Paris, 1911.

——— *Cours elementaire d'histoire du droit français*, Recueil Sirey, Paris, 1920.

FEHRENBACH, Elisabeth, *Sociedad tradicional y Derecho moderno*, Alfa Argentina, Barcelona, 1980.

FOIGNET, René, *Manuel elementaire d'histoire du droit français*, 2.<sup>a</sup> ed., Lib. Arthur Rousseau et Cie., Paris, 1926.

GALANTER, M., *Law and Society in Modern India*, ed. R. Dhayan, Oxford University Press, Delhi, 1989.

GALGANO, FRANCESCO, *Il rovescio del Diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1991.

GAUDEMET, Eugène, *L'interpretation du Code Civil en France depuis 1804*, Bâle et Paris, 1935.

GHISALBERTI, Carlo, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Laterza, Bari, 1988.

——— *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Laterza, Bari, 1994.

GONZALES, Juan Carlos, *Influencia del Derecho español en América*, Colecciones Mapfre, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981.

——— *El Derecho civil en México, 1821-1871. Apuntes para su estudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1988.

- GUTIÉRREZ, Carlos José, *El funcionamiento del sistema jurídico*, San José, Editorial Juricentro, 1979.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago, 1977.
- *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil* (2 vols.), Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Histoires, Paris, 1992.
- HARRASOWISKY, P. H. von, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes*, Viena, 1868.
- HOLCOMBE KILBOURNE, Richard, *A history of the Louisiana Civil Code: The Formative Years, 1803-1839*, Clinton, 1987.
- HURTADO POZO, José, *La ley «importada»*, CEDYS, Lima, 1979.
- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè editore, 1979. (Hay versión castellana: *La edad de la descodificación*, Bosch, 1992.)
- *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
- JOHN, Michel, *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany: The Origins of Civil Code*, Oxford University Press, 1989.
- KITIGAWA, Zenteno, *Reception und Forblindun des europäischen Zivilrechts in Japan*, Francfort-Berlin, 1970.
- KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

- LAFAILLE, Héctor, *Fuentes del Derecho civil en América latina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- LASKY, Harold, *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, 4.<sup>a</sup> reimpresión, México, 1974.
- LEFEBVRE, Charles, *Cours de l'histoire du droit civil française*, Recueil Sirey, Paris, 1912-1918.
- LEVAGGI, Abelardo, *Dos estudios sobre Vélez Sársfield*, Cuadernos de Investigaciones, n.º 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U. B. A., Buenos Aires, 1988.
- \_\_\_\_\_ (coordinador) *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992.
- LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., tomo X, Buenos Aires.
- MACERA, Pablo, *La imagen francesa del Perú*, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1976.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez y el Código Civil argentino*, B. Cubas editor, Córdoba, 1916.
- \_\_\_\_\_ *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*, Imp. de la Universidad, Córdoba, 1927.
- MAYER, Arno J., *La persistencia del Antiguo Régimen*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- MEIRA, Silvio, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império, vida e obra*, J. Olympio, Brasília, 1983.

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, California, 1969.

MIJARES, A., *Don Julián Viso*, Caracas, 1960.

MOLITOR, Erich, y Hans SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1975.

NELLE, Dietrich, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello. Ein Beitrag zum lateinamerikanischen Zivilrecht*, Metzner, Francfort, 1988.

OLIVIER-MARTIN, F., *La coutume de Paris; trait d'union entre le droit romain et les legislations modernes*, Recueil Sirey, Paris, 1925.

——— *Histoire du droit française des origines a le revolution*, Domet Montchrestien, Paris, 1951.

OURLIAC, Paul, *Historia del Derecho*, Ed. Cájica, Puebla, 1952.

PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des Droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1975.

PARADISI, Bruno, *Apologia della Storia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1973.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Monte Ávila, Caracas, 1978.

——— *Los abogados en Venezuela*, Monte Ávila, Caracas, 1981.

PIANO MORTARI, Vincenzo, *Gli inizi del Diritto moderno in Europa*, Liguori editore, Napoli, 1982.

- \_\_\_\_\_ *Cinquecento giuridico francese*, Liguori editore, Napoli, 1990.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.
- \_\_\_\_\_ *La influencia del Derecho romano en la obra de Toribio Pacheco. Un rasgo de la identidad jurídica latinoamericana*, Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú, serie Cuadernos de Investigación, Lima, 1996.
- \_\_\_\_\_ *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, ARA ediciones, Lima, 1996.
- REGNAULT, Henri, *Manuel d'Histoire du droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 5.º édition, Paris, 1947.
- RENNER, Karl, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1981.
- RICO-PÉREZ, Francisco (director y coordinador), *Centenario del Código Civil* (4 vols.), Universidad de Pinoso Enrique Tierno Galván, Alicante, 1989.
- SCHIAVONE, Aldo, *Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.
- SCHIPANI, Sandro (edición y selección al cuidado de), *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaesi 5, Giuffrè editore, 1981.
- \_\_\_\_\_ (edición y selección) *Cultura iberica e Diritto romano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Studi Sassaesi 8, Napoli, s/f.
- \_\_\_\_\_ (edición y selección) *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto*

*latinoamericano*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1, CEDAM, Padova, 1988.

\_\_\_\_\_ (edición y selección) *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 2, CEDAM, Padova, 1989.

\_\_\_\_\_ (edición y selección) *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 3, CEDAM, Padova, 1991.

SCHWARTZ, Bernard, *The Code Napoleon and the Common Law World*, New York University Press, New York, 1956.

SNYDER, Frederick, *Latin American Society and Legal Culture*, Greenwood Press, Library of Congress, 1985.

SOLARI, Gioele, *L'idea individuale e l'idea sociale nel Diritto privato*, Milano, Torino, Roma, Fratelli Bocca editori, 1911.

\_\_\_\_\_ *Storicismo e Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1940.

\_\_\_\_\_ *Filosofía del Derecho privado. La idea individual*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1946.

\_\_\_\_\_ *Individualismo e Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1959.

SOLER, Albert, *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Arthur Rousseau éditeur, 2 tomos, Paris, 1904.

STEIN, Peter, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione del sistemi giuridici*, Giuffrè editore, Milano, 1987.

STERN, Jacques, *La codificación*, Aguilar, Madrid, 1979.

- STOILLES, Michael, *Juristen ein biographisches*, Verlag C. H. Beck, München, 1995.
- STRAKOSH, H. E., *State Absolutism and the Rule of Law. The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sidney, 1967.
- TARELLO, Giovanni, *Storia de la cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- TEUBER, W., *Kodification und Rechtsreform in England*, Duncker und Humblot, Berlin, 1974.
- THEEWEN, Eckhard María, *Napoléons Anteil am Code Civil*, Duncker & Humblot, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 2, Berlin, 1991.
- TIERNO GALVÁN, Enrique, *Tradición y modernismo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.
- TIGAR, Michael, y Madelaine LEVY, *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, Siglo XXI editores, México, 1977.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. Reimpresión: 1993.
- *En el país de las colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.
- VANDERLINDEN, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.

\_\_\_\_\_ *Les systèemes juridiques africains*, Paris, PUF, 1983.

VARGA, Csaba, *The Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Editorial Akadémiai Kiadó, Budapest, 1991.

VERNENGO, R. J., *La interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1977.

VIEHWEG, Theodor, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè editore, Milano, 1962.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1975.

VIORA, Mario Enrico, *Consolidazione e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, 3.<sup>a</sup> edición, Torino, 1967.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.

WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957. (Hay edición italiana: *Storia del Diritto privato moderno*, Giuffrè editore, Milano, 1980.)

WHITMAN, James Q., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton University Press, New Jersey, 1989.

ZWEIGERT, Konrad, y Hein Kötz, *Introduzione al Diritto comparato*, Giuffrè editore, Milano, 1992.

#### FUENTES SECUNDARIAS: ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES PERIÓDICAS Y COLECTIVAS

ANTILLON, Walter, «Rivoluzione e codificazione del diritto in Nicaragua», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 199-206.

- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, «*Elucidationes*, un libro jurídico mexicano del siglo XVIII», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, México, 1979, pp. 423-450.
- «Historia de la enseñanza del Derecho romano en Michoacán (México). 1799-1910», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 263-281.
- ARROM, Silvia Marina, «Changes in Mexican Family Law in the Nineteenth Century: The Civil Codes of 1870 and 1884», en *Journal of Family History* 10/3, 1985, pp. 305-317.
- ÁVILA MARTEL, Alamiro de, «Londres en la formación jurídica de Andrés Bello», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, pp. 317-350.
- AYITER, Ferid, «Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive "Europa un das romische Recht" un unterbesonderer Berücksichtigung der Rezeption west europaischer Gesetzbucher in der modernen Türkei», en *Studi in memoria di Paolo Koschaker: l'Europa e il diritto romano*, vol. II, Giuffrè editore, Milano, 1954.
- BAYITCH, S. A., «La codificación en el Derecho civil en el *Common Law* (estudio comparativo)», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 3, n.º 7, enero-abril, México, 1970, pp. 3-57.
- BRAVO LIRA, Bernardino, «La difusión del Código Civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, pp. 71-106.
- «Vigencia de las Partidas en Chile», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, Valparaíso, 1985, pp. 43-105.

- \_\_\_\_\_ «La literatura jurídica en el barroco», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, Valparaíso, 1985, pp. 227-268.
- \_\_\_\_\_ «Derecho común y Derecho natural en el Nuevo Mundo», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 11, Valparaíso, 1986, pp. 63-79.
- \_\_\_\_\_ «La codificación en Chile (1811-1907) dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 12, Valparaíso, 1987-1988, pp. 53-103.
- \_\_\_\_\_ «Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, coordinador Abelardo Levaggi, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992.
- BRUTTI, Massimo, «Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vols. 3/4, 1974/1975, t. II, pp. 763-799.
- CATALANO, Pierangelo, «Il diritto romano attuale dell'America latina», en *Index*, n.º 6, Napoli, 1982, pp. 87-119.
- CHASSAING, J. F., «Les successiones et les donations à la fin de l'Ancien Régime et sous la Révolution», en *Droit et cultures*, 1982, pp. 85-111.
- CLAVERO, Bartolomé, «La idea de Código en la Ilustración jurídica», en *Historia, Instituciones y Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.
- \_\_\_\_\_ «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 18, Firenze, 1989.

- \_\_\_\_\_ «Ley del Código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 25, 1994, pp. 81-194.
- COING, Helmut, «Historia del Derecho y dogmática jurídica», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 6, Valparaíso, 1981, pp. 105-118.
- \_\_\_\_\_ «Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos xvii y xviii», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, vol. 9, 1993, pp. 249-261.
- CUESTAS, Carlos, «Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena», en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 12, Instituto Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro.
- DAWSON, John P., «The Codification of the French Customs», en *Michigan Law Review*, n.º 38, 1939, pp. 765 ss.
- DÍAZ BIALET, Agustín, «La recepción del Derecho romano en la Argentina», *Boletín de la Facultad de Derecho*, Córdoba, julio-septiembre de 1950.
- DÍAZ MOLANO, Elías, «José Francisco López, un jurista argentino del ochocientos», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 3, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1975, pp. 25-79.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Codificación, descodificación y recodificación», en *Themis*, n.º 25, Lima, 1993, pp. 12 ss.
- DO COUTO E SILVA, Clovis, «Le Droit civil bresilein aperçu historique et perspectives d'avenir», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 18, 1989, pp. 147-169.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Comparación jurídica y unidad del sistema

jurídico latinoamericano», en *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaesi 5, Università di Sassari, Giuffrè editore, Milano, 1981, pp. 9-18.

GARCÍA GALLO, Alfonso, «La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 44, Madrid, 1974.

— «La penetración de los Derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española (1492-1824)», en *Index*, n.º 6, Napoli, 1982, pp. 3-11.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J., «Tradición legal y tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista», en *Cultura iberica e Diritto romano*, Studi Sassaesi 8, Napoli, 1986, pp. 187-194.

GAUDEMET, J., «Les modalités de réception du droit à la lumière de l'histoire comparative», en *Le nuove frontiere del diritto e i l problema dell'unificazione*, Giuffrè editore, Milano, 1979, pp. 411-450.

GOMES, Orlando, «Historical and Sociological Roots of Brazilian Civil Code», en *Inter-American Law Review* 1, 1959, pp. 331 ss.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, «Algunas consideraciones en torno a la influencia del Derecho romano en las codificaciones civiles de América latina», *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 147-165.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto, «El proceso legislativo paraguayo (desde la colonia hasta comienzos del siglo XX)», *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 167-189.

GHISALBERTI, Carlo, «Per un confronto tra la storia giuridica di Italia di

quella di Spagna», en *Cultura iberica e Diritto romano*, Napoli, 1986, pp. 427-438.

GROSSI, Paolo, «Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà "moderna")», en *Quaderni fiorentini...*, n.º 14, 1985, pp. 401-456.

\_\_\_\_\_ «Absolutismo giuridico e diritto privato», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, n.º 64, 1991, pp. 5-17.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, «La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica», en *Index*, n.º 6, Napoli, 1982, pp. 74-82.

\_\_\_\_\_ «Para la historia de la fijación del Derecho civil en Chile durante la República (XII. Diego Portales y la codificación)», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, vol. 9, 1983, pp. 263-280.

\_\_\_\_\_ «Codex», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, Valparaíso, 1985, pp. 107-144.

\_\_\_\_\_ «Crítica al Derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 129-146.

\_\_\_\_\_ «Los dos primeros libros chilenos de Derecho civil patrio en Chile», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 11, Valparaíso, 1986, pp. 143-163.

\_\_\_\_\_ «El régimen de la costumbre en los códigos europeos y americanos del primer tercio del siglo XIX», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 12, Valparaíso, 1987-1988, pp. 237-254.

\_\_\_\_\_ «Codificación y consolidación: una comparación entre el

pensamiento de Andrés Bello y el pensamiento de Augusto Teixeira de Freitas», en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, 1, CEDAM, Padova, 1988, pp. 237-254.

\_\_\_\_\_ «La Revolución francesa y la legislación civil y constitucional», en *Revista Chilena de Humanidades* (numero especial), Universidad de Chile, Santiago, 1989, pp. 35-50.

\_\_\_\_\_ «Derecho romano e interpretación de los códigos de los juristas latinoamericanos», en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 10, Rio, 1991, pp. 29-40.

\_\_\_\_\_ «Codificación, descodificación y recodificación del Derecho civil chileno», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XC, n.º 2, 1993, pp. 39-62.

HALPÉRIN, Jean-Louis, «Note sur une consultation et un discours inachevé de Tronchet», en *Revue historique de droit français et étranger*, 1986, pp. 221-230.

HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, «El Derecho romano en el pensamiento y en la docencia de don Andrés Bello», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 6, Valparaíso, 1981, pp. 403-470.

\_\_\_\_\_ «Fuentes de las "Instituciones de Derecho romano" compuestas por don Andrés Bello y publicadas en nombre del autor», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 6, Valparaíso, 1981, pp. 403-470.

\_\_\_\_\_ «Augusto Teixeira de Freitas y Andrés Bello», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 8, Valparaíso, 1983, pp. 101-122.

HIRSCH, Ernst E., «Die Rezeption fremden Recht als Sozialen Prozess», en *Das Recht in sozialen Ordnungsgefüge*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 89-105.

- HUUSSEN, A. H., «Le droit du mariage au cours de la Révolution française», en *Tidjischirft voor rechtsgeschiedenis*, 1979, pp. 9-51, 99-127.
- LEIVA, Alberto David, «La biblioteca de un jurista mendocino del siglo XIX, don Manuel Antonio Sáez», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 2, Buenos Aires, 1974, pp. 119-224.
- LEVAGGI, Abelardo, «La interpretación del Derecho en la Argentina del siglo XIX» en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 7, Buenos Aires, 1980, pp. 23-121.
- «La biblioteca del doctor Francisco Pombo de Otero», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 8, Buenos Aires, 1980, pp. 475-500.
- «El método del Código Civil argentino y sus fuentes», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 10, Valparaíso, 1985, pp. 159-175.
- «El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 251-262.
- «El romanismo de los primeros comentaristas del Código Civil argentino», en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro.
- «Alberdi-Vélez Sársfield: una polémica trascendental sobre la codificación argentina», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992.
- MAILLET, Jean, «Codifications napoléoniennes. Développement Economique et formation de la société française capitaliste», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 2, 1973, pp. 111-145.

MARTIN, Xavier, «L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme», en *Revue historique de droit français et étranger*, 1982, pp. 589-618.

——— «L'individualisme libéral en France autour de 1800. Essai de spectroscopie», en *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, n.º 4, 1987, pp. 87-144.

MASNATTA, Héctor, «La ideología del Código Civil argentino», en *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, II Università di Roma, CEDAM, Padova, 1991, pp. 181-193.

MATUS, Juan G., «The Centenary of the Chilean Civil Code», en *American Journal of Comparative Law*, n.º 7, 1958, pp. 71 ss.

MEANS, Robert A., «Codification in Latin America: The Colombian Commercial Code of 1853», en *Texas Law Review*, n.º 52, 1973, pp. 18 ss.

——— «Codification in Latin America: The Brazilian Commercial Code of 1850», en *Texas International Law Journal*, n.º 10, 1975, pp. 345 ss.

MEIRA, Silvio, «Romanismo e universalidade na obra de Clovis Bevilacqua», en *Revista de Direito Comparado*, n.º 10, Rio de Janeiro, 1991, pp. 41-49.

MOREIRA ALVES, José Carlos, «O Direito romano na formação dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 225-250.

——— «O romanismo em Pontes de Miranda», en *Scienza giuridica e scienza sociale in Brasile: Pontes de Miranda*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 1-24.

- MOTTE, Olivier, «Pour une histoire de la science juridique française au 19e siècle», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7, Valparaíso, 1982, p. 369.
- MOZOS, José Luis de los, «Perspectiva y método para la comparación jurídica en relación al Derecho privado iberoamericano», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 60, Madrid, 1976.
- NIETO BLANC, Ernesto E., «Augusto Teixeira de Freitas», en *La Ley*, tomo 130, 1968, Buenos Aires, pp. 783 ss.
- PENE VIDARI, Gian Savino, «Diritto romano, rivoluzioni per l'indipendenza e codificazioni del Diritto in Italia e in América latina», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 87-97.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, «Derecho romano, codificación e independencia política en Venezuela», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 191-197.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, «La codificación», en *Themis*, n.º 30, Lima, 1994, pp. 29-36.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, «La codificación, impulso moderno de la familia romanista», en *Derecho y Sociedad*, n.ºs 8-9, Lima, 1994.
- «El Code de Napoleón en América», en *Latinidad: seis enfoques actuales*, Unión Latina, Lima, 1994.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, «Domat: du jugement de Dieu á l'esprit des lois», en *Le Débat*, mars-avril 1993, n.º 74, pp. 54-67.
- Revue Internationale de Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, año 67, 1957 (número de homenaje al Código Civil francés por sus ciento cincuenta años de vida).
- RIPODAS ARDANAZ, Daisy, «Francisco Gutiérrez de Escobar: su biblioteca y

sus escritos», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 2, Buenos Aires, 1974, pp. 173-198.

ROULAND, Norbert, «Les colonisations juridiques de l'Arctique à l'Afrique noire», en *Journal of Legal Pluralism*, n.º 29, 1990, pp. 39-136.

RUBIO CORREA, Marcial, «Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992.

SALERNO, Marcelo Urbano, «Un retorno a las fuentes del Código Civil argentino: la doctrina francesa», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo Social Argentino, coordinador Abelardo Levaggi, Buenos Aires, 1992.

SBRICCOLI, Mario, «Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole», en *Politica del diritto*, oct. 1973, pp. 551-562.

SCHIPANI, Sandro, «Andrés Bello, romanista-institucionalista», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 205-259.

---

«Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello. Pluralidad de fuentes del título I del libro IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 6, Valparaíso, 1981, pp. 165-185.

---

«Il "méthodo didactico" di Augusto Teixeira de Freitas», en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, 1, CEDAM, Padova, 1988, Appendice, pp. 553-554.

- \_\_\_\_\_ «El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano (apuntes para una investigación sobre principios generales del Derecho)», en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 39-69, y en *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano*.
- \_\_\_\_\_ «I codici latinoamericani della "transfusión" del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della "mezcla" e "codici tipo"», en *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano*, 3, CEDAM, Padova, Appendice, pp. 645-684.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, «Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n.º 10, México, 1986, pp. 373-389.
- STEGER, Hanns-Albert, «Legitimación y poder. La formación de las sociedades nacionales en América latina», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 59-67.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La costumbre en el Derecho argentino del siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 4, Buenos Aires, 1976, pp. 231-303.
- \_\_\_\_\_ «En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 5, Buenos Aires, 1977, pp. 421-432.
- \_\_\_\_\_ «El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los discursos críticos de Juan Francisco de Castro», en *Index*, n.º 14, Napoli, 1986, pp. 69-85.
- Trazegnies, Fernando de, «La transferencia de filosofías jurídicas: la idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX», en *Derecho*, n.º 34, Lima, 1980.
- TUNC, ANDRÈ, «The Grand Outlines of the Code», en *The Code*

*Napoleon and the Common Law World*, New York University Press, New York, 1956.

UNGARI, Paolo, «Per la storia dell'idea di codice», en *Quaderni fiorentini...*, vol. 1, 1972, pp. 207-227.

VANDERLINDEN, J., «Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 32, 1964, pp. 45 ss.

VILLARD, Pierre, «I romanisti francesi nell'opera di Andrés Bello (1804-1865)», en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, Congreso Internacional, Roma, 1981, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 275-283.

——— «La tradition juridique française dans l'œuvre de Teixeira de Freitas», en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, a cura de Sandro Schipani, II Università di Roma, CEDAM, Padova, 1988, pp. 269-287.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, «Un proyecto desconocido de Código Civil», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n.º 4, Buenos Aires, 1952.

——— «Las fuentes del Derecho argentino (siglos XVI-XX)», en *Revista de Historia del Derecho Argentino*, n.º 1, Buenos Aires, 1973, pp. 309-346.

——— «La recepción de los Derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 4, Buenos Aires, 1976, pp. 325-359.

*El Código napoleónico y su recepción en América latina*, de Carlos Augusto Ramos Núñez, se terminó de imprimir en marzo de 1997 en los talleres de Editorial e Imprenta DESA S.A. (R.I. 16521), General Varela 1577, Lima, 5 Perú.

## PUBLICACIONES RECIENTES

TEOFILO ALTAMIRANO

*Migración: el fenómeno del siglo.* 1996. 302 p.

ROSENDO CHAVEZ

*Recursos de agua.* 1996. 422 p.

GUILLERMO DAÑINO

*La pagoda blanca.* 1996. 136 p.

GUILLERMO DESCALZI

*Educación y autorrealización.* 1996. 246 p.

MANUEL MARZAL

*Historia de la antropología social.* 1996. 388 p.

HECTOR NOEJOVICH

*Los albores de la economía americana.* 1996. 584 p.

ALEJANDRO ORTIZ R.

*José María Arguedas. Recuerdos de una amistad.* 1996. 312 p.

MARIO POLIA

*Despierta, remedio, cuenta: adivinos y médicos del Ande.* 1996. 892 p.

JORGE ROJAS

*Políticas comerciales y cambiarias en el Perú 1960-1995.* 1996. 292 p.

EDUARDO VILLANUEVA

*Internet. Breve guía de navegación en el ciberespacio.* 1996. 206 p.

tal para la historiografía jurídica. Una solvente bibliografía, referencias múltiples, puntuales anotaciones y documentos de difícil acceso facilitarán por igual a juristas, científicos sociales y estudiantes de historia del Derecho, profundizar conocimientos y ampliar sus perspectivas.

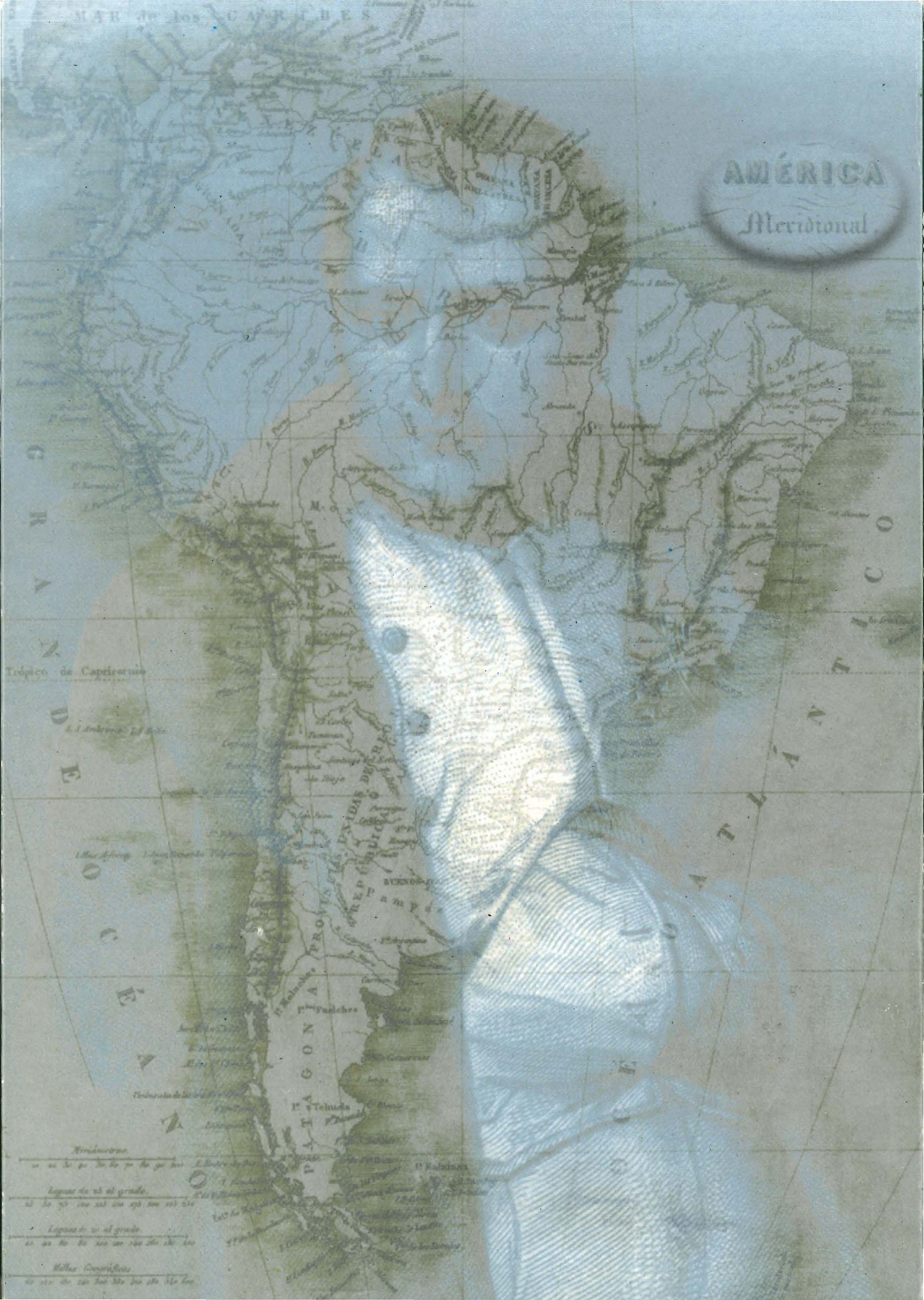
El autor, Carlos Augusto Ramos Núñez (Arequipa, 1960), con posgrado en Derecho romano e historia del Derecho por la Universidad de Roma II, es magíster en Derecho civil y candidato al doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, además de profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Lima y en la Universidad Católica. Es miembro de la Sociedad Peruana de Estudios Clásicos, del Instituto Peruano de Historia del Derecho —afiliado a la Asociación Internacional de Historia del Derecho— y del comité de redacción de *Crónicas de Historia del Derecho* y *Diálogo con la Jurisprudencia*. Se desempeña igualmente como coordinador del Seminario de Historia del Derecho del Instituto Riva-Agüero y director de la revista *Ius et Praxis*. Ha publicado *Acerca del divorcio; Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX; La influencia del Derecho romano en Toribio Pacheco: un rasgo de la identidad jurídica latinoamericana; y Codificación, tecnología y post-modernidad. La muerte de un paradigma*. Prepara una historia social del Derecho civil peruano y un trabajo sobre la recepción del Código Civil alemán en América latina. Publicará en breve *Política legislativa, magistratura y poder en el Oncenio de Leguía*.

#### FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18 s/n,  
San Miguel.

Apartado 1761. Lima - Perú.

Teléfs. 462-2540 anexo 220 y 462-6390.



AMÉRICA  
Meridional

Proyección  
de 20 en 20 de los 100 en 100  
Escala de 1000 leguas  
Escala de 100 leguas  
Escala de 10 leguas  
Escala de 1 legua