

INTRODUCCION

§ 1º La codificación

I

1. Nuestro código civil lleva por título *Código de Napoleón*. La posteridad reconocida le ha conservado este título que los contemporáneos le concedieron en la época en que el emperador estaba en el pináculo de la gloria. No sin lisonja, podemos hoy reconocer que es al primer cónsul á quien debemos el beneficio de una legislación que, por la claridad y precisión de su forma, es una verdadera obra maestra. Antes que él, se había intentado ya, aunque sin éxito, el trabajo de la codificación. Desde su advenimiento al poder pensó el primer cónsul en llenar los deseos manifestados por todas las asambleas nacionales, y lo logró. No diremos con Portalis que «este es el mayor bien que pueden dar y recibir los hombres (1).» Napoleón se regocijaba en celebrar su código, como si éste hubiera realizado todas las aspiraciones de 89. No, hay de esa época un bien más grande que un código completo de leyes civiles; la libertad es á saber: y la historia imparcial dirá que en el momento en que el primer cónsul dotó á Francia de una legislación civil, le quitó la libertad.

1. Portalis, Exposición de las causas de la ley del 3º Ventoso, año XII (Loché, *Legislación civil*, tomo I, pág. 200, núm. 2.)

Hay otra observación que hacer al título de *Código de Napoleón* que la ley de 16 de Septiembre de 1807 dió al *Código civil de los franceses*. No fué Napoleón quien concibió primero el proyecto de codificación; esta fué una idea de 89; á la Revolución, pues, antes que á nadie, pertenece la gloria que la posteridad ha colocado sobre la cabeza de aquel que se decía el representante de la Revolución, de aquel que se exalta hoy como su heredero. Lo fué de cierta manera. La Revolución quería establecer la unidad al lado de la libertad. Napoleón no aceptó sino en parte la herencia de 89; repudió la libertad y se apoderó de la unidad, teniendo cuidado de organizarla en provecho suyo. No merece nuestra admiración el que dió la unidad á Francia á costa de su libertad; glorifiquemos á los hombres de 89 que inscribieron en su bandera las palabras sagradas de libertad, igualdad, fraternidad. A ellos, pues, á los iniciadores, corresponde el honor de lo que hizo el heredero, aunque indigno, de la Revolución.

Portalís confiesa que el código es una idea de la Revolución. ¡Dichosa época aquella, en que los hombres destruían los abusos del pasado y se lanzaban llenos de fé y esperanza hácia un porvenir mejor! “Entre todos los planes, dice Portalís, que fueron presentados para mejorar las cosas y los hombres, la idea de una legislación uniforme fué una de las que desde luego ocuparon, más particularmente á nuestras asambleas deliberantes (1).” Hay por que sorprenderse de que esta idea date de 89. ¿Cómo es posible que Príncipes más dignos de ser llamados precursores del Emperador que los hombres de la revolución no concibieran y realizaran el proyecto de una legislación uniforme? El rey que decía: *El Estado soy yo*, tenía ciertamente en más alto grado la ambición de la unidad. Así escribía al calce de sus leyes: *Tal es nuestra voluntad*.

1 Portalís. Exposición de los motivos de la ley de 30 Ventoso, año XII (Loché, tomo I, pág. 199, núm 1).

¿Por qué los reyes de Francia, siendo como eran omnímodos y teniendo la pasión de la unidad, no sustituyeron las mil leyes diferentes que regían la nación con un código único, el mismo para todos? Esto habría sido una fuerza para la vieja monarquía al mismo tiempo que un beneficio para los pueblos.

2. Commynes refiere que Luis XI deseaba mucho que en su reino hubiera unas solas costumbres, un solo peso y una sola medida; que todas las costumbres fuesen puestas en francés, en un gran libro, para evitar la sutileza, y el latrocinio de los abogados, que es tan grande en este reino que no tiene igual en ninguno otro." El Código de Napoleón es la realización de ese deseo. ¿Por qué fué necesaria una revolución gigantesca, para llevar á cabo una obra que parecía tan sencilla y natural? El antiguo régimen, á pesar del poder absoluto de los reyes, era un régimen de diversidad. No había en él unidad más que en la persona del monarca. Las diversas provincias habían sido antes Estados independientes, que tenían sus instituciones particulares, sus costumbres y sus leyes. A medida que eran incorporadas al dominio de la corona, estipulaban la conservación de su derecho; á falta de libertad política, los pueblos estaban adheridos á sus costumbres tradicionales como á privilegios; los parlamentos, guardianes naturales de ese derecho local, rechazaban toda innovación como una violación de las capitulaciones, bajo cuya fé se había verificado la reunión. A este culto supersticioso de los antiguos usos se agregaba otra superstición menos legítima, la de los legistas que, al decir de Portalis, se oponían á todo cambio, porque una nueva legislación vendría á contrariar la que ellos tan laboriosamente aprendieron ó practicaron durante toda su vida. Efectivamente, las provincias eran todavía en 89 Estados distintos, separados por aduanas, teniendo vida propia y en consecuencia un derecho también diferente.

No había en los hombres más unidad que en el territorio. La nación estaba dividida en órdenes, y cada orden formaba como un pueblo diverso, que tenía sus privilegios y un derecho particular. Si se hubiera formado un Código Civil bajo el antiguo régimen, habría sido necesario, por más de un motivo, un código distinto para la nobleza, pues los nobles tenían una manera particular de heredar, como también la tenían de existir en el Estado. La desigualdad que reinaba entre las personas resaltaba sobre los bienes; aunque desde siglos atrás había dejado de existir el feudalismo político, los derechos y los cargos que de él dimanaron estaban como implantados en el suelo, y se necesitaba nada menos que un terremoto para destruirlos.

Los privilegios de que gozaba la Iglesia católica, oponían otro obstáculo al legislador. Bajo el antiguo régimen, el Catolicismo era religión del Estado, y en consecuencia sus dogmas pasaban, de cierto modo, por leyes fundamentales. De aquí la confusión del orden civil y el religioso. Resultaba una unidad aparente; pero en realidad esta unidad era la dominación de un culto particular. El legislador estaba ligado, encadenado por las leyes de la Iglesia católica. De ahí la intolerancia civil de la monarquía francesa, de la inflexible legislación contra los protestantes, por lo cual millares de franceses estaban privados de estado civil, no teniendo ni nacimiento, ni matrimonio, ni defunción legales, á no ser que faltaran á su conciencia, haciendo profesión exterior de una religión que no era la suya. Esas cadenas no podían romperse sino secularizando la legislación. Pero ¿cómo pensar en secularizar las leyes en los tiempos en que la Iglesia estaba unida al Estado y en que la unión del trono y el altar era considerada como el fundamento de la monarquía? Necesitábase una tempestad que arrollara al trono con la Iglesia, su aliada.

3. Había, pues, en un mismo territorio Estados diversos y clases diferentes. Desde ese momento el derecho no

podía ser uno. El derecho es la expresión de la sociedad; cuando reina la diversidad en los espíritus, reina también en las leyes. Circunstancias históricas contribuyeron á dividir á Francia en una multitud prodigiosa de sociedades pequeñas, de las que cada una tenía su derecho diferente. Sabíase el papel considerable que representaba en la historia de la codificación, la división de la antigua Francia en país de *derecho escrito* y en país de derecho no escrito. En los primeros se seguía el derecho romano; en los otros las costumbres de origen germánico. Los trabajos de Savigny acerca de la historia del derecho romano en la Edad Media no dejan ninguna duda sobre el origen de esta célebre división. Si dominaba el derecho romano al Mediodía de la Galia, era porque las ideas y las costumbres romanas habían criado allí profundas raíces, mientras que en las provincias del norte la civilización latina había perecido á los golpes de los bárbaros y dado lugar al elemento germánico. Los países de derecho escrito eran la Guiena, el Languedoc, la Provenza, el Delfinado, el Leonés, el Beaujolais, el Forez y la Auvernia (1). En las Cartas Patentes de San Luis del 250, es en donde se hallan las primeras huellas de este estado de cosas, y allí mismo se habla de varias provincias del Mediodía: "Esta tierra se rige desde tiempo inmemorial y rígesese todavía por el derecho escrito (2). El rey sanciona esta división legal de Francia, diciendo que es su voluntad que se continúe observando el derecho romano en esos países. Luis IX no dice cual fuera este derecho escrito. Cuando la caída del Imperio, el derecho romano era el derecho de las Galias. Se mantenía como fuero en las provincias del Mediodía. Era el derecho de Roma, tal como existía antes de Justiniano es decir, el código teodosiano y los escritos de los jurisconsultos. El Digesto

1 Berriat-Saint-Prix (*Historia del derecho romano*, pág. 219 y siguientes) da la indicación exacta de los países de derecho escrito por provincias y departamentos

(2) "Terra illa regi consuevit et adhuc regitur jure scripto." (Laferriere, *Historia del derecho francés*, tomo IV, págs. 356-358.)

no penetró en las Galias sino hacia el Siglo XI. Bajo la influencia de la escuela de Boloña comenzaron á esparcirse en Francia las complicaciones de Justiniano, reemplazando el derecho anterior en la práctica judicial.

A pesar de que las leyes romanas fueron seguidas en los países de derecho escrito, forzoso es no aceptar la creencia de que se observaba en ellos el derecho de Roma en todo su rigor. Se conservaba allí á título de privilegio más bien que á título de ley, y el privilegio sufre necesariamente la influencia de las costumbres y las ideas. El Cristianismo y la invasión de los bárbaros inauguraron una nueva era; cambiando la civilización, no podía permanecer el mismo derecho. Resultó de esto que el rigor romano fué modificado por la equidad germánica. Es el derecho romano, así alterado, mejor diremos, así corregido, el que pasó á nuestro código. Los que lo prepararon y los que lo discutieron, bebieron su ciencia en las obras de Pothier y de Domat; uno y otro pertenecientes á países del derecho no escrito, y subordinando siempre la lógica severa del derecho á los temperamentos de la justicia eterna. Si nuestra legislación civil es inferior al derecho de Roma como obra científica, tiene en sí el espíritu de equidad que reina en él: es la herencia de nuestros antepasados, los germanos.

4. Las costumbres imperan en la mayor parte de Francia. Es propio de la naturaleza del derecho no escrito, cambiar de una provincia á otra, de una á otra ciudad. Contábanse cerca de sesenta derechos no escritos y de carácter general, llamados así, porque eran observados en una provincia entera, y trescientos locales, que no eran obligatorios más que en una ciudad, una villa ó una aldea. Las antiguas costumbres diferían mucho de lo que hoy llamamos derecho de simple costumbre. Desde que se codificó el derecho, las costumbres forman un derecho no escrito: se entiende por esto un derecho que no emana del legislador, que no está publicado, ni auténticamente justificado.

Nuestras antiguas costumbres, por el contrario, formaban un *derecho escrito*. Si se daba ese nombre por excelencia á las leyes romanas, era porque durante siglos no existieron las costumbres más que en la tradición. La incertidumbre es la esencia del derecho no escrito. Quéjase de ello Francia desde el siglo XIII. Pedro de Fontaines dice que su país casi carecía de costumbres y que apenas se encontraban asegurados algunos usos. Esto era un manantial de procesos y de dificultades para los jueces. Para remediar este mal tan grande, se dedicaron los legistas á recopilar las costumbres de su provincia ó de su ciudad. Conocíanse las costumbres del *Beauvoisis*, por Beaumanoir, obra maestra de precisión y claridad (1). Estas compilaciones no remediaron más que imperfectamente el mal que resultaba de la perplejidad del derecho, porque no tenían un carácter auténtico. Los estados generales congregados en Tours, pidieron una redacción oficial de las costumbres. Carlos VII, sujetándose al deseo de la nación, ordenó por real cédula de 28 de Junio de 1453 que se escribieran todas las costumbres y se sometieran á la aprobación del parlamento. El rey declara "que quiere abreviar los procesos y litigios entre sus súbditos, y descargarlos de los gastos que ocasionan los procesos, poniendo, tanto como sea posible, fijeza en los juicios."

La redacción de las costumbres cambió la naturaleza de la legislación. Derecho no escrito, se convirtió en derecho escrito. Las costumbres resumidas y aprobadas eran otros tantos códigos locales; estaba prohibido á los abogados proponer y á los jueces admitir otras costumbres que las que se habían escrito á pedimento de los Estados y por orden del rey. Hay que advertir que, si se asimilaban las costumbres á las leyes, los juicios que las violaban eran so-

1. Se encuentra una enumeración completa de esta colección de costumbres en Warnkönig (*Französische Staats-und Rechtsgeschichte*, tomo II, págs. 60 y siguientes.)

metidos á casación, y que cuando se trataba de reformar aquellos, tenía que recurrirse á la autoridad real (1). La codificación de las costumbres tuvo todavía otro resultado igualmente importante, y fué que el derecho romano modificó el derecho no escrito. Como los legistas educados en el culto del derecho romano fueron los que redactaron las costumbres, era natural que hiciesen prevalecer las ideas romanas, que á sus ojos se confundían con la razón, con la justicia eterna. Hay costumbres que no hicieron más que formular los principios del derecho romano: tales son los de Berry; otras declaran que el derecho de Roma es el derecho común, al cual remiten para las materias de que no tratan (2). De aquí el que varios juriconsultos, aun de los países de derecho no escrito, sostuvieron que el derecho romano formaba el derecho común de Francia. Esto es evidentemente un error. Guy Coquille lo rechaza con firmeza, tratando de doctores ultramontáneos á los que tributan tanta admiración al derecho de Roma y diciendo que las leyes romanas no tenían más que una autoridad de razón en Francia, pero que por eso mismo la razón podía y debía someterlas á su examen y á su crítica (3).

5. Además de las costumbres y del derecho romano había las ordenanzas y los edictos de los reyes, que eran las leyes propiamente dichas. Ocupaban un lugar muy secundario en el antiguo derecho. Esto sorprende de pronto cuando se recuerda que los reyes tenían la plenitud del poder legislativo; pero el trono no sentía la necesidad de intervenir en las materias de derecho privado: el derecho romano en las provincias del Mediodía y las costumbres en las otras, satisfacían las necesidades de la práctica; los reyes habrían debido introducir la unidad en aquel caos; pe-

1. Merlin. *Repertorio* en la palabra costumbre. § 2.

2. Berriat-Saint-Prix, *Historia del derecho romano*, págs. 222 y siguientes.

3. Guy Coquille, *Comentario sobre las costumbres de Nivernois* (Obras. tomo II. páginas 1-4.)

ro ya hemos dicho los obstáculos que los habrían detenido, si hubieran concebido el audaz proyecto de una legislación uniforme. Bajo el reinado de Luis XIV se codificaron ciertas materias. Una de sus ordenanzas tiene el título de *Código Civil*, y es la que trata del procedimiento, comprende los actos del estado civil; esta parte de la ordenanza es el origen del título que el código de Napoleón contiene sobre igual materia. Bajo el reinado de Luis XV el canciller d'Aguesseau continuó sus trabajos legislativos. Los autores del código de Napoleón se aprovecharon de las ordenanzas de 1731 sobre las donaciones, de 1735 sobre los testamentos y de 1747 sobre las sustituciones. Había además leyes locales bajo el nombre de *decretos de reglamento*; los parlamentos se habían abrogado el poder de producir verdaderas leyes, determinando en ellas por vía de decisión general y reglamentaria; enviaban estos decretos á los tribunales de su resorte, los cuales estaban encargados de aplicarlos. Es de advertirse que los decretos de reglamento eran dados *bajo la voluntad del rey*, quien podía destruirlos. (1).

Todo era confusión en el antiguo régimen: los parlamentos dando leyes ponían trabas al poder legislativo del rey. El registro de las ordenanzas representa un papel importante en la historia del derecho: como generalmente se tiene de él una idea falsa, diremos algo á ese respecto. Al principio el registro era un medio de dar publicidad á las leyes: enviábase á las autoridades judiciales y administrativas, las cuales los insertaban en sus registros después de los decretos (2). Como dice una ordenanza de 17 de Diciembre de 1392, eso se hacía "para tener de ello memoria en lo futuro." Con todo, la fuerza obligatoria de las leyes no tenía esta formalidad. Pero los parlamentos se aprove-

1. Tomamos estas nociones de Pardessus. *Ensayo histórico sobre la organización judicial*, págs. 195 y siguientes.

2 "Registrata inter arresta."

charon del registro para hacer *representaciones* al rey, y en espera de que éste determinara, no registraron. Bastaba de ordinario una *carta orden* para hacer ceder á las cortes. Cuando éstas se obstinaban, el rey quebrantaba su resistencia yendo á presidir él mismo: esto es lo que se llamaba: una sesión solemne de justicia. En realidad se les desterraba. Tal era el estado legal. Es, pues, un error creer que el registro fué necesario para que existiera la ley ó para que fuese obligatoria. Jamás tuvo el parlamento una parte legal en el poder legislativo. Cuando el trono era débil, el parlamento usurpaba una parte del poder real; cuando un Luis XIV empuñaba el cetro, el parlamento no oponía la menor resistencia á la voluntad arbitraria del príncipe. Durante la minoría de Luis XV, el regente le permitió hacer representaciones antes del registro; pero debían ser dirigidas al rey en cierto plazo, faltando el cual se reputaban registradas las leyes; y si después de haber recibido las representaciones, ordenaba el rey que la ley fuese registrada, el registro debía de ser puro y sencillo, si no se reputaba hecho (1). Tal fué el estado legal hasta la Revolución, que destruyó los parlamentos y substituyó la garantía ilusoria del registro con la intervención regular de la nación.

6. Hemos dicho que la posición privilegiada de la religión católica aumentaba la confusión del derecho antiguo. La Iglesia tenía en sí misma un derecho, porque antes había ejercido la soberanía y en consecuencia una gran parte de la jurisdicción. En los últimos siglos de la monarquía estaba muy decaída; sin embargo, el derecho canónico formaba parte de la legislación francesa, á causa de la íntima unión que existía entre el trono y el altar. Desde su origen, el derecho canónico, á diferencia del derecho bárbaro y del derecho feudal, fué el mismo para toda la cris-

(1) Declaración de 15 de Septiembre de 1715; cédula de 26 de Abril de 1718.

tiandad. Siendo la Iglesia una como la fé, el derecho debía también participar de esta unidad de hierro. Era la unidad llevada hasta la destrucción de toda individualidad. Resultaba de esto que el Estado era intolerante porque lo era la Iglesia. Los protestantes no gozaban de ninguna libertad, ni siquiera del estado civil. Esto sin decir que en todas materias en que la legislación láica tocaba un dogma debía sujetarse al derecho de la Iglesia. No admitiendo el Catolicismo el divorcio, lo rechazaba igualmente la legislación civil. Fuerza es sin embargo, hacer aquí una excepción en favor de la Iglesia. La facultad ilimitada de divorciarse envilecía el matrimonio, haciendo de él un concubinato revestido de la sanción legal. Es preciso, por el contrario, proclamar con la Religión Católica que los esposos se unen con un espíritu de perpetuidad, y organizar el divorcio, si quiere admitírsele, pero de manera que sea una rara excepción. Es un título de gloria para la Iglesia haber derramado en las almas esta idea de perpetuidad del lazo conyugal: con ella ha fundado la moralidad en las familias, y fuerza es no olvidarlo, la moralidad es una condición de existencia para las sociedades.

II

7. Tales eran los elementos del derecho francés en 89. Hagamos á un lado el derecho canónico, cuya influencia había disminuido singularmente, y que iba á ser arrollado con la Iglesia por la tempestad revolucionaria. Quedaban el derecho romano, las costumbres y las ordenanzas. El derecho romano no era ya ese derecho riguroso que Leibniz compara con las ciencias matemáticas; variaba, como los fueros, de una provincia á otra. En cuanto al derecho no escrito, era diverso y variable en su esencia. A pesar de que las costumbres tenían el mismo origen, variaban considerablemente. Tienen rasgos que les son comunes,

pero hasta en los puntos en que más parecen ajustarse, reina una diversidad infinita. Una de las materias en que más se aparta del derecho romano el derecho no escrito es el régimen que arregla las relaciones pecuniarias de los esposos. En Roma el régimen dotal formaba el derecho común, mientras que en los países de derecho no escrito lo constituía la comunidad de los bienes. Había, no obstante, costumbres que prohibían la comunidad. En unas, permitíase al marido dar á la mujer una parte de sus bienes, y la mujer tenía la facultad de disponer en favor de su marido: en otras se prohibía á los cónyuges darse una parte de su fortuna, bien por donación mútua ó de otra manera. El derecho de las personas variaba como el derecho de los bienes. Una máxima de nuestras costumbres era que: *no cabe el derecho de potestad paterna*. Había á pesar de eso quien concediera al padre el derecho de potestad paterna. En los detalles era infinita la variedad (1).

Poco numerosas son las ordenanzas concernientes al derecho civil: y es digno de notarse que la de 1735 se adaptó á la división de Francia en países de derecho escrito y en los de derecho no escrito prescribió diferentes formas para los testamentos, según fuesen hechos en el Sur de Francia ó en el Norte. ¡Tanto así estaba arraigada la diversidad en las costumbres! Más aun. Dice Merlin que había allí, respecto de leyes, una singularidad muy enojosa, y era que tal edicto se observaba en tal parte del reino y se rechazaba en tal otra; en unos lugares se observaba la ley por completo; en otros no se adoptaban más que ciertas disposiciones de ellas (2). Es cierto, por lo mismo, como dice Portalis, que la diversidad del derecho formaba en un mismo Estado cien Estados distintos: "La ley opues-

1. Pueden verse ejemplos en Froland, *Memorias concernientes á la naturaleza y calidad de los estatutos*, tomo I, pág. 4, núm. 4.

2. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Autoridades*.

ta á sí misma en todas partes, dividía á los ciudadanos en vez de unirlos (1).”

8. La Revolución, desde los primeros días de 89, tuvo la ambición de reemplazar este derecho heterogéneo con una ley común, igual para todos. En la célebre noche del 4 de Agosto, las órdenes habían renunciado sus privilegios para confundirse en una misma patria. La unidad nacional pedía un derecho nacional. En espera de que las asambleas legislativas pudiesen entregarse á ese dilatado trabajo, querían poner el derecho privado en armonía con el nuevo orden de cosas. La libertad y la igualdad eran el fundamento de la constitución política. ¿Cómo podían seguir reinando en las relaciones individuales la dependencia de las clases y la opresión feudal? Uno de los primeros actos de la revolución fué proclamar la libertad de las personas y de las tierras. El feudalismo fué abolido hasta en sus últimos vestigios: por la primera vez, desde que existe el mundo, los hombres fueron libres é iguales. Aquella era una revolución más radical aun que la que se verificaba en el orden político. El antiguo derecho era aristocrático como el antiguo régimen. Era preciso democratizarlo. Comenzóse por abolir los privilegios que tendían á concentrar las grandes fortunas en pocos individuos. No bastaba esto, sin embargo: se necesitaba repartirlas hasta lo infinito. Con ese espíritu organizó la convención nacional el derecho de sucesión. La pasión por la igualdad y la libertad hizo que el legislador revolucionario traspasara los límites de una innovación legítima. No satisfecho con asegurar á los hijos naturales el derecho que les da la naturaleza, los colocó en la misma línea que á los hijos legítimos, como si quisiera honrar el concubinato. ¿Qué digo? ¡La Convención concedió recompensas á las madres solteras! La Asamblea legislativa tuvo razón en establecer el divorcio; pero al

1. Portalis, segunda Exposición de los motivos del título preliminar (Loché, *Legislación civil*, t. 1º p. 299, núm. 1).

concederlo por simple incompatibilidad de humor ó de carácter, entregaba el matrimonio, y en consecuencia, la moralidad de las familias, á todos los caprichos de la pasión.

Tampoco faltaron los excesos en el orden religioso. Podemos aplaudir sin reserva los decretos que establecieron la libertad religiosa. Portalis dice muy bien “que es preciso tolerar todo lo que la Providencia tolera, y que la ley, sin inquirir las creencias de los ciudadanos, no debe ver más que franceses, como la naturaleza no ve más que hombres (1).” En este nuevo orden de ideas, debe ser secularizada la legislación civil, es decir, que las instituciones civiles no deben mezclarse con las instituciones religiosas. La Asamblea legislativa aplicó este principio al matrimonio, y su aplicación debe hacerse general.

9. No hacemos más que indicar las principales innovaciones que la legislación revolucionaria introdujo en el dominio del derecho privado. Esas innovaciones aumentaron la confusión que reinaba en el derecho civil. Las leyes parciales que dieron las asambleas legislativas no podían establecer la armonía entre la legislación privada y la legislación política; y de ello resultó un verdadero caos. No había más que un medio de remediar el mal, y ese medio era codificar el derecho. Ya en el decreto de 21 de Agosto de 1790 la Asamblea constituyente declaró que se formaría un código general de leyes sencillas y claras. La constitución de 1791 consigna “que se hará un código de las leyes civiles comunes á todo el Estado.” En la constitución de 93 (art. 85) hay también una disposición análoga.

La Convención tenía una ambición más grande: concibió el deseo gigantesco de codificar todas las partes del derecho. Ese trabajo inmenso no espantaba á los hombres á quienes nada espantaba. Esos hombres se habían apre-

1. Portalis, Exposición general del sistema del código civil, hecha en la sesión del Cuerpo legislativo le 3 fr mario, año X (Loché t. 1º, p. 190. núm. 7.)

surado á borrar de la legislación “la mancha repugnante del realismo que la infectaba,” tales son las expresiones de Couthon, que hizo un relato acerca de la codificación general. En ese relato se lee: “Por basta que os parezca la obra cuyo plan os he anunciado, contad con que este espíritu revolucionario que precipita los acontecimientos hácia la felicidad del pueblo, señalará prontamente el término (1). La Convención aprobó el plan y las medidas de ejecución que la comisión había tomado. Se procedió á la obra.

10. La pasión revolucionaria no dudaba de nada. Experimentó más de un desengaño. Ni siquiera tuvo principio la codificación general. Apenas fueron redactados sucesivamente varios proyectos de código civil. El 9 de Agosto de 1793 el representante Cambacérés presentó, en nombre de la comisión de legislación, un proyecto de código civil que era obra suya casi por completo. ¡Cosa notable! ese proyecto se apartaba mucho de los puntos del derecho romano para acercarse á las máximas del derecho de costumbre. No admitía ya la potestad paterna: sobrevigilancia y protección, tales eran los derechos de los padres: alimentar, educar, establecer á sus hijos, tales eran sus deberes. El legislador no dejaba completa libertad en la educación de los hijos, y hacía bien, al menos en cuanto al principio; ordenó que se les dedicara á un oficio ó á la agricultura, para inspirarles desde la infancia el amor á la igualdad y la inclinación al trabajo. En el proyecto de Cambacérés hay todavía otras huellas del espíritu revolucionario. Consagraba el divorcio; abolía la incapacidad de los hijos naturales: siendo iguales los hombres ante la naturaleza, decía el relator, deben serlo también ante la ley. No valía más que la potestad paterna, la potestad marital:

1. *Moniteur* del 13 pradiel. año II.

la mujer y el marido tenían iguales derechos en la administración de la comunidad (1).

Un rasgo característico de ese primer proyecto de código civil, es su excesivo laconismo. Acerca del domicilio no hay en él más que un artículo, y otro único también relativo al estado civil. Tiene mucha razón Cambacérés cuando dice que sería entregarse á una esperanza quimérica concebir el proyecto de un código que previera todos los casos. Debe, pues, el legislador limitarse á dar principios generales; pero es preciso también que estos principios sean completos, porque deben guiar al juez al mismo tiempo que le sujetan. El laconismo favorece la arbitrariedad, y embaraza al magistrado, que, por el silencio de la ley, se convierte en legislador. En consecuencia, hay que evitar dos escollos: la prolijidad demasiado extensa que por los detalles debilita los principios, y la excesiva concisión que deja al juez sin dirección ni freno.

II. No satisfizo á la Convención el proyecto de 93 porque creyó ver en él demasiadas huellas del antiguo derecho civil, y quería más innovaciones, más ideas grandes en armonía con la grandeza de la República. Deseosa de tener un código de leyes formado según las nuevas ideas, la Convención dió un decreto estableciendo una comisión de filósofos encargada de este trabajo. El decreto, dado durante la fiebre revolucionaria, no fué ejecutado. Era una idea falsísima querer un código enteramente nuevo. El derecho es uno de los elementos esenciales que constituyen la vida de un pueblo; no se puede cambiar en un sólo día, como tampoco se cambia de esa suerte el idioma ó la religión. Esto quiere decir que las leyes deben tener su raíz en el pasado, que deben descansar en la tradición. Escuchemos á uno de los autores del código civil: "Se discurre muy á menudo como si el género humano acabase y comenzase

1 Véase el relato de Cambacérés y la discusión de los primeros artículos en el *Moniteur*, 23, 24, y 26 de Agosto y 1^o y 5 de Septiembre de 1793.

á cada instante, sin ninguna especie de comunicación entre una generación y la que ocupa su lugar. Las generaciones, al sucederse, se mezclan, se enlazan, y se confunden. Un legislador aislaría sus instituciones de todo lo que puede naturalizarlas en la tierra, si no observase cuidadosamente las relaciones naturales que ligan siempre, más ó menos, el presente con el pasado, y el porvenir con el presente, y que hacen que un pueblo no cese nunca, en cierta manera, de parecerse á sí mismo (1)." En este sentido es en el que Portalis dice que los códigos se forman con el tiempo; pero que, hablando con propiedad, no se les forman (2).

12. Los legisladores revolucionarios tenían otras ideas. Siendo su misión innovar, no podían tener por la tradición ese respeto que tiende á conservar aún los errores y las preocupaciones. Querían destruirlo todo y reconstruirlo de nuevo. Esto era una obra imposible; de aquí el que fracasaran todos los ensayos de codificación. Cambacérés presentó otro proyecto el 23 fructidor, año II. En la forma y en el fondo el código de 94 se parecía al de 93, conteniendo principios generales en 297 artículos. El *comité* de legislación, decía el relator, se ha sujetado á reducir el código á axiomas que pueda, sin esfuerzo, seguir la inteligencia en sus consecuencias, y cuya aplicación da lugar á pocas dudas. No advertía el legislador, que á fuerza de laconismo, haría nacer dificultades, y que por ese medio se favorecería el espíritu de embrollo, aun cuando el objeto fuese, como decía Cambacérés, "cortar de un sólo golpe todas las cabezas de esa hidra (3)."

La discusión del proyecto de 93 nos revela los sentimientos de aquella época. Nada más característico que

1 Portalis, Discurso preliminar del proyecto de código civil (Loché, t. 1º, p. 161, núm. 340.)

2 Portalis, Discurso preliminar (Loché, t. 1º, pág. 160, núm. 18.)

3 Relato de Cambacérés, en el *Moniteur* del 18 frimario, año III.

el desprecio de los legisladores revolucionarios hácia el derecho romano. «El Código civil de Roma, dice Barére, tan elogiado por los que no han sido condenados á leerlo ó á estudiarlo, era un volúmen descomunal, corrompido por el canciller perverso de un emperador imbécil.» No tenía Barére mejor opinión del derecho consuetudinario: «Nuestras leyes civiles, nuestras costumbres, eran como todas las de los pueblos europeos, una mezcla rara de leyes bárbaras y disparates». La Revolución quiso adelantarse á esas obras informes. «Solamente á los fundadores de la República correspondía realizar el sueño de los filósofos, y formar leyes sencillas, democráticas é inteligibles para todos los ciudadanos (1).» Citaremos una de esas innovaciones. Decía el proyecto que «los esposos tienen y ejercen un derecho igual para la administración de sus bienes». Merlin y todos los legistas combatían esta igualdad que tendía necesariamente á la anarquía. Los más famosos revolucionarios tomaron la palabra para defender el proyecto, Dantón, Couthon y Camilo Desmoulins. Este último dijo: «que era forzoso no conservar por más tiempo la potencia marital, creación de los gobiernos despóticos; que era importante hacer que las mujeres amaran á la Revolución, y que esto se conseguiría poniéndolas en el goce de sus derechos (2).» Un código basado en estas ideas, no habría tenido más que una existencia pasajera. Verdad es que las leyes civiles deben estar en armonía con el orden político, pero ántes que todo deben ser la expresión de la justicia eterna y no de las pasiones de un momento.

13. Apenas había discutido la Convención algunos artículos del proyecto de 94, cuando tuvo que retirarse para dejar su lugar al Directorio creado por la Constitución del año III. Cambacérés presentó al Consejo de los *Quinientos* un tercer proyecto de código civil. En la forma y en

1 *Moniteur* del 22 fructidor, año II.

2 *Moniteur* del 26 de Agosto de 1793.

las ideas sirve de transición entre la época revolucionaria y la del consulado. El proyecto contenía 1104 artículos, establecía diferencia entre los derechos de los hijos naturales y los de los hijos legítimos, y reconocía al marido el poder exclusivo sobre los bienes de la comunidad. Los Consejos no discutieron este proyecto. Dejéronse arrastrar por el espíritu de reacción que debía dar por resultado la caída de la Constitución republicana. Para salvarla tuvo que recurrir el Directorio á los golpes de Estado; después fué arrollado él mismo por el ejército armado. Los golpes de Estado no salvan la libertad; al contrario, la arruinan. Bonaparte, primer cónsul, facilitó el camino á Napoleón, emperador. Francia ganó con ello el orden y una gloria militar sin igual; pero perdió el bien más precioso: la libertad.

III

14. Creía el primer cónsul que con la leyes civiles que daba á Francia, la indemnizaba de la libertad que le quitaba. En el acto mismo en que estableció el gobierno consular, anunció la publicación próxima de un código de leyes civiles (1). Efectivamente, las comisiones encargadas de redactar la nueva constitución, presentaron también un proyecto de código. Formado apresuradamente, para satisfacer algo la opinión pública, ese cuarto proyecto no comprendía más que una exposición de principios generales. El trabajo de codificación no comenzó en toda forma sino hasta el 24 termidor, año VIII. Un decreto de ese día nombró una comisión compuesta de Tronchet, presidente del tribunal de casación; Bigot-Préameneu, comisario del gobierno, (procurador general) ante aquél tribunal, Portalis, comisario del consejo de las prisiones, y Maleville, miembro del tribunal de casación, que debía

1 Ley de 19 brumario, año VIII, art.

desempeñar las funciones de secretario redactor. El decreto de los cónsules expresaba que se remitirían á la comisión los tres proyectos redactados por orden de la Convención y el que acababa de formular la sección legisladora: debía estar terminado el nuevo proyecto en la última década de brumario, año IX. Al comunicar este decreto á los miembros de la comisión, el ministro de Justicia les anunció que el primer cónsul deseaba que su obra estuviese terminada lo más pronto posible. «Nos hemos apresurado á satisfacer este deseo, dice Maleville. El orden de los títulos quedó convenido desde luego, y divididas las materias; hemos logrado, á fuerza de trabajo, formar en cuatro meses un proyecto de código civil (1).» Tronchet, presidente de la comisión, era un profundo jurisconsulto de la escuela consuetudinaria; Bigot-Préameneu y Maleville eran prácticos; el miembro más distinguido era Portalis. Ya antes de la Revolución, en 1770, había publicado una memoria en la que sostenía la validez del matrimonio de los protestantes. Voltaire aplaudió este trabajo, que denominó un verdadero tratado de filosofía, de legislación y de moral política. Portalis era un jurisconsulto filósofo; débensele las mejores apreciaciones sobre el código civil.

El gobierno hizo imprimir el proyecto de la comisión, lo remitió á la corte de casación y á las cortes de apelación para que hicieran observaciones, y convocó á todos los ciudadanos con el mismo fin. Publicáronse las observaciones de los tribunales, que casi fueron unánimes en sus elogios. La magistratura aplaudió un proyecto que iba á llevar la unidad y la claridad en medio de la diversidad infinita de la jurisprudencia. Aplaudió sobre todo, los sabios principios que habían guiado á la comisión: respeto hácia el derecho antiguo, en todo lo que es compatible con las nuevas costumbres.

1 Maleville, *Análisis razonado de la discusión del Código civil*, tít. 1º, p. 10.

15. La discusión en el seno del consejo de Estado comenzó el 28 mesidor, año IX. El consejo de Estado estaba encargado por la constitución del año VIII, de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública. Se dividió para este fin en cinco secciones: de justicia, de gobernación, de hacienda, de guerra y de marina. El proyecto de código civil, dividido en leyes especiales, comprendiendo cada una un título, fué enviado á la sección de justicia. Una vez discutido, se sometió el proyecto de ley á la asamblea general del consejo de Estado, presidido por uno de los cónsules, sufriendo en ese cuerpo nueva discusión. Cuando quedaba definitivamente acordado un proyecto, el primer cónsul nombraba del seno del consejo de Estado *oradores del gobierno*, encargados de fundarlo ante el cuerpo legislativo y defenderlo en caso necesario.

El poder legislativo estaba repartido entre el gobierno, el Tribunado, el Cuerpo legislativo, y el Senado conservador. El gobierno, confiado á tres cónsules, magistrados temporales y electivos, proponía las leyes; sólo tenía el derecho de iniciativa. El Tribunado era una asamblea deliberante de cien miembros; discutía las leyes y emitía un voto de aprobación ó de reprobación. Este voto era transmitido al Cuerpo legislativo, que aprobaba ó reprobaba los proyectos de ley, después de oír á los oradores del gobierno y á los del Tribunado, pero sin deliberación. Dentro de los diez días siguientes á la aprobación de un decreto, podía el Tribunado presentar un recurso, por causa de inconstitucionalidad, ante el Senado, cuyo cuerpo tenía poder para anular la ley, si era inconstitucional.

Esta organización del poder legislativo imitaba á la de los tribunales. La concepción era poco feliz. Los jueces oían á los abogados y al Ministerio Público; después deliberaban y discutían, y el juez daba las razones de su fallo. Bajo la Constitución del año VIII, discutían los tribunales,

pero no votaban; ni siquiera tenían el derecho de presentar reformas; el cuerpo legislativo votaba sin haber deliberado, y consiguientemente sin fundar su voto. Esto era convertir á las asambleas legislativas en máquinas de votar, resultando de aquí un gran tropiezo para el intérprete, que no puede saber qué fundamentos tuvo el cuerpo legislativo para aprobar un proyecto de ley, puesto que los legisladores estaban condenados al mutismo. Más que nadie, el Tribunado tenía una posición falsísima. No pudiendo enmendar los proyectos que le eran sometidos, se encontraba en la necesidad de emitir un voto de aprobación, aun cuando desaprobara el proyecto en algunas de sus disposiciones, ó un voto de reprobación, aun cuando aprobara la mayor parte de las disposiciones del gobierno. Formado de los restos de la Revolución, era natural que tomara el último partido.

16. A propuesta del Tribunado, el cuerpo legislativo reprobó el primer proyecto de ley, que comprendía el título preliminar; y ya los tribunos habían manifestado la opinión de pedir que se aprobara el segundo proyecto, porque restablecía indirectamente el derecho de Sucesión Regia que la Asamblea constituyente declaró abolido para siempre. Entonces el primer cónsul retiró los proyectos de código civil. Al anunciar esta resolución, el cuerpo legislativo declaró "que no sin pena se veía obligado á diferir las leyes esperadas con tanto interés por la nación; pero que estaba convencido de que aún no era llegado el tiempo de que se tuvieran en esas discusiones la calma y la unidad de intención que exigían (1)." Bonaparte trató á los tribunos de *reyes destronados*; no era posible la paz entre él y los hombres que se consideraban como los representantes del pueblo, mientras el primer cónsul creía ser el único órgano del poder nacional. Quebrantó la oposi-

1 Mensaje del 12 nivoso, año X (Loché. *Legislación civil*, t. 1º, pág. 51.)

ción del Tribunado con un nuevo golpe de Estado, bajo la forma de senadoconsulto. El Senado redujo el Tribunado á cincuenta miembros, siendo eliminados los opositoristas (1). Esta manera de obrar hacia imposible toda resistencia. Para prevenir hasta la menor sombra de oposición, decidió el gobierno que los proyectos de ley acordados por el consejo de Estado se comunicaran oficiosamente al Tribunado. Cuando la comisión encargada de este examen preparatorio propusiese modificaciones, deliberaría sobre el particular la sección correspondiente del consejo de Estado, y si no estaban de acuerdo, se establecerían conferencias entre los consejeros de Estado y los tribunos. Terminadas estas conferencias sería cuando se acordaran definitivamente los proyectos de ley y se transmitirían al cuerpo legislativo.

17. Volvióse á empezar el trabajo de codificación el 22 fructidor, año X, continuando la discusión durante los años XI y XII. Sinceramente hablando, no hubo ya discusión. El Tribunado no era más que una comisión de legislación, que emitía invariablemente un voto aprobatorio en vista del relato que se le hacía; y el cuerpo legislativo, después de oír por fórmula los discursos de los oradores del gobierno y del Tribunado, votaba también con entera regularidad la aprobación de los proyectos que se le dirigían. A partir del senadoconsulto del año X, no volvió á haber discusión más que en el seno del consejo de Estado. Los diversos títulos del código fueron presentados y aprobados bajo la forma de leyes particulares. Cuando estuvieron votadas todas las partes, las reunió el gobierno en un solo cuerpo bajo el título de *Código civil francés*. Tal fué el objeto de la ley de 30 ventoso, año XII. La reunión de leyes aprobadas separadamente no impide que todas y cada una sean obligatorias desde la fecha de su publicación.

1 Senadoconsulto del 16 termidor, año X.

18. Después del establecimiento del imperio sufrió una revisión el *Código civil francés*. A consecuencia del cambio en el orden político, pareció conveniente modificar la redacción. El título primitivo fué reemplazado por el de *Código de Napoleón*; las expresiones que se referían á la forma del gobierno republicano cedieron el lugar á frases monárquicas; en vez de *República, primer cónsul, gobierno ó nación*, se puso *Imperio, Emperador, Estado*. Casi nada se cambió en el fondo. Bigot-Prémeneu dice en la exposición de las causas de la ley de 3 de Septiembre de 1807: "El Código de Napoleón es una especie de arca santa con la cual daremos á los pueblos vecinos el ejemplo de un respeto religioso." Con eso y todo sufrió algunos cambios. El Código civil prohibía las sustituciones; pero Napoleón consideró conveniente restablecerlas en favor de la nueva nobleza que creó. Recuérdase esta excepción en la edición de 1807. En el texto primitivo se conservaba el calendario republicano que se decretó en 1793, pero habiendo restablecido un senadoconsulto el calendario gregoriano, se sujetó á él la nueva edición.

El Código Napoleón llegó á ser la ley del inmenso imperio de que Napoleón era jefe; fué introducido en la mayor parte de los pequeños Estados de Alemania, así como en el gran ducado de Varsovia. Después de la caída de la dominación francesa, los alemanes desearon, quizá con demasiado apresuramiento, un código que parecía haberseles impuesto; pero que en realidad era la expresión de las costumbres germánicas. Mantúvose en las provincias del Rin y en el reino de los Países Bajos. Todavía hoy rige en Bélgica, y como no ha sido revisado, continúa siendo la edición oficial la de 1807 (1). No obstante, en algunos puntos de Bélgica ha sido modificado. El más importante de esos cambios se refiere al régimen hipotecario.

1 El texto de 1807 se reimprimió en Bruselas, bajo la dirección de M. Delebecque, abogado general de la corte de casación.

§ 2. Fuentes del Código de Napoleón

I

19. Cuando se discutió el código civil se echó en cara á sus autores el haberse circunscrito á formular los principios del derecho romano y de nuestras antiguas costumbres. La censura era verdaderamente un elogio. Portalis contestó que nunca se había entregado un pueblo á la peligrosa empresa de separarse súbitamente de todo lo que lo había civilizado, volviendo á empezar su existencia en cierto modo. Citó la ley de las Doce Tablas, los códigos de Justiniano, las ordenanzas de Luis XIV y el código de Federico (1). El legislador del año X no sentía ya hácia el pasado ese desprecio, digamos mejor ese odio que abrigaban los legisladores revolucionarios por todo lo que recordaba el antiguo régimen. Cuando se compara el lenguaje de Portalis con el de Barere, se ve que Francia había entrado en una nueva era: "El derecho escrito, dice, que se compone de las leyes romanas, civilizó á Europa. El descubrimiento que de la compilación de Justiniano hicieron nuestros antepasados, fué para ellos una especie de revelación La mayor parte de los autores que con tanta acritud como ligereza censuran el derecho romano, blasfeman de lo que ignoran. De ello se estará convencido, si en las colecciones que nos trasmitió ese derecho, se saben distinguir las leyes que han merecido ser llamadas la *razón escrita* de aquellas que no eran más que instituciones particulares, extrañas á nuestra situación y nuestros usos." Portalis confiesa que en

1 Portalis, Exposición general del sistema del código civil (Loché, t. 1, pág. 189 núm. 60.)

las costumbres se ven las huellas de nuestra barbarie primitiva; pero también hay que tener en cuenta, agrega, que hacen honor á la sabiduría de nuestros padres, que han formado el carácter nacional y que son dignas de los mejores tiempos (1).

20 ¿Quiere decir esto que el código civil sea la copia del derecho antiguo? Los autores del código no eran espíritus retrógrados. Recomendamos á los ciegos partidarios del pasado las discretas palabras que vamos á insertar: "Es preciso cambiar, cuando la más funesta de todas las innovaciones sería, por decirlo así, no innovar. No se debe ceder á prevenciones ciegas. Todo lo antiguo ha sido nuevo. Lo esencial es imprimir á las nuevas instituciones el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda afianzarles el derecho de hacerlas antiguas." Precisamente al hablar de las leyes revolucionarias es cuando Portalis enarbola el estandarte del progreso. La Revolución innovó en el dominio del derecho civil, lo mismo que en el orden político, y sobrepasó á veces todos los límites. Portalis le censura haberse dejado extraviar por el odio del pasado y el deseo impaciente de regenerarlo todo. Creíase reconstruir la sociedad, dice, y sólo se trabajaba para disolverla (2). ¡Cuánta verdad hay en esta censura! aquí mismo lo hemos reconocido.

¿Pero, por su parte, los legisladores del año X no se dejaron llevar del espíritu reaccionario que rechazaba la Revolución con tanta ceguedad, como la Revolución se había puesto á maldecir el pasado? Tiene razón Portalis de decir que nos hemos inclinado mucho en los tiempos modernos á los cambios y las reformas; pero es injusto con el siglo XVIII y con la Revolución, cuando agrega que los siglos de filosofía y de luz son, con frecuencia, el teatro de los excesos (3).

1 Portalis, Discurso preliminar, núms. 30 y 31 (Loché, t. I, pág. 162.)

2 Portalis, Exposición de las causas de la ley del 30 ventoso, año XII, núm. 2. (Loché, t. 2º p. 199.)

3 Portalis, Discurso preliminar, núm. 34 (Loché, t. 1º, p. 163.)

Preciso es decir más. Si el ardor inmoderado de innovación extravió á los legisladores revolucionarios, también el espíritu de reacción ejerció una influencia fatal sobre el código de Napoleón. La oposición que encontró el primer cónsul en el Tribunado no siempre fué mezquina y embrolladora, como se pretende (1). Si Napoleón hubiera escuchado á los tribunos, habría conservado la abolición del derecho de Sucesión Régia, pronunciada por la Asamblea constituyente: la posteridad ha dado la razón al Tribunado. Si el emperador no hubiera destruido la única asamblea en que podía oírse la opinión pública, sin duda se habría hecho con más dificultad su código; pero en cambio habría estado más en armonía con los sentimientos y las ideas de la nueva sociedad. Un cuerpo compuesto de legistas y administradores está dominado casi fatalmente por la tradición. Eso explica cómo se declararon Tronchet y Treilhard por la horrorosa concepción de la muerte civil. También en esto tenían razón los tribunos contra el gobierno consular. En vez de imponerles silencio, habría hecho bien en oírlos el primer cónsul. Si había menos sabiduría en el Tribunado que en el consejo de Estado, en cambio, el espíritu de libertad lo animaba con su poderoso aliento: este es un consejo que los legistas y los prácticos habrían hecho mal en desdeñar.

21. Tenían otra dificultad que vencer los autores del código. Querían dar á Francia una legislación uniforme: pero ¿cómo establecer la unidad y la armonía entre dos derechos tan diferentes como las leyes romanas y las costumbres? Portalis contesta: "Hemos hecho, si me es permitido expresarme así, una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario, siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones, ó modificar las unas con las otras, sin interrumpir la unidad de sistema y sin atacar el

1 Locré. *Legislación civil* (Prolegómenos, capítulo VI, tomo 1º, pág. 50.)

espíritu general (1).” Comprendemos la transacción y la conciliación cuando están en conflicto intereses contrarios; la tarea del gobierno es casi siempre transigir y conciliar; pero ¿se transige sobre principios? ¿se concilian la verdad y el error, la justicia y la injusticia? Si los códigos no son eternos, al menos se forman con un espíritu de perpetuidad; y desde ese momento deben ser la expresión del derecho absoluto, tanto como el hombre puede aspirar á lo absoluto. Transigir en esta materia es un medio seguro de extraviarse. El orden de sucesión prescrito por el código nos ofrecerá la prueba de lo que decimos. Es una mezcla del derecho romano, del derecho consuetudinario y del derecho revolucionario, sin principios ciertos, y que conduce á los más injustos resultados.

22. Por fortuna la transacción se ha hecho con frecuencia imposible. No pudiendo verificarse la conciliación entre el derecho romano y las costumbres, había que elegir entre uno y otras, y los autores del código, educados en los países de derecho consuetudinario, dieron la preferencia á las costumbres. Nuestro derecho de las personas no tiene nada de común con el derecho romano. El matrimonio, la potestad marital, la potestad paterna, han cambiado de carácter. Casi no hay ninguna relación entre los principios del derecho romano acerca de la filiación y los del código de Napoleón. Nuestra tutela descansa en otras bases muy distintas. La comunidad legal, régimen de derecho común de los esposos, era desconocido de los jurisconsultos de Roma. Nuestro sistema hipotecario está enteramente separado de las máximas romanas. La toma de posesión viene de las costumbres; las formas y condiciones de las donaciones y testamentos están apoyadas en las ordenanzas. Aparentemente la teoría de las obligaciones y de la propiedad es todavía actualmente lo que era entre los romanos; pero en

1 Portalis. Discurso preliminar, núm. 31 (Loché, t. 19)

realidad, cuando se entra en los detalles, se encuentran modificaciones á cada paso, y algunas que son fundamentales, lo cual quiere decir en definitiva, que lo que domina en el código de Napoleón es el elemento consuetudinario, ó lo que es lo mismo, el germánico.

23. Así debía ser, y es una fortuna que lo sea. El derecho es un elemento de la vida de los pueblos; se modifica, pues, con la vida. Nuestros sentimientos, nuestras ideas, nuestra civilización, no son ya lo que eran en Roma, y si ya no somos romanos, ¿cómo podría ser todavía nuestro derecho el de un pueblo del cual diferimos bajo tantos aspectos? Es indudable que la civilización romana es uno de los elementos de la civilización moderna, y el derecho representa en ella gran papel; pero no es el elemento dominante. Si los germanos ocuparon el lugar del pueblo rey, es porque la Providencia los destinaba á presidir una nueva era de la humanidad. Es natural, por eso mismo, que ocuparan el primer puesto. Felicitémonos de ello. Esto no significa que debemos despreciar el derecho romano, ni á los jurisconsultos de Roma; por el contrario, los estimamos y los admiramos; pero nuestra predilección está por el espíritu germánico que impera en nuestras antiguas costumbres. Permítasenos, para justificarlos, citar lo que escribimos otra ocasión acerca de las diferencias que separan el derecho romano del derecho consuetudinario (1).

24. “Los romanos, pueblo de juristas, tienen la gloria de haber llevado hasta la perfección la ciencia del derecho; ¡pero cuán caro han pagado esta gloria! si poseían todas las cualidades del jurisconsulto, tenían también graves defectos. Es una raza formalista, inflexible, imperiosa, sin corazón, cálculo toda. Los germanos carecen del espíritu jurídico; no tienen el genio de la unidad que caracteriza á la ciudad eterna; pero en cambio desconocen los vicios que

1 Véase el tomo VII de mis *Estudios sobre la historia de la humanidad* (El Feudalismo y la Iglesia, págs. 125 y siguientes de la segunda edición.)

señalamos á los romanos. En ellos, el sentimiento es el que domina, todo es espontaneidad é intimidad: miembros de una raza poética, desconocen las sutilezas del legista, y prefieren la equidad á la letra de la ley. En los romanos impera el derecho estricto: el pretor corrige este absolutismo, pero respetando el rigor del derecho. La noción de un derecho absoluto, regla de hierro, es desconocida de los germanos; su derecho se confunde con la equidad. El derecho romano es inflexible como el pueblo rey; de ahí la idea del poder, es decir, de despotismo en la cual descansa la familia romana; la personalidad es desconocida ó absorbida en provecho del Estado: una gravedad fría reemplaza la vida verdadera. El derecho germánico tiene impreso el carácter de la raza alemana: ampara y concilia lo que el derecho romano preceptúa y prohíbe; respeta la personalidad en todo hombre, y desconoce la superstición de las fórmulas; la vida real se sustituye á la vida artificial. Roma es superior en el dominio de la ciencia; pero preferimos la inferioridad de los germanos, porque el espíritu que á éstos anima es más humano, más grande, más elevado. En definitiva, este espíritu es el que ha hecho que predomine el derecho germánico en los pueblos modernos, aun en aquellos que profesan una especie de culto por el derecho romano.

“Los jurisconsultos de Roma reducían todo el derecho á las personas, á las cosas y á las acciones. La familia descansa en la idea del poder, es decir, en un despotismo absoluto, ilimitado. Se concentra en su jefe, ¿y quién es éste sino el padre de familia? Es, dice Ulpiano, el que tiene el *dominio* en su casa. Este *dominio* absorbe todo derecho, toda personalidad: mujer, hijos, esclavos, todos están sometidos, en el mismo grado, al imperio del padre de familia. La familia germánica tiene también un jefe: él es quien la representa, pero no es su señor, sino su protector. La *potestad* se cambia en tutela; el derecho del

padre de familia es la *maro protectora*, el *guardian*. ¿Cuál es el verdadero principio? La experiencia de los siglos lo ha decidido: los pueblos modernos han rechazado la doctrina romana y consignado en sus códigos las ideas de los bárbaros.

“La potestad paterna, entre los romanos, es un derecho del padre, derecho que no le impone ninguna obligación; no está establecido en interés de los hijos, sino en interés del padre de familia. Tal potestad es perpetua; los hijos siempre son menores, aun cuando lleguen á la edad en que la naturaleza los llama á la libertad y á la independencia; no tienen personalidad ninguna, son instrumentos de trabajo que ganan para su dueño. Los germanos desconocen esta potestad. Es verdad que el padre tiene un derecho sobre sus hijos, pero un derecho de protección, y esto es un deber tanto como un derecho: establecido en favor del protegido, termina cuando el niño no tiene ya necesidad de apoyo; y no destruye su personalidad, porque el niño puede ganar y gana para sí. Los principios del derecho germánico existieron en las costumbres. “No ha lugar al derecho de potestad paterna,” dice una máxima de nuestro derecho consuetudinario, y ese es hoy el derecho común de Europa.

“Igual cosa sucede con la potestad marital. Los juriconsultos romanos definen el matrimonio como una comunidad de toda la vida; pero la realidad estaba lejos de justificar tan hermosa definición. La idea del poder destruye la personalidad de la mujer; y ¿cómo podría haber vida comun donde la mujer desaparece ante la soberanía absoluta del jefe? En cuanto al derecho que rige al patrimonio de los esposos, parece tener por objeto separarlos en vez de unirlos; lo que la mujer lleva de dote es lo que tiene de su exclusiva propiedad; allí no hay intereses comunes. La mujer germana también está bajo la potestad del marido; pero no hay ninguna relación entre esta potestad

y la del derecho romano: es una tutela establecida en interés del protegido. Teniendo un tutor que la ampare y represente, la mujer conserva su personalidad. Tan es cierto que el poder del marido no es más que un poder de protección, que puede privársele de ese poder cuando abusa de él. La potestad marital no impide que haya vida comun entre los esposos; la mujer que es la compañera del marido, participa con éste del derecho de educación; en consecuencia, tiene una parte en la potestad paterna. La madre superviviente tiene la tutela de sus hijos. La comunidad de vida se extiende á los bienes: los germanos comprendían instintivamente que la vida comun sería una frase hueca si no entrañara también los intereses. Nuestras costumbres, á las que se tacha de bárbaras, son más equitativas para la mujer que el legislador moderno. "Ningun hombre es heredero tan directo como la mujer casada." Es una ley feudal la que pronuncia tan halagadoras palabras, grito del corazón y expresión de la justicia. "¡Nuestro código coloca á la mujer después de los colaterales del grado duodécimo!"

No seguiremos esta comparación de las leyes romanas y de las costumbres en la parte del derecho que concierne á los bienes, porque sería entrar en prolijos detalles; ocuparán su lugar en el transcurso de esta obra. Probaremos frecuentemente que el legislador moderno da la preferencia á la equidad sobre el rigor del derecho. ¿De dónde nos viene este espíritu de equidad? Es el sentimiento dominante de las razas germánicas. De todo esto resulta que, como ciencia, el derecho moderno es menos perfecto que el de Roma; pero, como legislación es superior. La vida no se conduce por la lógica, y el derecho es la expresión de la vida. Nuestro código es mejor solo por esto, porque se inspira más en el sentimiento germánico que en el derecho estricto de Roma. Los antiguos jurisconsultos daban al derecho romano el pomposo nombre de *razón es-*

críta; pero sin embargo de que lo ensalzaban se apartaban de él, porque chocaba con la equidad natural. Adviértese esto á cada página de Pothier. Tal es también el espíritu del código civil; y este carácter es el que lo hace superior á la legislación romana.

§ 3. El código civil y el derecho anterior.

25. La ley de 30 ventoso, año XII, previene en el artículo 7º: "Luego que sea ejecutorio el código civil, dejarán de tener fuerza de ley general ó particular las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales ó locales, los estatutos y los reglamentos, en las materias que son el objeto de las referidas leyes y forman el presente código." Es preciso no confundir esta derogación con la fórmula común con que terminan nuestras leyes, y que también se encuentra al final de nuestra constitución, artículo 138: "Luego que la constitución sea ejecutoria, quedan derogadas todas las leyes, decretos, acuerdos, reglamentos y demás actos que sean contrarios á ella." Semejante derogación no es otra cosa que el principio de la derogación tácita: cuando una nueva ley es contraria á otra antigua, ésta se encuentra derogada naturalmente; porque entre dos manifestaciones de la voluntad soberana que son incompatibles, la última es la que debe subsistir. En virtud de este principio, no hay más derogación que la de las disposiciones de la ley antigua que no pueden conciliarse con la nueva; en cuanto á aquellas que son conciliables con las nuevas disposiciones, conservan su fuerza obligatoria. Si se hubiera aplicado el principio de la derogación tácita al derecho antiguo, en sus relaciones con el código de Napoleón, se habría conservado todo el derecho anterior en todo aquello que no fuera contrario al derecho nuevo. La ley de ventoso fué mucho más lejos. Bastaba que una materia fuese objeto del código civil para que quedara derogado todo el derecho antiguo concerniente á esa materia,

lo cual equivalía casi á la derogación total del derecho anterior á 89. En efecto, todas las materias de derecho privado están tratadas en el código de Napoleón; no le encontramos más que un vacío: en él no se habla de los derechos de enfiteúsis y de superficie. El derecho antiguo quedaba, pues, en vigor en ambas materias. En el reino de los Países Bajos se ha llenado ese vacío con una ley especial.

26. Antes de examinar la fuerza de la ley de ventoso, necesitamos ver por qué razón el legislador francés ha admitido un principio especial para la derogación del derecho antiguo. En el consejo de Estado el cónsul Cambacérés hizo una objeción contra lo dispuesto en el artículo 7º El código civil no contiene la solución de todas las cuestiones que pueden presentarse. Sentado esto, se necesita dejar á los tribunales el derecho de apoyar sus decisiones en las leyes romanas y en las costumbres. Esta crítica tendía á dejar á las leyes antiguas su autoridad en cuanto á las cuestiones que no se encontraran decididas en el nuevo código. Esto era, en otros términos, volver al principio general de la derogación tácita. Bigot-Préameneu sostuvo que faltaba un principio especial. ¿Cuál fué el objeto de la codificación? ¿cuál fué el deseo de las asambleas nacionales, cuando pidieron la redacción de un código de leyes uniformes para todo el territorio francés? Era poner fin á la diversidad que reinaba en el derecho antiguo. Pues bien, ¿qué sucedería si se mantuvieran las leyes romanas en tanto que no fuesen contrarias al código? Sucedería que en las comarcas de derecho escrito continuaría observándose el derecho romano, como derecho obligatorio, aun en las materias ordenadas en el código. De igual manera, en los lugares de derecho consuetudinario, se continuaría sujeto á las antiguas costumbres, en tanto que no fuesen contrarias á una disposición del código; de todo lo cual resultaría que no se lograría el objeto de la codificación.

Veríase á la corte de casación anular sentencias dadas en las provincias de derecho escrito, con violación de una ley romana, mientras que se sostendrían las mismas sentencias dadas en territorio de derecho consuetudinario. El código civil no habría hecho, en definitiva, más que aumentar la incertidumbre del derecho, en vez de ponerle un término. Precisaba, pues, derogar el derecho antiguo de un modo absoluto. Eso no impedirá, dice Bigot-Préameneu, que el derecho romano conserve la autoridad de razón escrita: "limitado de esa manera, será más útil, porque podrán emplearse las máximas de equidad que contiene, sin la obligación de servirse de las sutilezas y errores que á veces en él se encuentran." Cambacérés no insiste más: bastaría, dice, que los jueces tuvieran la facultad de tomar por guía las leyes antiguas (1).

27. El artículo 7^o de la ley de ventoso presentaba una dificultad. ¿Qué sentido debe darse á estas palabras: *que son objeto de las leyes que forman el presente código?* Es verdad que cuando está arreglada una materia de un modo completo por el código de Napoleón, queda derogado todo el derecho antiguo sin que se deba entrar en la consideración de si ese derecho es ó no compatible con el moderno. Así lo ha juzgado la corte de Colmar (2), y eso no deja la menor duda. Pero ¿es preciso que el código contenga un sistema completo sobre una materia para que sea derogado el derecho antiguo? Así se pretende (3). Esto está en oposición con el texto de la ley de ventoso y con la discusión que acabamos de referir. Basta que esté tratada una materia en el código, aunque sea de una manera incompleta, para que se deba decir que se hace *objeto* del código, y consiguientemente se considerará derogado el derecho antiguo. No tenemos más que un artículo

1 Locré, *Legislación civil*. Prolegómenos, cap. VI (tomo 1^o págs. 61, 64 y 65).

2 Auto de 7 de Junio de 1803 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*.)

3 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 550.

sobre la acción pauliana (1167). Esto no impide que no esté derogado el derecho romano; con el bien entendido, como se dijo en el consejo de Estado, que el derecho romano servirá para interpretar los principios que han sido sacados de las leyes romanas.

Objétase que la ley de ventoso, así interpretada, traería la derogación de leyes que son de absoluta necesidad. Tal es la legislación relativa al derecho de hacer prender á una persona. El código contiene un título entero sobre esta materia; sin embargo, nadie ha pretendido jamás que se derogue la ley de 15 germinal, año VI. No, el código no deroga esta ley, pero es por una razón muy distinta de la que se alega. La ley de ventoso, no deroga las leyes llamadas intermediarias, aquellas que fueron dadas del año 89 en adelante; esa ley enumera las partes del derecho antiguo que están derogadas, y son las *leyes romanas*, las *ordenanzas*, las *costumbres* generales ó locales, los *estatutos* y los *reglamentos*. Nada dice de las leyes nuevas; y en esto hay una razón excelente: El legislador del año XII quería poner fin á la diversidad del derecho antiguo, y por lo mismo tenía que circunscribirse á derogar el derecho anterior á 89. En cuanto á las leyes intermediarias, que forman un derecho general, no era necesario derogarlas en conjunto; bastarían los principios ordinarios sobre la derogación. Síguese de aquí que estas leyes no están derogadas sino en lo que se oponen á una disposición del código. La corte de Bruselas ha obrado cuerdamente al decidir que las leyes intermediarias deben servir para determinar el sentido del artículo 900 del código Napoleón en cuanto á las cláusulas que conciernen á la libertad de los matrimonios (1).

28. El derecho romano está derogado. ¿Quiere decir esto: que sea inútil el estudio del derecho romano? Si se

1 Auto de 16 de Mayo de 1809. (Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Disposiciones entre vivos*.)

considerara exclusivamente bajo el punto de vista de la utilidad práctica, habría que contestar que ya no es necesario el estudio de ese derecho: tenemos un código, y tenemos autores y la jurisprudencia que lo interpretan. Esto basta para las necesidades de la vida real. Pero razonando así en todo, ¿qué sucedería con la ciencia, qué, con el desarrollo intelectual? Si hoy se pregunta: ¿para qué sirve el griego? pronto se preguntará: ¿para qué sirve el latín? y será lógico agregar: ¿de qué sirve el estudio de la antigüedad, de qué cualquiera otro estudio que no proporciona ninguna ventaja inmediata? Olvidan los utilitarios que el objeto de la ciencia y el estudio no es adquirir ciertos conocimientos necesarios ó útiles para el ejercicio de una profesión ó de una función pública, sino que tiene objeto más elevado, y es el desarrollo intelectual, condición y fundamento del desarrollo moral. El estudio, cualquiera que sea su objeto, no es más que un medio para llegar á ese fin. Así, pues, todo estudio es útil, y el más útil es el que mejor desarrolla las fuerzas de la inteligencia. Desde este punto de vista no hay estudio más necesario para el jurista que el derecho romano. Las mismas faltas que se le achacan, hacen de él un instrumento admirable para la educación jurídica. Dicese que es un derecho que todo lo sacrifica á la lógica, y lamentanse sus sutilezas; cuando precisamente este rigor en el razonamiento es el que constituye el sentido jurídico, y en este rigor es en el que deben formarse las inteligencias nacientes. En cuanto á lo que se llaman sutilezas del derecho romano, no son otra cosa que consecuencias rigurosas que manan de los principios. Después de todo, las obras de los juristas romanos son las obras maestras del derecho, así como los escritos de Platón y de Demóstenes serán siempre las obras maestras de la filosofía y del arte de la oratoria. ¿Y quién se atrevería á blasfemar diciendo que las obras maestras del entendimiento humano son inú-

tiles porque no se cotizan en la Bolsa? En apoyo de lo que acabamos de decir citaremos estas sensatas palabras de Portalis: «Acaba de darse á Francia una legislación civil; pero no por eso vaya á creerse que pueda ser abandonado como inútil todo lo que no contiene esa legislación Los filósofos de Roma son aún los legisladores del género humano. Roma, que sometió á la Europa por medio de las armas, la civilizó con sus leyes (1)».

29. Las relaciones del Código de Napoleón, con el derecho anterior, dan también lugar á una cuestión de la más alta gravedad. Conócense los cargos exagerados é injustos que Savigny, el ilustre profesor de Berlín, dirige á la obra del legislador francés. No entraremos en ese debate, que ya está terminado. Los hechos han quitado toda razón al jefe de la escuela histórica. A pesar de aquellos rudos ataques continuó el trabajo de codificación; aún en una parte de Alemania se mantuvieron los códigos franceses, y Bélgica los conservó con satisfacción. Hay, no obstante, una crítica de Savigny que vale la pena de analizarse. Los códigos, dice: fijando el derecho en el estado en que se encuentra éste, cuando se le codifica, lo inmovilizan privándolo así de las mejoras sucesivas que naturalmente traen consigo los progresos de la ciencia (2). Si fuera cierto que los códigos detuviesen el progreso del derecho, se necesitaría apresurarse á renunciar á ellos; pero no es así: el progreso se realiza siempre: nada más que no es como antes, por el trabajo de los jurisconsultos, sino por las asambleas legislativas. En Bélgica y en Francia se revisan los códigos y se les hacen las modificaciones que aconsejan la ciencia ó la práctica. Aquí tocamos la cuestión grave que suscita la codificación. Lo que sí es cierto es que cambia completamente la posición de los ju-

1 Portalis, Discurso pronunciado en la Academia de legislación (*Moniteur* de 1^o frimario, año, XII).

2 Savigny. *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux (tomo I, pág. 45).

risconsultos. Importa tenerlo en cuenta porque de ello resulta una consecuencia importantísima para la interpretación del código civil.

En Roma, sirviéndonos de las expresiones de Savigny, los jurisconsultos eran los órganos del derecho popular. (1). El derecho se formaba y se desarrollaba en la conciencia nacional; pero no era el legislador quien interpretaba y formulaba este trabajo recóndito, sino los jurisconsultos. Por eso mismo participaban en la creación del derecho. No se limitaba el encargo de ellos á explicar y á hacer la aplicación en los casos nuevos que se presentaban, sino que hacían innovaciones y creaban. Como había muy pocas leyes, los jurisconsultos no estaban encadenados con los textos, gozando, por lo mismo, de una libertad casi ilimitada. Y es tan cierto esto, que no se creían ligados por los principios que ellos mismos enseñaban. Savigny cita á este respecto un ejemplo notable. Era una máxima generalmente aceptada la de que en las materias excepcionales no se podía argumentar por vía de analogía; todavía hoy decimos que las excepciones son de estricta, de rigurosa interpretación, y que no se puede extender de un caso á otro, aun cuando haya identidad de causas. Esto no impide á los jurisconsultos romanos extender las excepciones á lo que ellos llamaban *derecho singular*. Y es que en cierto modo eran ellos legisladores, y bajo este título podían crear excepciones (2).

Bajo el antiguo régimen los juriconsultos franceses tenían también principios muy libres. En los lugares de derecho escrito, el derecho romano era un derecho tradicional más bien que un derecho legislativo. En los lugares de derecho no escrito no había generalmente más que una autoridad de justicia, autoridad que podía discutir la razón y, en caso necesario, apartarse de ella. Esto es lo que Pothier

1 Savigny. *Tratado de derecho romano*, tomo I, págs. 81 y siguientes.

2. Savigny. *Tratado de derecho romano*, tomo 1, págs. 290 y siguientes.

hace con frecuencia en nombre de la equidad. Nuestros antiguos legistas modificaban, pues, el derecho tradicional, ó lo que es lo mismo, ayudaban á desarrollar el derecho creándolo. Muy diferente es la posición de los intérpretes modernos. Estos tienen delante de sí un código que liga á todos los ciudadanos, que liga hasta el poder judicial: el magistrado y el abogado están encadenados con los textos. ¿Pueden aún, en nombre de la equidad, corregir una ley que les parezca demasiado rigurosa? No, ciertamente. ¿Pueden, por vía de razonamiento, introducir excepciones? Tampoco, porque procediendo así, se convertirían en legisladores, lo cual no debe ser, pues una vez dada la ley sólo el legislador, que es quien crea el derecho, puede modificarla.

La misión de los intérpretes, bajo nuestros códigos, es, en consecuencia, más modesta de lo que era antes; y sin embargo no siempre se dan cuenta de esta profunda revolución. Cuando ven á los juriconsultos romanos manejar libremente los principios sin más guía, sin otro lazo que la razón ó la conciencia general, se ven impulsados á seguir su ejemplo; quieren todavía más, hacer lo que hacía Pothier. Este es un escollo contra el cual debemos ponernos á cubierto. Nosotros no tenemos el derecho de innovar; no nos es permitido corregir ni perfeccionar nuestros códigos. ¿Quiere decir que ha disminuido nuestra posición? ¿es decir que el derecho codificado está reducido á la inmovilidad? No, el intérprete puede y debe señalar los vacíos, las imperfecciones, las faltas de la legislación que está llamado á explicar, y esos trabajos preparan el progreso que el legislador tiene la misión de llevar á cabo.

§ 4 Bibliografía

I. DERECHO ANTIGUO.

30. Hay un vacío en la enseñanza del derecho en Bélgica y en Francia; carecemos de un curso de historia del de-

recho francés. No insistiremos sobre la utilidad y la necesidad del estudio histórico del derecho. El legislador no crea el derecho, se circunscribe á formularlo. ¿En qué fuentes lo bebió? En la conciencia nacional, tal como la tradición lo refleja. El derecho es una de las fases de la vida de los pueblos, y una de las más importantes. ¿Podría comprenderse la humanidad moderna, si se ignorara de dónde procede y por qué vías ha llegado al estado en que la vemos? Indudablemente no. Pues de la misma manera es imposible comprender nuestros códigos, cuando se ignora de dónde provienen y cómo ha tomado el derecho la forma que nos rige en la actualidad. El derecho actual procede del pasado, y por lo mismo es preciso estudiar el pasado. Indicaremos algunas obras escogidas que pueden servir de guía á los jóvenes abogados:

LAFERRIERE. *Historia del derecho francés*. 7 vol. Lamentamos que la muerte del autor haya impedido la terminación de libro tan notable.

WARNKONIG. *Französische Staats- und Rechtsgeschichte*. 2 vol. 1846, 1848. El primer volumen comprende la historia del derecho público; el segundo, la historia del derecho privado.

31. Las dos grandes fuentes del derecho antiguo son el derecho romano y las costumbres. No podríamos citar, aun cuando nos limitásemos á una escrupulosa elección, las numerosas obras de derecho romano que han aparecido en nuestros días y mucho menos las de autores antiguos. Nos conformamos con recomendar un excelente libro de uno de nuestros colegas.

NAMUR. *Curso de Institutas y de historia del derecho romano*, 1864, 1 vol. Va á salir una segunda edición.

Inútil es citar á Pothier y Domat; todos conocen estos nombres. Haremos solamente una observación de importancia para la interpretación del código civil. Los que contribuyeron á su redacción, tenían conocimiento del derecho romano, no en sus fuentes, ni en los grandes intérpretes

del siglo XVI, Cujacio y Doneau, sino exclusivamente en los escritos de Pothier y de Domat. Por lo mismo, para la interpretación del código es menos importante conocer la verdadera doctrina de los juriconsultos romanos, que saber cómo la han entendido Domat y Pothier.

32. Las costumbres forman la parte más importante y más difícil del derecho antiguo, considerado como fuente del código. Citaremos primero algunas obras elementales.

GUY COQUILLE. *La Institución del derecho francés*. París, 1642, 1 vol. en 8º; y en las Obras de COQUILLE, uno de esos talentos claros y precisos que honran á la ciencia francesa.

ARGOU. *La Institución del derecho francés*, edición de *Boucher-d'Argis*, 1762, 1771, 1787, 2 vol. en 12vo.

LOYSEL. *Institutas consuetudinarias*, con notas de LAURIERE, 1783, 2 vol. en 12vo. Nueva edición de DUPIN y de LA-BOULAYE. París, 1846, 2 vol en 12vo.

Para el antiguo derecho belga tenemos un libro que es una verdadera obra maestra.

DEFAQZ, consejero (presidente hoy) de la corte de casación. *Antiguo derecho belga*. 1er. volumen. 1846. Unimos nuestras instancias á las de los amigos del autor para que publique el segundo volumen.

Los textos de las antiguas costumbres están recopilados en varias colecciones: la más completa es la de

BOURDOT DE RICHEBOURG. *Nuevo derecho consuetudinario ó cuerpo de las costumbres generales y particulares de Francia*, 8 vol. in-folio.

Los comentarios de algunas costumbres tienen suma importancia para el estudio de la historia y aun para la interpretación del Código civil. Los autores del código consultaron, sobre todas, la costumbre de París, comentándola el más ilustre de los juriconsultos franceses, Carlos Dumoulin, quien le dió el nombre glorioso de oráculo del

derecho consuetudinario. Encuéntrase este comentario en la siguiente obra:

CAROLI MOLINAEI. *Opera quæ exstant omnia.* 5 vol. in-folio.

Existe otro comentario de la costumbre de París, que merece ser consultado:

GLAUDIO DE FERRIERE. *Leyes y compilación de todos los comentarios sobre la costumbre de París.* Nueva edición 1714, 4 vol. in-folio. Es modestia del autor calificar su obra de compilación; porque contiene estudios originales.

La modestia, la sencillez, la formalidad y la profunda penetración eran el encanto de nuestros antiguos legistas. Inspirémonos en su ciencia y en sus bellas cualidades. No podemos citar más que los mejores; comenzaremos por algunos monumentos de la Edad Media, recomendando su lectura á nuestros jóvenes doctores:

ASSISES DE JERUSALEM, publicadas por M. BEUGNOT en nombre de la Academia de las Incripciones. 2 vol. in-folio, 1841, 1846.

BEAUMANOIR. Costumbres del Beauvoisis, publicadas por BEUGNOT, 2 vol. en 8º, 1842. Véase sobre BEAUMANOIR un juicioso estudio de LABOULAYE (inserto en una compilación belga, la *Revista de las Revistas de derecho*, t. III, p. 200 y siguientes).

Entre los comentadores más modernos, citaremos estos:

GUY COQUILLE. *Obras que contienen la institución del derecho francés y el comentario de la costumbre de Nivernois.* 2 vol. in-folio.

D'ARGENTRÉ. *Comentarii in patrias Britonum leges.* 1 vol. in-folio, 1821.

BOHUIER, el presidente. *Obras de jurisprudencia.* 2 vol. in-folio, conteniendo el Comentario sobre la costumbre del ducado de Borgoña.

Todos conocen el nombre del canciller D'Aguesseau, pero sus obras son poco leídas. Las recomendamos á los jóvenes abogados.

Obras del Sr. Canciller D'Aguesseau. 13 vol. en 4º.

II. DERECHO MODERNO.

33. El derecho revolucionario necesitaría un estudio especial y detallado. Datando del año de 89, se le olvida con facilidad. Quiérense censurar á los legisladores revolucionarios sus exageraciones, como si la misión terrible de las revoluciones no entrañara el exceso en todo. Hay un librito que puede servir de guía en esta materia.

LAFERRIERE. *Historia de los principios, de las instituciones y de las leyes de la Revolución francesa*, 1850, 1 vol. en 12vo.

34. Los trabajos preparatorios del código son unas veces demasiado estimados, despreciados otras. Napoleón decía que las discusiones del Consejo de Estado debían ser vagas, porque no todos sus miembros eran juriconsultos. Tronchet, que tomó en las discusiones una parte activa, se sirve de una expresión más dura; habla de *divagaciones* (1); y es necesario confesar que no carece de razón. Sería, sin embargo, una injusticia manifiesta generalizar esas censuras. El código civil es admirable: y ¿cómo un conjunto de leyes que bajo diferentes puntos de vista es una obra maestra, había de ser el fruto de hombres que divagaban? Después de todo, cualquiera que sea el mérito de los trabajos preparatorios, es de absoluta necesidad hacer un estudio formal de ellos. Esos trabajos se han publicado en dos colecciones:

FENET. *Colección completa de los trabajos preparatorios del Código civil*. 15 vol. en 8º, París, 1827 y 1828.

LOCRÉ. *Legislación civil, criminal y mercantil de Francia*. 31 vol. en 8º. Los diez y seis primeros volúmenes se refieren al Código civil. Citamos esta obra porque está más extendida en Bélgica, en donde se ha reimpresso; es menos completa que la de Fenet, porque no comprende las observaciones de los tribunales.

1. Locré, *Legislación civil*, Prolegómenos, cap. VI, t. 1º págs. 48-49

35. Las obras relativas al código comprenden ó todo el derecho francés ó uno ú otro título. Citaremos estos últimos, tratando la materia á que conciernen. Entre los tratados generales, es preciso distinguir desde luego las Enciclopedias ó Repertorios. Entre ellos hay dos que son universalmente conocidos:

MERLIN. *Repertorio universal y razonado de jurisprudencia*. 4ª edición en 4º, 18 vol., París, 1827-1830, y 5ª edición publicada en Bruselas, por el autor, en 8º, 36 vol. Es forzoso reunir á esta obra la *Colección alfabética de las cuestiones de derecho*. 4ª edición, 8 vol. en 4º, y 5ª edición 16 vol. en 8º.

Las Enciclopedias tienen por lo regular poco valor científico; pero las Colecciones de Merlin son la excepción; conservarán siempre grande autoridad, porque el autor es uno de los más notables jurisconsultos franceses.

DALLOZ. *Repertorio metódico y alfabético de legislación, de doctrina y de jurisprudencia*. Nueva edición, 48 vol. en 4º.

Para doctrina es una compilación, hecha no obstante con suma ligereza. Si nos referimos á ella frecuentemente, es para evitar la prolijidad de citaciones de autores y de fallos.

36. Los tratados sobre el código son, ó elementales ó más ó menos profundos. Citaremos los mejores:

ZACHARLE. *Curso de derecho civil francés*, traducido por AUBRY y RAU, obra excelente, á la que dan realce las notas de los traductores.

MOURLON. *Repeticiones sobre el Código civil*, 3 vol. en 8º.

Todos conocen las obras de Toullier y de Duranton. La de Toullier ha sido continuada por M. Duvergier y por M. Troplong. Además, M. Duvergier ha dado una nueva edición anotada. Marcadé está en manos de todos los estudiantes: es un autor muy inconstante, decisivo y muy afectado.

La obra de M. Demolombe está en publicación: han aparecido ya veinticinco volúmenes que se han reimpresso en Bélgica en doce; en el último se da principio á la materia de las obligaciones.

Nada hemos dicho de las Colecciones de jurisprudencia; no hay quien no conozca á Sirey y á Dalloz. La Colección de jurisprudencia belga lleva el título de *Pasicrisies*
