

De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho



Friedrich Carl von
SAVIGNY

De la vocación de nuestra época
para la legislación y la ciencia del Derecho

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho

Friedrich Carl von Savigny

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2015

Historia del derecho, 38

© 2015 Manuel Martínez Neira / Arturo Calatayud Villalón

Traducción de José Díaz García

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-89315-82-2

ISSN: 2255-5137

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/21520>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| Prólogo a la segunda edición | 11 |
| 1. Introducción | 15 |
| 2. Nacimiento del derecho positivo | 18 |
| 3. Leyes y códigos | 22 |
| 4. El derecho romano | 27 |
| 5. El derecho civil en Alemania | 32 |
| 6. Nuestra vocación para la legislación | 36 |
| 7. Los tres nuevos códigos | 40 |
| 8. Lo que debemos hacer donde no hay códigos | 69 |
| 9. Lo que hay que hacer con los códigos existentes | 81 |
| 10. Lo común | 89 |
| 11. La propuesta de Thibaut | 91 |
| 12. Conclusión | 94 |
| Anexo 1: Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos | 96 |
| Anexo 2: Observaciones sobre el proyecto de código civil francés ... | 125 |

Nota sobre la presente edición

En 1814 Thibaut publicó un opúsculo titulado *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania). La obra dio lugar a una conocida controversia sobre la codificación que inspiró el ensayo polémico de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) titulado *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho), publicado también en 1814. La segunda edición vio la luz en 1828, en ella Savigny añadió al texto original un interesante prólogo y dos apéndices: uno –extenso– con opiniones a favor y en contra de los códigos modernos; otro –breve– con observaciones sobre el proyecto del Código civil francés. Esta segunda edición volvió a publicarse en 1840.

Frente a la temprana traducción inglesa (*Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, London 1831), que reproducía parcialmente la edición de 1828, para contar con el *Beruf* en castellano hubo que esperar hasta 1896 (*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, prólogo de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna).

Lo primero que llama la atención del texto de la edición española es que solo cuenta con 39 notas a pie de página, frente a las 131 que Savigny redactó; además, aunque parece reproducir la primera edición (por carecer del prólogo propio de la segunda y de los apéndices), incluye cuatro notas que proceden del prólogo de la segunda edición (pp. 78, 130, 134 y 142); y, por último, ofrece una numeración particular de los capítulos (sin contar con la introducción). ¿Se trata de una disposición original? No; si examinamos la segunda edición italiana (*La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona 1857 = Biblioteca giuridica teorico-pratica, vol. 1), podemos concluir que la traducción española se sirvió de ella para su trabajo. En efecto, fue Giuseppe Tedeschi, el editor del volumen, quien suprimió numerosas notas, añadió otras sirviéndose del prólogo de la segunda edición y dejó sin numerar la introducción. El traductor español simplemente obvió las seis notas propias del editor Tedeschi (pp. 155, 157, 159, 167, 175 y 193 del texto italiano), pero fue fiel a todo lo demás.

Por otro lado, la edición de Verona venía precedida de un amplio discurso escrito por Tedeschi, titulado “Della vita scientifica e delle opere di Savigny e della importanza della scuola storica di diritto” (pp. 21-92); en su prólogo, Posada se sirvió repetidas veces de este estudio.

Tedeschi nos cuenta las razones de su elección, que parecen ser asumidas por la edición de *La España Moderna*. Nos recuerda que aunque Savigny no modificó sus opiniones vertidas en el texto de 1814, hizo pequeñas rectificaciones y que él las ofrece en notas; que aun conociendo los apéndices que Savigny añadió posteriormente a la obra, optó por descartarlos debido a la distancia de tiempo y lugar con respecto a las informaciones contenidas en ellos.

Por tanto, podemos concluir que la traducción prologada por Posada no se hizo del alemán, como sin embargo suele decirse, ni pudo hacerse del francés, como también se ha llegado a afirmar, cosa verdaderamente imposible pues hasta 2006 el ensayo no apareció en la lengua de Molière.

En el libro no figura el traductor, tampoco se deduce quién pudo serlo de la abundante correspondencia de Posada con el propietario de la editorial, José Lázaro, conservada en la Fundación Lázaro Galdiano. Posada le propuso su traducción, como hizo con tantas otras obras. Las primeras referencias, dos, aparecen en sendas cartas de septiembre de 1893; en mayo de 1894 Lázaro hizo el anuncio de su futura publicación; el 2 de agosto de ese mismo año cambió de opinión y preguntaba a Posada si podía publicarse en *La Revista Internacional*; al día siguiente acusó recibo del original; en mayo de 1895 llegó a afirmar que “La Vocación para el Derecho de Savigny me resultaría un folleto tan pequeño que no me decidí a publicarlo”. Finalmente, el libro se puso a la venta en febrero de 1896.

El poner de relieve estos equívocos y sobreentendidos no pretende solo aportar unos datos eruditos más, sino más bien hacer una invitación a replantearse los cauces y los modos de la recepción de la cultura jurídica alemana en la España liberal.

Con todo, la traducción de 1896 ha sido varias veces reimpressa (Buenos Aires 1946 y 1977, Valparaíso 1978, Granada 2008) y puede considerarse así la más difundida hasta ahora entre los hispanohablantes.

En 1914, el año del centenario, Jacques Stern dio a la imprenta una nueva edición de estos títulos de Thibaut y Savigny junto a otros textos: adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos. La selección de Stern fue traducida por José Díaz García (esta vez, sí, directamente del alemán), y publicada por Aguilar en 1970.

Partiendo de esta última traducción, con ligeros cambios, la presente obra reproduce la segunda edición del *Beruf*; es decir, junto al texto de la primera edición se ofrece el prólogo y los dos anexos propios de la segunda. Hemos cotejado las ediciones de 1828 y 1840, así como con los originales de los anexos, para plantear una disposición del texto lo más fiel posible y resolver erratas.

Por último, agradecemos a los titulares de los derechos la posibilidad de ofrecer esta edición digital con fines exclusivamente académicos.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de la presente obra apareció en el año 1814, en una época que tiene que ser inolvidable para todo el que la haya vivido. Durante años, los lazos que mantenían atada nuestra patria alemana al arbitrio extranjero eran apretados siempre con más fuerza, y se vislumbraba claramente que, si los propósitos de nuestro opresor llegaban a ejecutarse plenamente, nuestro destino tenía que acabar en el aniquilamiento de nuestra nacionalidad. Los grandes destinos en virtud de los cuales fue destruida la dominación extranjera desviaron esta amarga suerte de nuestra patria, y el sentimiento general de alegría agradecida, que se produjo entonces en virtud de la liberación del mayor de todos los peligros, deberían conservarlo todos como un recuerdo sagrado. Entonces se hizo posible hablar públicamente acerca de las cosas públicas, según el libre convencimiento, y el sentido estimulado en todas partes por la época vivida hizo a este asunto más atrayente y agradecido de lo que solía ser en los tiempos corrientes. Así apareció entonces un eminente jurisconsulto con la propuesta de redactar un código civil común para Alemania, fomentando con ello la unidad, políticamente tan importante, de los alemanes, al mismo tiempo que de la administración de justicia y de la ciencia del Derecho. Del Congreso que estaba entonces reunido en Viena se esperaba que estaría inclinado a aceptar semejante propuesta patriótica. Estas eran las circunstancias exteriores que me movieron a emitir también mi opinión, en la presente obra, sobre la importante cuestión. Esta ocasión, así como la época de viva excitación en que apareció la obra, no pueden dejar de reconocerse en ella, y si yo no hubiera tenido que hablar hasta ahora sobre esta cuestión, lo habría hecho sin duda de una manera muy diferente, aun cuando, en cuanto al fondo mismo, mis convicciones no solo siguen siendo las mismas, sino que han quedado más fundadas, a consecuencia de la ulterior meditación y de muchas experiencias no insignificantes. De ahí que pudiera resultar oportu-

no dar a esta obra, mediante modificaciones y adiciones, una configuración bajo la cual hubiera podido aparecer ahora. Pero en este procedimiento no se encontraría límite, ya que conduciría propiamente a la total anulación de la obra primitiva y a la redacción de una nueva. Por eso he considerado más conveniente hacer una reimpresión sin modificación alguna, como se hace en el presente caso. Sin embargo, acerca de algunos pasajes considero necesario añadir una explicación especial.

En la página 38* [48] se trata de la desafortunada elaboración de la ciencia del Derecho en el siglo XVIII, siendo también de mencionar a este respecto la desfavorable influencia que tuvo sobre la filosofía un reiterado esfuerzo superficial de los juristas. Este pasaje lo han entendido muchos como un juicio desfavorable sobre los esfuerzos filosóficos en la ciencia del Derecho. Para mí es incomprensible; porque, según todo el contexto, se trataba exclusivamente, en parte, de la desafortunada aplicación de la filosofía wolfiana a la ciencia del Derecho y, en parte, de la influencia de los filósofos populares posteriores. Pero estos esfuerzos apenas habían de encontrar actualmente partidarios y defensores.

En el capítulo séptimo se expresa un juicio muy desfavorable sobre los juristas franceses de los últimos tiempos. Ahora bien: los hechos singulares allí agrupados son completamente ciertos y ni siquiera puede suavizarse la censura que se hace de los mismos; sin embargo, el juicio total emitido sobre ellos es completamente unilateral e injusto, por haber pasado en silencio una parte sumamente respetable de la literatura jurídica de nuestros vecinos. La causa de esta unilateralidad radica, en parte, en el estado de ánimo e irritación contra estos vecinos, que era entonces tan natural, y, en parte, en mi incompleto conocimiento de su literatura, y aprovecho gustoso esta ocasión para reparar esa injusticia mediante una confesión pública¹. Lo cierto es que el aspecto erudito de la ciencia del Derecho y los conocimientos conexos al mismo estaban, evidentemente, muy descuidados en Francia desde hacía bastante tiempo, si bien en los últimos tiempos un número de hombres jóvenes han manifestado un loable celo². En cambio, la ciencia del Derecho práctica ha alcanzado entre ellos un elevado grado de perfección, y la parte de su

* [Las páginas corresponden a la presente edición, entre corchetes la paginación alemana original].

¹ Esto ya lo hice, en parte, en otra ocasión. Véase *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 4, pp. 488-490.

² Cf. *Zeitschrift...*, ibíd., pp. 482 ss.

literatura basada en la misma merece el mayor respeto y podría ser utilizada por nosotros con esencial ventaja. Así, por ejemplo, las obras de Merlin, tanto el *Répertoire* como las *Questions*, constituyen un verdadero modelo de tratamiento profundo, agudo y de buen gusto de los casos, y nuestra literatura práctica queda aquí muy a la zaga de la francesa. La razón de esta excelencia suya, al lado de los defectos antes mencionados, está, de una parte, en la habilidad práctica de la nación y, de otra parte, en sus formas procesales, que permiten al talento distinguido un alto grado de libertad de movimientos y de incentivo, mientras que entre nosotros los jueces y abogados ejercen su ocupación con un desapercibimiento poco estimulante. En cambio, estoy muy lejos de atribuir al *Code* la más insignificante parte de estos méritos, y lo que la práctica tiene de bueno, lo tiene a pesar del *Code*, no en virtud del mismo. Por consiguiente, todo lo que he dicho contra este en mi obra, tengo que seguirlo declarando ahora como cierto. Y lo mismo, por lo que se refiere a sus escuelas de Derecho, cuyo establecimiento obstaculiza ciertamente todo libre desenvolvimiento de la ciencia del Derecho en Francia. Esto lo digo tanto más lleno de confianza, cuanto que este juicio me ha sido confirmado por la opinión de franceses muy respetables y sagaces³.

Página 83 [138]. Lo que aquí se dice de la manera de exponer Blondeau el Derecho romano parece basarse, según noticias posteriores, en un simple malentendido.

Páginas 86-87 [144-146]. Lo que aquí se dice sobre el estudio del Derecho en las universidades alemanas ha cambiado, en cierto modo, desde entonces. Sobre el Código prusiano se dan clases desde hace varios años, incluso por mí mismo, para lo cual he podido utilizar los materiales manuscritos de dicho código. Recientemente, incluso se ha declarado obligatoria la asistencia a tales clases, sin interrupción de los estudios científicos del Derecho, y ya se ha hecho el primer examen de esto. Igualmente, el actual ministro de Justicia ha permitido la utilización de los materiales para comunicarlos al público, y algunos eminentes juriconsultos se ocupan ahora de eso, con lo que el vivo deseo que yo expresaba en las páginas 60 y 61 [94] será cumplido de una manera satisfactoria.

3 Lo que yo he dicho aquí para explicar mi juicio unilateral acerca de la jurisprudencia francesa, debido a las circunstancias en que apareció por primera vez mi obra, ha sido reconocido en una forma muy razonable en una recensión francesa, que expone en general muy acertadamente esa controversia científica. (*Le Globe*, tomo V, núm. 59, 1827, 18 agosto).

Páginas 90-91 [153]. Aquí se expresa el deseo de que se eliminen los obstáculos a la comunicación entre las universidades de los distintos países alemanes. Es sabido que desde entonces se ha hecho mucho encaminado a este importante fin, a lo que también ha contribuido muy recientemente el Gobierno bávaro.

En la presente edición se han añadido a mi obra dos anexos.

El primer anexo es propiamente una continuación de la obra misma, por lo que, en lo esencial, forma parte de este lugar. Lo mismo podría decirse también de otro tratado publicado en revista, esto es, de la recensión sobre Gönner, vol. 1, núm. 17. Pero dada la manera como fue originado, este tratado tendría que adoptar en su mayor parte el carácter de una polémica personal, y es tan poco lo que del mismo encuentro susceptible de retirar por injusto, aun considerándolo con el mayor sosiego, que no me siento inclinado a renovar esta polémica, originada por circunstancias fortuitas, después de haber transcurrido muchos años y después de haber fallecido el adversario, mediante una nueva impresión. Evidentemente, en esta recensión hay también mucho que atañe a lo general de la controversia de entonces; pero para aquellos que les gustan los documentos completos les queda el recurso de acudir a la revista misma. En este primer anexo solamente hay un lugar en el que tengo algo que añadir; es el pasaje en el que hago una advertencia contra el uso superficial de la historia universal del Derecho. Este pasaje ha sido interpretado a veces como si yo quisiera rechazar en general la historia universal del Derecho. Sin embargo, quien lo lea con amor por la verdad y libre de prejuicios tiene que encontrar incomprensible semejante interpretación. Tampoco sé añadir en realidad ninguna palabra nueva para preservarme contra esta mala interpretación.

El segundo anexo contiene el juicio de un tribunal francés sobre el proyecto del *Code*, que yo cito y alabo en la página 54 [80] de mi obra. Lo he hecho reproducir ahora, porque la colección francesa que lo ha dado a conocer solo es accesible ciertamente a la menor parte de mis lectores.

INTRODUCCIÓN

En muchos países alemanes, una necesidad externa ha suscitado ahora la cuestión de la mejor ordenación del Derecho civil, y así, esta cuestión, que nuestros Estados han tenido abandonada durante mucho tiempo, ha sido sacada de su letargo por el consejo común de estadistas y eruditos. Pero a este consejo público ha impulsado también un motivo más noble que el de la mera necesidad, y es el sentimiento de que la opresión, ahora ya conjurada, de la nación alemana encierra una apremiante exhortación a todas las fuerzas vivas a no mostrarse indignas de esta época. Por eso no es una presunción, sino algo justo y bueno, que todo el que sienta de corazón su vocación y tenga una clara conciencia de la misma la proclame públicamente, y los jurisconsultos debieran ser los que se queden menos rezagados en esto. Porque precisamente en el Derecho civil resulta manifiesta la diferencia entre la época actual y la pasada. Sin duda, todavía pueden producirse aquí muchas anomalías, ya sea por incomprensión o por mala voluntad. Pero nuevamente debemos empezar por preguntarnos: ¿qué es lo justo y lo bueno? La cuestión conlleva a su vez la finalidad y las motivaciones que guían a los príncipes para obrar ahora según su convicción y poner su honor en el bien común, lo que nadie afirmará de la época pasada. Cuando el *Code* se infiltró en Alemania y siguió carcomiendo sin cesar, como un cáncer, no se hablaba de motivos internos y apenas había lugar para las frases vacías: todo se hallaba determinado por un fin externo, completamente extraño al propio valor del código, situación funesta de por sí, aun prescindiendo de que tal fin era el más destructor de todos. Por ello, ha sido hasta ahora vano hablar del asunto. Los que han hablado en esta época eran, en parte, personas interesadas, entregadas a la mala causa, y, en parte, personas condescendientes, incomprendiblemente seducidas por aquellas; los más colaboraban meramente como hombres de negocios, sin aventurarse a emitir un juicio: se dejaban oír voces singulares respetables, unas reprendiendo y amonestando, otras insinuando y acusando, pero nadie podía pensar que se les hiciera caso. El que nuevamente se active una diversidad de opiniones, el que nuevamente pueda surgir la discusión y la duda sobre las decisiones es uno de los beneficios con que Dios nos ha bendecido,

porque solo de esta disensión puede surgir una unidad viva y firme, la unidad del convencimiento, con arreglo a la cual nos impulsa nuestra naturaleza en todos los asuntos espirituales.

Pero hay dos clases de disensiones: una hostil y una pacífica. Aquella la llevamos allí donde encontramos un objetivo y un fin vituperable, esta allí donde buscamos el medio para fines comunes laudables. Aquella estaría en su lugar ahora, aun sin tratarse del *Code*, si alguien quisiera afirmar que ahora es el momento oportuno para que todos los Estados singulares de Alemania se aislen entre sí, para lo cual también serviría el Derecho, a cuyo efecto cada gobierno debería procurarse un código completamente peculiar, en el que se suprimiera todo lo común que pudiera recordar la coherencia de la nación. Esta opinión es completamente arbitraria y muchos gobiernos la propugnan evidentemente, pero un cierto recato les impide hacerla pública ahora, y que yo sepa dicha opinión no ha encontrado apoyo en las obras de Derecho civil.

Algo completamente distinto sucede con las propuestas que se han divulgado ahora sobre este asunto, toda vez que acerca de ellas es posible una controversia pacífica en aquello con lo que no estamos conformes, y una controversia semejante conduce, si no al acuerdo de las partes, al menos, a una mejor visión del todo.

De las dos opiniones que conozco sobre la ordenación del Derecho civil, una propugna el restablecimiento de la situación antigua¹, y la segunda, la aceptación de un código común para todos los Estados alemanes². Para el esclarecimiento de esta segunda opinión, es preciso hacer aquí algunas observaciones, ya que tiene que ser considerada en una doble conexión histórica.

En primer lugar, guarda una relación especial con muchas propuestas e intentos hechos desde mediados del siglo XVIII. En esa época se hizo sentir en toda Europa un afán completamente ciego por la organización. Se había perdido el sentimiento y el amor por la grandeza y la peculiaridad de otras épocas, así como por la evolución natural de los pueblos y de las constituciones, en suma, por todo lo que la historia produce de provechoso y fecundo, y, en su lugar, había aparecido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinada nada menos que a la manifestación efectiva de una perfección

¹ A. W. REHBERG, *Über den Code Napoleon*, Hannover 1814.

² K. E. SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt*, Jena 1814, p. 135; y A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814. El primero desea que se adopte, por el momento, el Código austríaco, y este, que se promulgue uno nuevo. [Todas las citas de Thibaut corresponden a esta edición.]

absoluta. Este afán se exterioriza en todas las direcciones: sabido es a lo que ha dado lugar en la religión y en la constitución del Estado, y no puede desconocerse que, en virtud de una reacción natural, en todas partes hubo de originarse un amor nuevo y más vivo. También se hizo sentir en el Derecho civil. Se exigieron nuevos códigos que, en virtud de su integridad, debían conferir una seguridad mecánica a la administración de justicia, puesto que el juez, relevado en todo de su propio discernimiento, se limitaría simplemente a la aplicación literal de los textos; al mismo tiempo, los nuevos códigos deberían abstenerse de toda peculiaridad histórica y, en virtud de su propia abstracción, ser igualmente utilizables por todos los pueblos y todos los tiempos. Sería un gran error atribuir ese afán y estas aplicaciones del mismo a sofistas aislados, pues, salvo excepciones muy respetables, era la opinión de los pueblos. Por ello, no estaba en el poder de los gobiernos rehuir todas las aplicaciones, y la mera suavización y limitación de las mismas podía considerarse ya a menudo como muy meritoria y como prueba de vigor interno. Si comparamos la época actual con estas situaciones pasadas, podemos congratularnos. El sentido histórico se ha despertado por doquier, y a su lado no tiene cabida esa arrogancia infundada. Y aun cuando los autores noveles impulsan con frecuencia una tendencia similar, ya no es este el espíritu dominante. Incluso en los proyectos de códigos mencionados más atrás se confirma en parte esta alentadora comparación. Libres de aquellas pretensiones exageradas, van encaminados a un objetivo práctico determinado, e incluso sus motivos se sustentan en terreno firme. Pero una ojeada a aquel período nos confiere la gran ventaja de poder obtener consejo de sus experiencias. De las opiniones sustentadas en dichos proyectos han salido, uno tras otro, códigos para tres grandes Estados. Estos, y en parte sus efectos, los tenemos ante nosotros, y sería imperdonable desdeñar la lección de aliento o de prevención que pueden darnos.

En segundo lugar, esos proyectos van unidos a un punto de vista general sobre el nacimiento de todo el Derecho positivo, que siempre ha dominado en la gran mayoría de los juristas alemanes. Según el mismo, en circunstancias normales, todo Derecho positivo nace de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo. La ciencia del Derecho tiene por objeto exclusivo el contenido de las leyes. Según esto, la misma legislación, así como la ciencia del Derecho, tiene un contenido completamente contingente y cambiante, y es muy posible que el Derecho de mañana no se parezca en nada al de hoy. Este punto de vista postula como necesidad suprema un código íntegro, pues solo cuando el código está lleno de lagunas se puede caer

en la triste necesidad de tener que acudir al Derecho consuetudinario, como un complemento fluctuante. Este punto de vista es mucho más antiguo que el expuesto anteriormente, y ambos han chocado en muchos puntos, pero con frecuencia se han avenido. Como elemento mediador ha servido a menudo el convencimiento de que hay un Derecho natural o racional práctico, una legislación ideal válida para todos los tiempos y para todos los casos, que no tenemos más que descubrir, a fin de completar para siempre el Derecho positivo.

A continuación se verá si este punto de vista sobre el nacimiento del Derecho positivo corresponde o no a la realidad.

2

NACIMIENTO DEL DERECHO POSITIVO

Lo primero que preguntamos a la historia es cómo se ha desarrollado realmente el Derecho en los pueblos de noble estirpe: con ello no nos anticipamos en modo alguno al juicio de si es bueno, o tal vez necesario, o bien defectuoso.

Allí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución. En efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerzas y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas en la naturaleza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales. Lo que las enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario.

Cómo han nacido estas funciones peculiares de los pueblos, en virtud de las cuales llegan estos a individualizarse, es una pregunta que no puede contestarse históricamente. En los tiempos modernos ha predominado la opinión de que en un principio todos los pueblos han vivido en una situación animal y que, a partir de ella y a través de una lenta evolución, han llegado a una existencia tolerable, hasta alcanzar finalmente la elevación en que nos encontramos ahora. Podemos dejar de lado esta opinión y limitarnos a analizar la primera situación documentada del Derecho civil. Vamos a intentar exponer algunos rasgos generales de este período, en el cual el Derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la conciencia del pueblo.

Esta época juvenil de los pueblos es pobre en conceptos, pero goza de una clara conciencia de su situación y de sus relaciones, las cuales las siente y las vive plenamente, en tanto que nosotros, en nuestra existencia artificialmente embrollada, estamos subyugados por nuestra propia abundancia, en lugar de disfrutarla y dominarla. Aquella situación clara y natural se comprueba admirablemente también en el Derecho civil, y, así como para cada ser humano singular sus relaciones familiares y su propiedad inmobiliaria se hacen más importantes en virtud de su propia estimación, por los mismos motivos resulta posible que las reglas del Derecho privado formen parte de los objetos de la fe del pueblo. Para mantenerse, esas funciones espirituales solo necesitan una existencia corporal a la que incorporarse. Semejante cuerpo es para el lenguaje su uso constante e ininterrumpido y para la constitución lo son los poderes públicos visibles; pero ¿qué ocupa este lugar en el Derecho civil? En nuestros tiempos hay principios explícitos, transmitidos por escrito y oralmente. Pero esta especie de mantenimiento presupone un importante grado de abstracción, por lo cual no era posible en aquella época juvenil. Por el contrario, aquí encontramos por doquier actos simbólicos, mediante los cuales se da nacimiento o se pone fin a relaciones jurídicas. La evidencia sensible de estos actos es lo que mantenía exteriormente al Derecho en una configuración determinada, y su rigor y su dignidad responden a la importancia de las mismas relaciones jurídicas, las cuales se perciben ya como peculiares de este período. En el uso extendido de tales actos formales concuerdan, por ejemplo, las tribus germánicas con las antiguas itálicas, solo que en estas últimas las mismas formas aparecen más determinadas y más reglamentadas, lo cual puede guardar relación con sus constituciones urbanas. Estos actos formales pueden ser considerados como la gramática propia del Derecho de este período y es muy significativo que la ocupación principal de los antiguos juristas romanos consistiese en la recopilación y aplicación estricta de los mismos. En los tiempos modernos, los hemos despreciado a menudo como actos bárbaros y supersticiosos, y presumimos de no tenerlos, sin pensar que también nosotros nos proveemos en todas partes de formas jurídicas, a las que solo faltan justamente las ventajas principales de las formas antiguas, esto es, la evidencia y la confianza general del pueblo, ya que las nuestras son sentidas por cada uno como algo arbitrario y, por tanto, como una carga. En tales consideraciones unilaterales sobre los tiempos que nos precedieron nos parecemos a aquellos viajeros que, al visitar Francia, se admiraban de que los niños pequeños, incluso los hijos de personas vulgares, hablaban el francés con toda fluidez.

Pero esta conexión orgánica del Derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que también puede compararse con el lenguaje. Lo mismo que para este, para el Derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el Derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano. El Derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere, al perder el pueblo su peculiaridad. Pero esta evolución interna, que también tiene lugar en la época de cultura, presenta una gran dificultad para su estudio. Se ha afirmado más atrás que la sede propia del Derecho es la conciencia común del pueblo. Esto puede imaginarse muy bien, por ejemplo, en el Derecho romano, en cuanto a los rasgos fundamentales del mismo, la naturaleza general del matrimonio, de la propiedad, etc., pero por lo que se refiere al detalle de su regulación, de la que poseemos un resumen en las Pandectas, todo el mundo tiene que reconocerse impotente. Esta dificultad nos lleva a un nuevo punto de vista del desarrollo del Derecho. Al avanzar la cultura, se diferencian cada vez más todas las actividades del pueblo, y lo que antes se hacía en común recae ahora en estamentos singulares. Como uno de tales estamentos separados, aparece ahora también el de los juristas. El Derecho se perfecciona en lo sucesivo juntamente con el lenguaje, toma una dirección científica y, así como antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, recae ahora en la conciencia de los juristas, los cuales representan a partir de entonces al pueblo en esta función. La existencia del Derecho es a partir de ahí más artificiosa y complicada, puesto que vive una doble vida, una como fragmento de la vida total del pueblo, del que no deja de formar parte, y otra como ciencia especial en manos de los juristas. La concomitancia de este doble principio vital explica todas las manifestaciones posteriores, y es comprensible que esa regulación detallada pueda nacer de una manera completamente orgánica, sin arbitrio ni propósito propiamente dichos. Por razones de brevedad, en lo futuro llamaremos elemento político del Derecho a la conexión en que este se encuentra con la vida general del pueblo, y elemento técnico del Derecho a la vida científica separada del mismo.

Por tanto, en épocas distintas de un mismo pueblo, el Derecho será Derecho natural (en un sentido distinto del que le da nuestro iusnaturalismo) o Derecho erudito, según que predomine uno u otro elemento, ya que parece imposible trazar una divisoria tajante entre los mismos. En la constitución

republicana, el elemento político podrá mantener una influencia inmediata durante más tiempo que en los Estados monárquicos; y en la República romana, especialmente, actuaron de consuno muchos motivos para mantener viva esta influencia, aun con su cultura ascendente. Pero en todos los tiempos y en todas las constituciones sigue actuando todavía esta influencia en las aplicaciones singulares, puesto que allí donde una misma necesidad se repite con frecuencia en un estrecho círculo hace también posible una conciencia común del mismo pueblo. Así se formará y conservará en la mayoría de las ciudades un Derecho especial para la contratación de sirvientes y el alquiler de viviendas, independiente por completo de las leyes expresas y de la jurisprudencia científica, cuyas normas constituyen residuos aislados de la primitiva perfección general del Derecho. Antes de la gran subversión que hemos vivido en casi todas las constituciones, estos casos eran más frecuentes que ahora en los pequeños Estados alemanes, puesto que, a través de todas las revoluciones, se habían salvado a menudo fragmentos de las constituciones germánicas antiguas.

La síntesis de este punto de vista es, pues, que todo Derecho nace como derecho consuetudinario; según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador. Hasta ahora, esta situación solo se ha planteado históricamente; a continuación, analizaremos si la misma es o no loable y deseable. Pero aun considerada históricamente, esta situación necesita ser precisada con más detalle. En primer lugar, se presupone en ella un desarrollo autóctono completamente ininterrumpido; más adelante, el ejemplo de Alemania mostrará la influencia de un contacto anterior con Derechos extranjeros. Igualmente, se mostrará que una influencia parcial de la legislación sobre el Derecho civil puede resultar ya loable, ya censurable. Finalmente, en cuanto a las fronteras de la validez y la aplicación del Derecho existen grandes diversidades. Así como un mismo pueblo se ramifica en muchas tribus y los Estados se unen o se fragmentan, así el mismo Derecho tiene que ser ya común a varios Estados independientes, ya múltiple y distinto dentro de un mismo Estado, conservando ciertos rasgos fundamentales uniformes, junto a una gran variedad en los detalles singulares.

Entre los juristas alemanes, a Hugo le cabe el gran mérito de haber com-

batido, en la mayoría de sus obras, las opiniones dominantes³. Gran honra debe rendirse también aquí a la memoria de Mösser, quien con un grandioso sentido trató de interpretar en todas partes la historia, a menudo incluso en relación con el Derecho civil; que este ejemplo no haya sido seguido durante mucho tiempo por los juristas era de esperar, toda vez que Hugo no era del gremio y no dio clases ni escribió libros de texto.

3

LEYES Y CÓDIGOS

La influencia de la legislación propiamente dicha sobre el Derecho civil no es rara en fragmentos singulares del mismo, pero los fundamentos de esta influencia son de una naturaleza muy diversa. En primer lugar el legislador puede haberse propuesto justamente la modificación del Derecho existente, por exigirle así fines políticos elevados. Cuando los no juristas hablan en nuestros días de la necesidad de una nueva legislación, usualmente se refieren a esta necesidad, de la cual tenemos uno de los ejemplos más importantes en la determinación de los derechos de la propiedad. También la historia del Derecho romano proporciona ejemplos de esta especie: unos pocos en la época republicana, bajo Augusto la importante *Lex Julia et Papia Poppaea*, y desde los emperadores cristianos una gran cantidad. Que las leyes de esta especie son una infructuosa corrupción del Derecho y que precisamente en ellas es necesaria la mayor moderación ha de saltar a la vista a todo aquel que consulte la historia. El aspecto técnico del Derecho solo se toma en consideración en ellas en cuanto a la forma y a la conexión con todo el Derecho restante, conexión que hace a esta parte de la legislación más difícil de lo que suele pensarse habitualmente. Mucho menos sospechosa es una segunda influencia de la legislación sobre el Derecho civil. Puede haber ciertos preceptos jurídicos singulares especialmente dudosos o que, por su naturaleza, tengan límites vacilantes, indeterminados, como, por ejemplo, todos los relativos a la prescripción, mientras que la administración de justicia exige que tengan límites precisos. Aquí hay lugar, desde luego, para una especie de legislación que venga en ayuda de la costumbre, alejando aquellas dudas y estas indeter-

³ Sobre todo en G. Hugo, *Encyclopädie*, 4.^a ed., § 21, 22; Íd., *Naturrecht*, 3.^a ed., § 130; Íd., *Civilist. Magazin*, vol. 4, núm. 4.

minaciones, y saque así a la luz y mantenga puro el Derecho efectivo, que es la voluntad propia del pueblo. La Constitución romana tenía para este fin una institución excelente en los edictos de los pretores, institución que también podría acogerse, bajo ciertas condiciones, en los Estados monárquicos.

Pero no son estos tipos de influencia parcial los que se quieren indicar cuando, en nuestros días, se habla de la necesidad de códigos generales. A lo que se alude aquí es más bien a lo siguiente. El Estado debe investigar todo su sistema jurídico y fijarlo por escrito, de manera que este libro valga en lo sucesivo como fuente única del Derecho y deje de regir todo lo que hasta entonces hubiera podido estar vigente. Ante todo, cabe preguntarse de dónde se derivaría el contenido de este código. Según una opinión expuesta más atrás, muchos afirman que este contenido debe determinarlo el Derecho racional general, sin prestar atención al Derecho existente. Pero cuantos tenían a su cargo su ejecución y quienes, por cualquier otra causa, conocían prácticamente el Derecho, se han abstenido naturalmente de esta opinión jactanciosa y completamente vacía, y se han mostrado de acuerdo en que lo que debe ser recopilado de todos modos es el Derecho vigente, si bien con las modificaciones y correcciones que, por motivos políticos, se consideren necesarias. Más adelante se demostrará que este ha sido precisamente el criterio dominante para la elaboración de los códigos modernos. De acuerdo con él, el código tendría un doble contenido: de una parte, el Derecho vigente actualmente y, de otra parte, leyes nuevas. Por lo que se refiere a estas últimas, es evidentemente accidental que se promulguen con ocasión del código, pues podían también haberse promulgado en cualquier otra época, e incluso podría suceder que en el momento de promulgarse el código no existiera necesidad de las mismas. En Alemania, especialmente, estas leyes nuevas se promulgarían a menudo tan solo aparentemente, ya que lo que en un país fuera nuevo, en otro ya habría estado vigente, debido a lo cual no podría hablarse aquí de un Derecho nuevo, sino de un Derecho ya existente en núcleos de población afines, al que únicamente se le han modificado las fronteras de su aplicación. En consecuencia, para no embrollar nuestra investigación, vamos a dejar totalmente de lado las leyes nuevas y a contemplar solamente el contenido esencial y principal del código. De acuerdo con esto, tenemos que considerar al código como la recopilación de todo el Derecho vigente, al que el Estado mismo ha conferido una validez excluyente.

Es natural que, en una época en que se escribe tanto como en la nuestra, presupongamos esto último como esencial en una empresa de esta índole,

puesto que, dada la gran profusión de autores y la rapidez con que cambian los libros y su prestigio, ningún libro singular puede alcanzar una influencia predominante y duradera, a no ser mediante el poder del Estado. Pero puede pensarse perfectamente que este trabajo fuera realizado por jurisconsultos particulares, sin el requerimiento ni la sanción del Estado. En el Derecho germánico antiguo era esto frecuente, y nos habría costado mucho trabajo hacer comprender a nuestros antepasados la diferencia existente entre un libro de Derecho en cuanto obra privada y un verdadero código, que a nosotros nos parece tan natural y esencial. Pero ahora vamos a atenernos al concepto que resulta apropiado para nuestra época. Sin embargo, es claro que la diferencia radica exclusivamente en que la iniciativa y la sanción provienen del Estado, no en la naturaleza del trabajo mismo, la cual es en todo caso muy técnica y, en cuanto tal, propia de los juristas, toda vez que en el contenido del código, que nosotros presuponemos, ha influido desde hace tiempo el elemento político del Derecho, y conocer y expresar esta influencia es cometido propio de la técnica jurídica.

Los requisitos de un código semejante y los efectos que se esperan del mismo son de dos clases. Por propia naturaleza, el Derecho debe dar origen a la más elevada certeza jurídica y, con ella, a la más elevada seguridad de una aplicación uniforme. Según esto, es preciso corregir y rectificar los límites externos de la validez del Derecho, puesto que, en lugar de distintos Derechos locales, debe aparecer un Derecho nacional general. Aquí nos limitaremos a la primera ventaja, ya que de la segunda será mejor tratar más adelante, al hablar de la aplicación especial a Alemania.

Para todo el mundo resulta evidente que esa ventaja interna depende de la perfección de la ejecución, por lo que, desde este punto de vista, lo mismo se puede salir ganando que perdiendo. Es muy curioso lo que sobre este trabajo dice Bacon, con su gran inteligencia y experiencia⁴. Bacon no quiere que se lleve a cabo sin una necesidad apremiante y, en caso de hacerse, quiere que se ponga un cuidado especial con las fuentes del Derecho vigentes hasta la fecha: en primer lugar, tomando literalmente de ellas todo lo aplicable y, después, incorporándolas al todo y consultándolas continuamente. Pero, preferentemente, este trabajo solo debe emprenderse en épocas en que se otorgue más importancia a la educación y a los conocimientos técnicos que las pasadas, porque sería muy triste que, por la ignorancia de la época actual,

4 F. BACON, *De fontibus juris*, aphor. 59-64 (de augmentis scient., L. 8 C. 3).

resultasen mutiladas las obras del pasado⁵. Por lo que a esto respecta, es lógico afirmar que lo existente que haya de ser conservado sin cambios tiene que ser conocido a fondo y expresado correctamente. Aquello se refiere a la materia, esto a la forma.

En lo tocante al contenido, el cometido más importante y más difícil es la completitud del código, consistiendo el problema en comprender bien este cometido, en lo cual todos están de acuerdo. Puesto que el código está destinado a ser la única fuente del Derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse. Con frecuencia, se ha considerado que sería posible y bueno adquirir, por medio de la experiencia, un conocimiento completo de los casos singulares en sí mismos, para resolver entonces cada uno de ellos mediante el pasaje correspondiente del código. Pero quien haya observado con atención casos litigiosos se dará cuenta fácilmente de que esta empresa ha de ser infructuosa, porque los casos reales presentan diversidades más allá de lo imaginable. Precisamente en los códigos más modernos se ha abandonado por completo todo esfuerzo por aparentar esta plenitud material, sin que se la haya sustituido por ninguna otra cosa. Y evidentemente tal completitud puede conseguirse de otra manera, que puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría. En efecto, en cada triángulo hay ciertos datos conocidos, de cuya combinación se infieren necesariamente todos los demás: por ejemplo, mediante la combinación de dos lados y el ángulo comprendido entre los mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores. Inducir estos y, partiendo de ellos, descubrir la coherencia interna y la afinidad que presentan todos los conceptos y preceptos jurídicos es uno de los cometidos más difíciles de nuestra ciencia y el que propiamente da un carácter científico a nuestro trabajo. Por ello, si el código nace en una época que no domina este arte, son inevitables los males siguientes. La administración de justicia se hará aparentemente según el código, pero de hecho se hará según otra cosa ajena al código, la cual será, por tanto, la verdadera fuente del Derecho. Pero esta falsa apariencia es sumamente nociva. Porque el código, por su novedad, por su afinidad con los conceptos que dominan la época y

5 *Ibíd.*, aph. 64: “Optandum esset, ut hujusmodi legum instauratio illis temporibus suscipiatur, quae antiquioribus, quorum acta et opera tractant, literis et rerum cognitione praestiterint... Infelix res namque est, cum ex iudicio et delectu aetatis minus prudentis et eruditae antiquorum opera mutilantur et recomponuntur”.

por su autoridad externa, atraerá indefectiblemente hacia sí toda la atención, desviándola de la verdadera fuente del Derecho, de manera que esta oscura e inobservada existencia se verá privada de las fuerzas espirituales de la nación, que son las únicas que pueden conferirle autoridad. Más adelante, al tratar de los códigos modernos, se explicará que este peligro no es infundado, y se demostrará que no solo se desconoce el contenido singular, sino incluso el concepto y la naturaleza general de esta fuente del Derecho efectivamente imperante, la cual aparece bajo los nombres más diversos, ya como Derecho natural, ya como *jurisprudence*, ya como analogía jurídica. Si a este conocimiento defectuoso de los principios rectores se añade ahora el afán antes descrito de plenitud material, entonces las decisiones singulares se anularán y opondrán frecuentemente entre sí, sin que lo adviertan sus autores, lo que solo se hace ostensible lentamente, a través de la aplicación, y no ciertamente en una situación irreflexiva de la administración de justicia⁶. Este resultado es igualmente inevitable para el presente, si una época sin auténtica vocación fija de esta manera su opinión acerca del Derecho mediante la autoridad de la legislación: pero igualmente desventajoso en su efecto sobre la época siguiente. Porque si tiene lugar en estas condiciones más favorables para el tratamiento del Derecho, entonces nada hay más provechoso que el contacto multilateral con épocas perspicaces anteriores: pero estando por medio el código, este obstaculizará y dificultará este contacto por todos los lados. Además, el ocuparse unilateralmente de un Derecho positivo dado presenta el peligro de ser dominado por la simple letra⁷, por lo que todo medio de innovación tiene que ser muy bien acogido; pero el código mediocre tiende a fortalecer el predominio de una concepción del Derecho rígida e inanimada.

Pero además de la materia, también hay que tomar en consideración la forma del código, porque el autor del mismo puede haber dominado plenamente el Derecho que ha elaborado y, sin embargo, su trabajo puede no lograr su objetivo si no posee, al mismo tiempo, aptitud para la exposición. La manera como tiene que realizarse esta exposición es más fácil descubrirla en las aplicaciones, logradas o fracasadas, que expresarla mediante reglas ge-

6 HUGO, *Naturrecht*, § 130, núm. 7. "Si todas las cuestiones jurídicas tuvieran que ser resueltas de arriba abajo, entonces habría tantas decisiones que apenas sería posible conocerlas todas, y para los casos no resueltos, de los que siempre quedarían bastantes, habría aún más analogías contradictorias".

7 BACON, *De augm. scient.*, L. 8 C. 3: *Jurisconsulti autem ... tanquam e vinculis sermocinantur*.

nerales. Usualmente, se exige que el lenguaje de las leyes se distinga por una brevedad especial. La brevedad puede producir, desde luego, un gran efecto, como pone de relieve el ejemplo de los plebiscitos y los edictos romanos. Pero hay también una brevedad seca y trivial, en la que incurre quien no sabe manejar el lenguaje como instrumento, que muestra plenamente su inanidad; en las leyes y los documentos de la Edad Media se encuentra una gran cantidad de ejemplos de la misma. Por otra parte, la prolijidad en las fuentes del Derecho puede ser perfectamente reprochable, en realidad completamente intolerable; como sucede en muchas constituciones de Justiniano y en la mayoría de las novelas del Código de Teodosio: claro está que también hay una prolijidad ingeniosa y muy eficaz, y esta no puede desconocerse en muchos pasajes de las Pandectas.

Si resumimos lo que se ha dicho aquí sobre las condiciones de un código perfecto, resulta claro que son muy pocas las épocas que han tenido capacidad para satisfacerlas. En los pueblos jóvenes se encuentra, en realidad, la visión más precisa de su Derecho, pero les falta para los códigos, el lenguaje y el arte lógico, y las más de las veces no pueden decir lo mejor, por lo cual es frecuente que no den una imagen de individualidad, aun teniéndola en sumo grado su Derecho. Ejemplo de ello son las ya citadas leyes de la Edad Media, y si dispusiéramos de las Doce Tablas completas, probablemente sentiríamos algo análogo, aunque solo fuera en un grado insignificante. En épocas de decadencia, por el contrario, falta en casi todas las leyes conocimiento tanto de la materia como del lenguaje. Por tanto, solo queda una época intermedia, que precisamente para el Derecho puede valer como cumbre de la perfección, aun cuando no necesariamente en otros aspectos. Solo que una época semejante no siente la necesidad de un código para sí misma; podría elaborarlo tan solo para una época posterior, por así decirlo, como provisión de reserva. Pero rara vez está dispuesta una época a semejante previsión para los hijos y los nietos.

4

EL DERECHO ROMANO

Estas opiniones generales sobre el nacimiento del Derecho y de los códigos resultarán más claras y convincentes al aplicarlas al Derecho romano y al Derecho en Alemania.

Los defensores del Derecho romano no pocas veces han atribuido el valor del mismo a que contiene las reglas eternas de la justicia en una pureza admirable, de manera que hay que considerarlo, por así decirlo, como un Derecho natural sancionado. Pero si se examina más detenidamente, es indudable que se rechazará la mayor parte del mismo por insuficiente y sofista, y la admiración solo subsistirá, las más de las veces, para la teoría de los contratos; si se prescinde de las estipulaciones y de algunas otras supersticiones, en lo demás, la justicia de este Derecho es extraordinariamente grande, hasta el punto de que se le llama *l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le coeur des hommes*⁸. Ahora bien: precisamente esta parte del Derecho romano, que es la que le confiere su verdadera perfección, es de una naturaleza tan general que casi toda ella podría ser hallada por la sana razón, sin necesidad de formación jurídica, de manera que para una adquisición tan fácil no merece la pena invocar la ayuda de leyes y de juristas de hace dos mil años. Vamos a intentar captar con mayor precisión lo que tiene de peculiar el Derecho romano. Que tiene en este respecto una significación distinta a la aquí indicada lo hace ya sospechar de antemano el hecho de que es el único Derecho de un gran pueblo que ha tenido una larga existencia y un desarrollo ininterrumpido completamente nacional y que, al mismo tiempo, ha sido cultivado con extraordinario amor en todos los períodos de la vida de este pueblo.

Si consideramos ante todo los libros de Derecho justinianeos, que es la forma en que el Derecho romano ha llegado a los Estados modernos de Europa, no puede desconocerse en ellos una época de decadencia. El punto central de estos libros de Derecho lo constituye una compilación de obras de una época clásica, que está perdida y resulta ahora inasequible, cosa de la que Justiniano tampoco hace un secreto. Esta época clásica es la de Papiniano y Ulpiano, y a ella tenemos que dirigir nuestra mirada, para intentar esbozar una imagen de la calidad y el estilo de estos juristas.

Se ha indicado anteriormente que en nuestra ciencia todo el éxito descansa en la posesión de los principios rectores; pues bien: esta posesión es justamente la base de la talla de los juristas romanos. Los conceptos y preceptos de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son entes reales, cuya existencia y cuya genealogía han llegado a conocer a través de un trato íntimo prolongado.

Por ello, todo su procedimiento tiene una seguridad como no se encuentra

⁸ *Motifs de la loi du 3 sept. 1807* que precede el Código de Napoleón, Paris 1807, p. IX (por Bigot-Preameneu).

en otra parte, fuera de las matemáticas, pudiendo decirse sin exageración que calculan con sus conceptos. Pero este método no es, en modo alguno, propiedad exclusiva de un autor más o menos grande, sino que es más bien común de todos, y por más que su feliz empleo haya sido distribuido entre ellos en una medida muy diferente, el método no deja de ser en todas partes el mismo. Aun cuando tuviéramos ante nosotros sus obras completas, encontraríamos en ellas mucha menos individualidad que en cualquier otra rama de la literatura, pues todos ellos son, en cierto modo, colaboradores de una y la misma gran obra, por lo cual no hay que rechazar por completo la idea que sirve de base a la compilación de las Pandectas. Hasta qué punto esta comunidad de la posesión científica tiene profundas raíces en los juristas lo pone de manifiesto el que estos atribuyen un valor muy escaso al medio externo de dicha comunidad; así, por ejemplo, sus definiciones son, en su mayor parte, muy incompletas, sin que por ello sufra lo más mínimo la agudeza y la seguridad de los conceptos. En cambio, tienen a su disposición un medio mucho más importante y menos arbitrario, un excelente lenguaje técnico, que está tan coordinado con la ciencia que ambos parecen formar un todo indisoluble. Claro está que a estas ventajas podría muy bien ir unida una unilateralidad tajante. En efecto, el Derecho no tiene existencia por sí, su ser es más bien la vida del ser humano mismo, contemplada desde un lado especial. Ahora bien: si la ciencia del Derecho se desliga de este su objeto, entonces la actividad científica podrá continuar su camino unilateral, sin ir acompañada siquiera de una correspondiente visión de las relaciones jurídicas; la ciencia podría alcanzar entonces un alto grado de perfeccionamiento formal y carecer, sin embargo, de toda realidad propia. Pero precisamente en este aspecto resulta superior el método de los juristas romanos. Si tienen que juzgar un litigio, parten de la visión más viva del mismo, presentando así ante nuestros ojos cómo surge y se modifica, paso a paso, toda la relación, como si este caso fuera el punto de partida de toda la ciencia, la cual ha de ser deducida del mismo. Así, pues, la teoría y la práctica no están para ellos propiamente separadas, ya que su teoría es perfeccionada para su aplicación más inmediata y su práctica es constantemente ennoblecida por el tratamiento científico. En cada precepto fundamental ven al mismo tiempo un caso de aplicación, y en cada caso litigioso la regla que lo determina, no pudiendo menos de reconocerse su maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general. Y en este método de encontrar e identificar el Derecho está su valor peculiar; de ahí que, a diferencia de los regidores germanos, su

arte se ha perfeccionado simultáneamente mediante el conocimiento científico y la exposición científica, sin que desmerezcan la claridad y la vivacidad que suelen ser propias de las épocas primitivas.

Esta elevada perfección de la ciencia del Derecho en los romanos, al comienzo del siglo III de la era cristiana, es algo tan notable que no podemos dejar de prestar también atención a su historia. Sería muy erróneo el que se la quisiera considerar como pura invención de una época muy favorable, sin conexión con las precedentes. Para los juristas de esta época, la materia de su ciencia estaba ya más bien dada, en su mayor parte, desde los tiempos de la república libre. Es más, en esa era de libertad tuvieron sus raíces no solamente esta materia, sino también esos mismos métodos admirables. De hecho, lo que hizo grande a Roma fue el intenso y vivo sentido político que siempre mostró este pueblo para rejuvenecer las formas de su Constitución, de tal manera que la nueva servía simplemente para hacer evolucionar la antigua, manteniendo una justa armonía de las fuerzas conservadoras y las progresistas. Este sentido actuaba con tanta eficacia en la Constitución como en el Derecho civil, pero allí se había extinguido ya antes del final de la república, mientras que aquí pudo seguir actuando durante siglos, por no haber aparecido en el Derecho civil las mismas causas de corrupción que en la Constitución. Así, pues, también en el Derecho civil era visible el carácter general de los romanos de aferrarse a lo tradicional, sin quedar atados por ello, si es que lo tradicional no respondía ya a una nueva opinión popular dominante. Por ello, la historia del Derecho romano muestra en todas partes, hasta la época clásica, un desarrollo paulatino, completamente orgánico. Si surge una forma jurídica nueva, es enlazándola inmediatamente con una forma vieja subsistente, con lo cual toma la firmeza y el perfeccionamiento de la misma. Aquí entra en juego el concepto de ficción, que es sumamente importante para el desarrollo del Derecho romano y a menudo ridículamente desconocido por los modernos: así surgen la *bonorum possessio* al lado de la *hereditas*, la *actio publiciana* al lado de la *rei vindicatio*, las *actiones utiles* al lado de las *directae*. Y en tanto que el pensamiento jurídico progresó así de una manera constante, sin perturbaciones externas ni interrupciones, desde la mayor simplicidad hasta el más diversificado perfeccionamiento, los juristas romanos de la época tardía pudieron ejercer ese total dominio de su materia que nosotros admiramos en ellos. Pues bien: así como más atrás observábamos que la ciencia del Derecho, en su época clásica, era patrimonio común de los juristas, ahora tenemos que reconocer también una comuni-

dad similar entre las más diversas épocas y que atribuir el genio jurídico que llevó a su perfección al Derecho romano no a una época singular, sino a la nación en general. Con solo contemplar la perfección literaria que fue capaz de asegurar al Derecho romano esa influencia duradera sobre otros pueblos y otras épocas, que es exclusiva del mismo, tenemos que reconocer la época de Papiniano y Ulpiano como la más ilustre, y aun cuando hubieran llegado hasta nosotros libros jurídicos de la época de Cicerón y de Augusto, por muy importantes que fuesen para nuestro conocimiento, difícilmente podríamos dejar de ver su imperfección al lado de los de esa otra época.

De lo expuesto resulta evidente que el mismo Derecho romano se ha formado casi totalmente de dentro hacia afuera, como Derecho consuetudinario, y la historia más puntual del mismo enseña lo escasa que fue la influencia ejercida en cualquier aspecto por las leyes propiamente dichas, mientras el Derecho conservó su vitalidad. La historia del Derecho romano es también muy aleccionadora para lo que se dijo más atrás sobre la necesidad de un código. Mientras el Derecho se mantuvo en un progreso vivo, no se consideró necesario ningún código, ni siquiera cuando las circunstancias se mostraban sumamente favorables para ello. Concretamente, en la época de los juristas clásicos no habría existido ninguna dificultad para elaborar un código excelente. Los tres juristas más célebres, Papiniano, Ulpiano y Paulo, fueron también *praefecti praetorio*; con seguridad, a estos no les faltaba interés por el Derecho ni les hubiera faltado poder para ordenar un código, si lo hubieran considerado bueno o necesario; sin embargo, no vemos ningún vestigio de un intento semejante. Y antes de esto, cuando César, llevado por el sentimiento de su fuerza y ante la corrupción de la época, quiso hacer valer en Roma únicamente su voluntad, debió de haber pensado también en un código, en el sentido actual⁹. Y cuando, en el siglo VI, se había extinguido toda la vida espiritual, se recurrió a buscar, entre las ruinas de tiempos mejores, medios apropiados para satisfacer la necesidad del momento. Así nacieron, en un breve lapso, diferentes códigos romanos: el Edicto de Teodorico, el Breviario visigodo, el llamado Papiano y los libros de Justiniano. Difícilmente se hubieran conservado libros sobre Derecho romano si no hubiese sido por estos códigos, y difícilmente el Derecho romano hubiera tenido entrada en la Europa moderna si, entre estos códigos, no hubieran estado los de Justiniano, que eran los únicos en los que resultaba reconocible el espíritu del Derecho

⁹ SÜETONIO, *Caesar*, c. 44: “Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia, optima quaeque et necessaria in paucissimus conferre libros”.

romano. Ahora bien: el hecho de pensar en estos códigos solo fue motivado, evidentemente, por la decadencia externa del Derecho.

Sobre el valor material del Derecho romano puede haber opiniones muy diferentes, pero sobre la maestría aquí mencionada del método jurídico están indudablemente de acuerdo todos aquellos cuya voz tiene peso en esta cuestión. Sin embargo, tal voz solo puede concederse, evidentemente, a quien lea sin prejuicios y con sentido literario las fuentes del Derecho romano. Quienes las conocen simplemente a través de compendios o de lecciones, o sea de oídas, por más que hayan consultado algunos pasajes para comprobación, no tienen voz: para estos cualquier opinión es posible, entre ellas la de un distinguido orador francés, que afirma que el Derecho romano, en la época de los juristas antiguos, consistía en una incalculable cantidad de decisiones y reglas singulares que una vida humana no habría podido abarcar, pero que bajo Justiniano *la législation romaine sortit du chaos* y que la obra de este fue la menos imperfecta hasta que en el *Code Napoléon* apareció una perfecta en todos los aspectos¹⁰.

5

EL DERECHO CIVIL EN ALEMANIA

Hasta época muy reciente estaba en uso en toda Alemania un Derecho civil uniforme, bajo el nombre de Derecho común, modificado en mayor o menor medida por los Derechos de los países, pero no derogado totalmente en ningún sitio. Las fuentes principales de ese Derecho común eran los libros de Justiniano, cuya mera aplicación en Alemania había originado, no obstante, modificaciones importantes. Sobre este Derecho común se realizó, desde entonces, la mayor parte de la actividad científica de los juristas alemanes. Pero justamente contra este elemento extraño de nuestro Derecho se han venido elevando amargas quejas desde hace ya bastante tiempo. Según dichas quejas, el Derecho romano nos ha privado de nuestra nacionalidad y el solo hecho de que nuestros juristas se ocupen exclusivamente del mismo ha impedido que el Derecho autóctono consiguiera un perfeccionamiento independiente y científico. Las quejas de este tipo tienen ya algo vacío y falto de base, al pre-

¹⁰ *Motifs de la loi du 3 sept. 1807* que preceden las ediciones del Código Napoleón desde la de 1807, de Bigot-Preameneu.

suponer como fortuito y arbitrario lo que no habría sucedido jamás o, en todo caso, no habría perdurado, de no ser por una necesidad interna. Un desarrollo nacional cerrado, como el de los antiguos, tampoco puede producirse por la vía trazada por la naturaleza a los pueblos modernos; así como la religión no es privativa de cada pueblo y la literatura tampoco está libre de poderosas influencias exteriores, tampoco les parece antinatural tener un Derecho civil extraño y común. Pero esta influencia sobre la civilización y la literatura no era simplemente extranjera, en general, sino que fue en su mayor parte romana, tan romana como la influencia sobre nuestro Derecho. Claro está que esta opinión está basada, en este caso, en un error especial. En efecto, sin la injerencia del Derecho romano habría sido imposible un perfeccionamiento ininterrumpido del Derecho alemán, ya que faltaban todas las condiciones que en Roma habían favorecido tanto al Derecho civil. Entre ellas figuraba, en primer lugar, la localización fija, ya que Roma, que originalmente era el Estado mismo, permaneció como el punto central de dicho Estado hasta la caída del Imperio de Occidente, en tanto que las tribus alemanas emigraron, subyugando y siendo subyugadas, con lo cual el Derecho quedó repartido entre todas, sin encontrar en ninguna parte una sede fija y menos aún un punto central único. Además, las tribus alemanas experimentaron, desde muy pronto, revoluciones de una naturaleza más radical que las conocidas por Roma durante toda su historia. Porque incluso las reformas de la Constitución bajo Augusto y bajo Constantino no influyeron inmediatamente sobre el Derecho civil y dejaron intactos conceptos fundamentales del Derecho público, como, por ejemplo, el de ciudadanía. En cambio, en Alemania, cuando se hubo establecido por completo el régimen feudal, no quedó en pie nada de la antigua nación, todo cambió radicalmente, hasta las formas y los nombres, encontrándose ya totalmente consumada esta subversión total cuando se introdujo el Derecho romano.

En el capítulo anterior se ha demostrado la importancia que tiene el Derecho romano como modelo para el método jurídico; pues bien: históricamente, tiene aún mayor importancia para Alemania, en virtud de su relación con el Derecho común. Es completamente falso que esta importancia histórica del Derecho romano se limite a los casos que son resueltos inmediatamente por el mismo. No solo hay en los Derechos de los propios países muchas cosas que son simplemente Derecho romano y que solo son comprensibles en su conexión original con el mismo, sino que incluso allí donde se han abandonado intencionalmente sus preceptos, el Derecho romano ha determinado con

frecuencia la orientación y el punto de vista del Derecho recién introducido, de manera que los problemas que deban ser resueltos mediante este nuevo Derecho no pueden ser comprendidos plenamente sin aquel. Pero esta importancia histórica del Derecho romano se la comunica el Derecho alemán, que se ha conservado por doquier en los Derechos de los países, de manera que estos permanecen necesariamente incomprendidos si no se acude a las fuentes comunes.

Contra esta situación, no poco embrollada, de las fuentes del Derecho en Alemania, surgida del acoplamiento del Derecho común, ya de por sí muy complicado, con los Derechos de los países, se han formulado las mayores quejas. Las que se refieren a la enseñanza encontrarán su lugar apropiado más adelante: pero algunas se refieren a la misma administración de justicia.

En primer lugar, se atribuye a dicha situación la excesiva duración de los procesos en muchos países alemanes. Este mal nadie podrá desmentirlo ni declararlo insignificante, pero en realidad es hacer demasiado honor a los jueces de tales países si se cree que pasan tanto tiempo cavilando angustiados sobre las dificultades de la teoría, ya que tales dificultades se las aclara el primer compendio o manual que tengan a la mano; y aun cuando se las aclaren mal, en todo caso no emplearán en esto más tiempo que consultando el código más excelente. Ese mal surge, predominantemente, por defectos de las formas procesales de muchos países, cuya reforma es, desde luego, una de las necesidades más urgentes: la culpa de ello no es de las fuentes del Derecho civil. Que esto es así lo admitirá toda persona imparcial que haya leído con cuidado los documentos legales. También lo confirma la experiencia de países singulares; así, por ejemplo, en Hesse, la administración de justicia era ya buena y rápida desde hace tiempo, a pesar de que allí regía la misma combinación de Derecho común y Derecho local que en los países en que los procesos son interminables.

En segundo lugar, se formulan quejas contra la gran diversidad que existe entre los Derechos de los países, quejas que van más allá de la relación de los distintos países alemanes entre sí, pues con frecuencia, aun dentro de un mismo país, las provincias y las ciudades cuentan, a su vez, con un Derecho especial. Se ha dicho con frecuencia que, debido a esta diversidad, sufre la misma administración de justicia y se dificulta el tráfico, pero esto no se basa en ninguna experiencia, y el verdadero motivo es casi siempre otro. Consiste en el indescriptible poder que ejerce desde hace tiempo en Europa la mera idea de la uniformidad en todas las direcciones; poder contra cuyo abuso

advierte ya Montesquieu¹¹. Merece la pena examinar más detenidamente la uniformidad en su aplicación especial al Derecho. Lo más importante que se dice en favor de la uniformidad jurídica es que incrementa el amor a la patria común, en tanto que la multiplicidad de los derechos particulares lo debilita. Si este presupuesto es cierto, todo alemán bienintencionado deseará que Alemania goce de un Derecho igual en todas sus partes. Pero esto precisamente está por demostrar.

En todo ser orgánico y, por tanto, en el Estado, la salud se basa en que ambos, el todo y cada parte, estén en equilibrio, en que cada uno tenga su Derecho. El que un ciudadano, una ciudad, una provincia olviden al Estado a que pertenecen es un fenómeno muy corriente, y todos reconocerán que esta situación es antinatural y patológica. Pero, aun siendo así, de la participación viva en todas las relaciones singulares puede resultar un amor vivo por el todo, pues solo quien gobierne bien su casa será un buen ciudadano. Por ello, es un error creer que la vida de lo general ganará con la anulación de todas las relaciones individuales. Si en cada estamento, en cada ciudad, incluso en cada aldea, pudiera crearse un sentimiento peculiar de la propia personalidad, entonces esta vida individual intensificada y multiplicada daría también al todo un nuevo vigor. En consecuencia, cuando se habla de la influencia del Derecho civil sobre el sentimiento patriótico, esto no quiere decir que deba considerarse como perjudicial al Derecho especial de las provincias y de las ciudades singulares. En este aspecto, el Derecho civil merece alabanza, por cuanto promueve o es capaz de promover el sentimiento y la conciencia del pueblo, y, en cambio, merece censura el que nace como algo extraño y arbitrario, sin ninguna intervención del pueblo. Lo primero sucederá con más frecuencia y con más facilidad en los Derechos especiales de comarcas singulares, aunque ciertamente no todo Derecho municipal será algo verdaderamente popular. Sí, para este fin político, ninguna situación del Derecho civil parece más favorable que la que no hace mucho era general en Alemania: gran multiplicidad y peculiaridad en los Derechos particulares, pero teniendo todos ellos como base el Derecho común, que a todos los grupos de población alemanes recordaba constantemente su indisoluble unidad. Pero lo más nocivo, desde este punto de vista, es la modificación fácil y arbitraria del Derecho civil, pues aun cuando mediante la misma se gane en sencillez y comodidad, esta ganancia no podría ser tenida en cuenta frente a aquella desventaja política. Lo que está hecho delante de nuestros ojos por manos humanas se diferenciará siem-

11 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXIX, 18 (Des idées d'uniformité).

pre, en el sentimiento del pueblo, de aquello cuyo nacimiento no es tan visible y palpable, y si nosotros, en nuestro loable celo, censuramos esta diferencia como un ciego prejuicio, no debemos olvidar que todas nuestras creencias y nuestros sentimientos respecto a lo que no es igual a lo nuestro y está por encima de nosotros descansan sobre una mentalidad similar, afinidad esta que podría hacernos vacilar sobre la inadmisibilidad de aquella diferencia¹².

6

NUESTRA VOCACIÓN PARA LA LEGISLACIÓN

En el capítulo anterior se ha hablado ya de las razones con las que suele fundamentarse la necesidad de un código para Alemania; ahora tenemos que investigar la capacidad que se requiere para este trabajo. Sin esta capacidad, nuestra situación, lejos de mejorar con un código, empeoraría necesariamente.

Bacon sostenía que la época en que se haga un código demostrará una visión superior a las anteriores, de donde se sigue, como consecuencia necesaria, que esta capacidad tenemos que negársela a muchas épocas que en otros aspectos pueden considerarse ilustradas. En los tiempos más recientes, no pocas voces se han alzado contra semejantes opiniones, especialmente por los adversarios del Derecho romano, apoyándose en que la razón es común a todos los pueblos y todos los tiempos y en que al poder nosotros utilizar, además, la experiencia de los tiempos anteriores, lo que nosotros hagamos será indefectiblemente mejor que todo lo anterior. Pero precisamente esta opinión de que toda época tiene aptitud para todo constituye un prejuicio sumamente nocivo. En las bellas artes tenemos que reconocer lo contrario: ¿por qué no vamos a admitir lo mismo cuando se trata de la formación del Estado y del Derecho?

Si contemplamos lo que los no juristas esperan de un código, vemos que son cosas muy diferentes, según las distintas materias jurídicas, y también que aquí se ponen de manifiesto los dos elementos de todo Derecho mencionados anteriormente, esto es, el elemento político y el elemento técnico. En

¹² Cf. lo que dice REHBERG, *Über den Code Napoleon*, pp. 33 ss., sobre la uniformidad del Derecho, así como sobre las importantes consecuencias de toda la transformación del Derecho, *ibíd.*, pp. 57 ss.

algunas materias, los no juristas toman una parte activa inmediata, mientras que en otras permanecen indiferentes, dejándolas a la técnica jurídica: lo primero sucede más en el Derecho de familia; lo último, en el Derecho patrimonial, sobre todo en los fundamentos generales del mismo¹³. Como representativas de estas dos materias diferentes vamos a elegir el matrimonio y la propiedad, pero cuanto se diga de cada una debe valer al mismo tiempo para toda la clase a que pertenecen.

El matrimonio solo pertenece al Derecho en una mitad, y en la otra mitad a la costumbre, resultando incomprensible todo Derecho matrimonial que no sea considerado en conexión con este su complemento necesario. Ahora bien: en los tiempos modernos la opinión no jurídica acerca de esta relación, por motivos relacionados con la historia de la Iglesia cristiana, se ha hecho en parte superficial y en parte sumamente vacilante e indeterminada, y tanto esa superficialidad como esta vacilación se han comunicado al Derecho matrimonial. Quien contemple con atención la legislación y el Derecho práctico en cuestiones de matrimonio, no tendrá ninguna duda sobre esto. Ahora bien: quienes creen que cada mal, para desaparecer en el acto, tan solo necesita una ley que ayude a remediarlo, no tendrán inconveniente en reconocer esa triste situación y, en consecuencia, la necesidad de sacar a la luz del día una legislación vigorosa y radical. Pero esta esperanza que ponen en las leyes la considero completamente falta de base. Si en la opinión general resulta alguna vez visible una dirección determinada y loable, tal dirección podrá ser vigorosamente apoyada por la legislación, pero no creada por esta, y allí donde falte por completo, todo intento de crearla mediante una legislación no conseguirá sino hacer aún más vacilante la situación actual y dificultar su remedio.

Vamos a considerar ahora aquellas materias que (como la propiedad) son consideradas con indiferencia por el público no jurista y que los juristas juzgan que pueden ser iguales en todas las circunstancias¹⁴, de manera que competen exclusivamente a la técnica jurídica. El que tengamos esta opinión de estas materias constituye de por sí un indicio de una situación pública a la que falta la fuerza creadora del Derecho; porque donde esta fuerza está viva, todas estas relaciones, lejos de ser indiferentes, se considerarán peculiares y nece-

13 Las discusiones del Consejo de Estado francés sobre el *Code* proporcionan una cómoda perspectiva sobre la relación de estas partes: los no juristas nunca acababan de hablar sobre la primera, pero sobre la segunda era frecuente que no hablaran nada.

14 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 54.

sarias, como lo demuestra la historia de cualquier Derecho primitivo. Pero en esta situación, que presuponemos que es la nuestra, nuestra capacidad para la legislación dependerá del valor y de la perfección de nuestra técnica jurídica, y a esta hay que dirigir ahora, en primer lugar, nuestro análisis.

Por desgracia, todo el siglo XVIII ha sido en Alemania muy pobre en grandes juristas. En realidad, se encuentran grandes cantidades de hombres inteligentes que hicieron trabajos preparatorios muy estimables, pero rara vez pasaron de ahí. A los juristas les es indispensable un doble sentido: el histórico, para captar con agudeza lo peculiar de cada época y de cada forma jurídica, y el sistemático, para ver a cada concepto y a cada precepto en una conexión y una interacción vivas con el todo, es decir, en la única conexión que es verdadera y natural. Este doble sentido científico escasea extraordinariamente en los juristas del siglo XVIII, cuyos reiterados y superficiales esfuerzos en el campo de la filosofía tuvieron un efecto muy desfavorable. Sobre la época en que vive uno mismo es muy difícil emitir un juicio seguro: sin embargo, si no nos engañan todos los síntomas, a nuestra ciencia ha llegado un espíritu más vivo, que podrá elevarla de nuevo en el futuro a la altura de una formación peculiar. Solo que todavía es muy poco lo que se ha hecho en este aspecto, por cuya razón niego yo nuestra capacidad para producir un código laudable. Muchos tendrán este juicio por exagerado, pero a estos les pido que, entre la cifra no pequeña de sistemas existentes de Derecho romano-alemán, me muestren uno que pueda servir para algo más que para este o aquel fin especial; porque de estos tenemos muchos, y que sea un buen libro; pero esta alabanza solamente podrá valer si está expuesto en una forma propia e independiente y al mismo tiempo da una visión viva de la materia.

Así, por ejemplo, en lo tocante al Derecho romano, importaría que fuera reconocible el espíritu que anima las Pandectas, y yo me alegraría mucho de conocer un sistema, entre los nuestros, del que pudiera decirse esto. Ahora bien: si con mucha asiduidad y buenos talentos no se ha logrado hasta el presente este trabajo, yo afirmo que en nuestro tiempo no es posible todavía un buen código, porque el trabajo para este no es distinto, sino solamente más difícil. Hay todavía otra prueba para determinar nuestra capacidad: comparemos nuestra literatura jurídica con la formación literaria de los alemanes en general y veamos si aquella ha mantenido el mismo paso que esta; el fallo no será favorable, y la relación que encontramos en este caso es totalmente diferente a la de los juristas romanos con la literatura romana general. En esta opinión no hay menosprecio, porque nuestro cometido es, en realidad,

muy grande e incomparablemente más difícil que el de los juristas romanos. Y no debemos desconocer la magnitud de este cometido, por comodidad o vanidad, ni debemos creer que hemos llegado ya a la meta, cuando estamos muy alejados de ella aún.

Ahora bien: si no tenemos lo que es necesario para que surja un buen código, tampoco debemos creer que la empresa efectiva no sería sino una esperanza frustrada, pues solo en el peor de los casos habría dejado de llevarnos más lejos. Más atrás se ha hablado ya del gran peligro que se corre inevitablemente cuando una autoridad exterior fija una situación de un conocimiento muy deficiente e infundado, y este peligro sería aquí tanto mayor cuanto más general fuera la empresa y cuanto más entre en contacto con el interés nacional que está despertando. Los ejemplos a la mano dan a menudo en tales cosas una imagen menos clara; por eso, para dar una idea clara de lo que puede surgir de esta manera, quiero recordar la época posterior a la disolución del Imperio romano de Occidente, cuando se fijó precisamente una situación igualmente imperfecta del conocimiento del Derecho. El único caso que es aquí susceptible de comparación es el del Edicto de Teodorico el Grande, ya que solo aquí debía ser expuesto el Derecho preexistente, bajo una forma propia nueva. Yo estoy muy lejos de creer que lo que nosotros pudiéramos hacer se asemejaría totalmente a este Edicto, porque la diferencia de las épocas es, en realidad, muy grande: a los romanos del año 500 les costaba trabajo expresar lo que pensaban, mientras que nosotros sabemos escribir, hasta cierto punto; además, entonces no había ningún escritor jurídico, mientras que a nosotros no nos faltan. Solamente hay una semejanza que no podemos desconocer, y es que los romanos debían exponer una materia histórica que no podían abarcar ni manejar y que a nosotros nos cuesta trabajo reconocer en su exposición. Pero sobre nosotros pesa el inconveniente de que así como en el año 500 no había nada que estropear, en nuestro tiempo no puede negarse que hay una viva diligencia y nadie puede saber cuánto mejor escaparemos al futuro afianzando los defectos actuales. Porque *“ut corpora lente augescunt, cito extinguuntur; sic ingenia studiaque oppresseris facilius quam revocaveris”*¹⁵.

Todavía hay que considerar otro aspecto importante, que es el del lenguaje. Yo pregunto a todo el que tenga sentido para apreciar la expresión digna y adecuada y no considere al lenguaje como un instrumento ordinario de trabajo, sino como un medio artístico, si nosotros tenemos un lenguaje en el que pudiera ser escrito un código. Estoy muy lejos de poner en duda la fuerza

15 TÁCITO, *Agrícola*, C. 3.

del noble idioma alemán; pero el que ahora no sirva para escribir un código constituye para mí un indicio más de que en esta esfera del pensamiento estamos atrasados. Solo cuando progrese nuestra ciencia se verá cómo se reanima nuestro idioma por una fuerza vital fresca y original. Más aún: creo que en este terreno incluso hemos retrocedido en los tiempos modernos. No conozco ninguna ley del siglo XVIII que pudiera ser comparada en rigor y fuerza de expresión con la ordenanza de los tribunales penales de Carlos V.

Yo sé lo que puede contestarse a estos argumentos, aun cuando se esté de acuerdo con todos ellos: que la fuerza del espíritu humano es infinita y que con un esfuerzo sincero también podría producirse ahora repentinamente una obra en la que no se percibiera ninguno de todos estos defectos. Pues bien: el intentarlo está permitido a todos, atención no falta en nuestro tiempo y no hay peligro de que esta sea desviada del logro verdadero.

Hasta aquí he analizado la capacidad de nuestro tiempo para la legislación general, como si esta no hubiera sido emprendida todavía. Ahora me ocuparé de los códigos que ha producido efectivamente la época más reciente.

7

LOS TRES NUEVOS CODIGOS

La crítica integral de un código tiene que ocupar, necesariamente, una extensión mayor que el código mismo, por lo cual no puede ser intentada dentro de los límites de una obra pequeña. Además, estos códigos no interesan tanto por su valor particular cuanto por la posibilidad que representan respecto al éxito, favorable o desfavorable, de una nueva empresa de esta índole. Todos ellos se han producido en aquella situación de formación jurídica a la que más atrás hemos negado capacidad para la elaboración de un buen código, y, en consecuencia, podrán servir históricamente para confirmar o refutar nuestra afirmación. Coloco en primer lugar al *Code Napoléon*, por ser el único sobre el cual se han dado a conocer debates minuciosos, que pueden servirnos de guía inmediata para nuestro fin¹⁶.

16 Me remitiré aquí a las obras siguientes: *Conférence du code civil avec la discussion ... du conseil d'état et du tribunal*, Paris, Didot, 1805, 8 vols; *Code civil suivi de l'exposé des motifs* (los discursos en el *corps législatif*), Paris, Didot, 1804, 8 vols; CRUSSAIRE, *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet*

En el *Code* han tenido mayor influencia los elementos políticos de la legislación que los elementos técnicos, debido a lo cual ha modificado más el Derecho existente que los códigos alemanes. Las causas y la naturaleza de esta influencia predominante han sido expuestas recientemente en una obra muy ingeniosa¹⁷, de una manera tan documentada que puedo darme por satisfecho con resumir aquí brevemente sus opiniones. La Revolución había aniquilado, al mismo tiempo que la antigua constitución, una gran parte del Derecho civil, llevada en ambos casos más por un impulso ciego contra lo existente y por la expectativa extravagante e insensata de un futuro incierto que por la ilusión de alcanzar una situación determinada considerada digna de ello. Ahora bien: cuando Bonaparte avasalló todo bajo su despotismo militar, conservó de la Revolución la parte que le servía, descartando el retorno a la antigua constitución, y en lo demás se mostró firmemente decidido a hacer desaparecer lo que entonces repugnaba ya a todos y lo que se opusiera a él mismo; claro está que esto no era posible en todas partes, ya que el efecto de los años pasados sobre la instrucción, las costumbres y los sentimientos no se había extinguido. Este retroceso a medias a la tranquila situación anterior fue, desde luego, beneficioso y dio al código que surgió en esta época su orientación principal. Pero este retroceso fue producto del cansancio y el hastío, no de la victoria de fuerzas y sentimientos más nobles, los cuales tampoco habrían tenido cabida en la situación pública a que se llegó para azote de Europa. Esta falta de base interna no puede dejar de observarse en las discusiones del Consejo de Estado, que a todo lector atento tienen que producir una impresión desconsoladora. A ello vino a añadirse ahora la influencia inmediata de la Constitución del Estado. Esta era, cuando se hizo el *Code*, teóricamente republicana, en el sentido de la Revolución, pero de hecho se inclinaba ya en todo al despotismo desarrollado posteriormente. De ahí que hasta en los mismos preceptos fundamentales surgieran vacilaciones e inestabilidad; así, por ejemplo, el mismo Bonaparte declaró ya en 1803, ante el Consejo de Estado, nocivo, inmoral y absurdo¹⁸ al mismo fideicomiso familiar que reintrodujo en 1806 y que en 1807 fue aceptado en el *Code*. Pero mucho más peligroso para el sentimiento

de code civil, Paris, 1802; MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, 2.^a ed., Paris, 1807, 4 vols. El Código Napoleón se denominará *Code*, sin más, y el proyecto del mismo se denominará *Projet de code civil*.

17 A. W. REHBERG, *Über den Code Napoleon*, Hannover, 1814.

18 *Conférence du code civil*, t. 4, p. 126: “Ces substitutions étaient contraires à l'intérêt de l'agriculture, aux bonnes moeurs, à la raison; personne ne pense à les rétablir”.

era el que mediante este rápido cambio fue aniquilado nuevamente el último objeto de la fe y la veneración, tan frecuentemente jurado, y que las expresiones y las formas estuvieran de aquí en adelante en constante contradicción con los conceptos, con lo cual hubieron también de desaparecer en los más el último resto de verdad y de actitud moral. Sería difícil imaginar una situación pública más desventajosa para la legislación que esta situación real. E incluso entre los franceses mismos no es raro entrever, a través de su constante glorificación, un sentimiento de esta desdichada situación y de la imperfección del trabajo realizado sobre estos cimientos¹⁹. Pero para Alemania, que no había sido alcanzada por la desbandada de esta Revolución, el *Code* (que en Francia había significado retroceder una parte del camino) era más bien un paso hacia la situación revolucionaria y, por tanto, más nocivo y funesto que para la misma Francia²⁰. Pero, felizmente, todas estas opiniones solo tienen para nosotros los alemanes un interés histórico. Napoleón pensó en realidad que era de otro modo. A él le sirvió el *Code* como un lazo más para atar a los pueblos, por lo que para nosotros habría sido perjudicial y detestable, aunque hubiese tenido un gran valor interno, que no lo tenía. De esta ignominia nos hemos librado ya, y pronto no quedará de ella más que el recuerdo de lo que tantos juristas alemanes han aplaudido, aun sin ser requeridos para ello, y de la fortuna que nos han anunciado de lo que estaba destinado a corrompernos. Ahora el *Code* ha adoptado otra posición frente a Europa y podemos juzgarlo tranquila e imparcialmente como un código para Francia.

En las líneas que siguen vamos a examinar la parte técnica del *Code*, que podría ser considerada con independencia de la Revolución, ya que contiene un Derecho preexistente²¹. Pero este Derecho preexistente es, en parte, romano y, en parte, francés (*coutumes*), por lo que, incluso en esta parte, el *Code* solo introdujo en cada localidad de Francia un Derecho nuevo a medias, que en ninguna parte fue bien acogido²²; el mismo resultado habría sido inevita-

19 Véanse algunos pasajes de REHBERG, *Über den Code Napoleon*, pp. 141, 163, 177, 187.

20 Estas son, en lo esencial, las opiniones de Rehberg, y yo no veo cómo pueda reprocharse esta injusta amargura; la aplicación a muchos lugares aislados no puede discutirse, indudablemente.

21 El enjuiciar el *Code* desde este lado quedaba fuera del propósito de Rehberg. Sobre esto pueden verse excelentes observaciones en THIBAUT, recensión a la obra de Rehberg, publicada en *Heidelb. Jahrb.* 1814, enero, p. 1 ss.

22 Cf. sobre esto las observaciones extraordinariamente admirables del Tribunal de Apelación de Montpellier, en CRUSSAIRE, *Analyse des observations*, pp. 5-9.

ble en Alemania de haberse intentado algo similar. Prescindiendo de esto, vamos a ocuparnos ahora del trabajo en sí. Incluso en Alemania se han alabado no pocas veces el rigor y la solidez con que se hizo este trabajo²³. Indudablemente, no puede negarse que los cuatro redactores terminaron en pocos meses la base del todo (el *projet de code civil*); todo lo que aquí resultase defectuoso debería ser perfeccionado en la discusión del Consejo de Estado, ese orgullo de la Administración francesa. Y ciertamente en esta discusión aparecieron también con frecuencia buenas ideas, pero el carácter general de la misma lo ha descrito muy justamente Thibaut, al calificarla de superficial e insegura²⁴. Sin embargo, lo principal aquí, que es lo propiamente técnico, de lo cual depende verdaderamente el valor del código, no llegó prácticamente a discutirse. ¡Y cómo podría haber sido de otra manera! A un cuerpo colegiado muy numeroso y heterogéneo podrían haberse planteado, naturalmente, cuestiones tales como si el padre tendría que dotar a su hija y si una compra podría ser impugnada por causa de lesión mayor, pero la teoría general del Derecho de cosas y de las obligaciones, que no puede entenderse sin una preparación científica, ni siquiera fue puesta en discusión, y en ella no hizo más que seguir el proyecto, artículo por artículo, sin entrar a analizar el contenido y el tratamiento de secciones completas. Así sucedió que, por ejemplo, la discusión sobre la impugnación de la compra ocupó por lo menos cuatro veces más tiempo que la discusión sobre los dos primeros capítulos de los contratos²⁵. Y, sin embargo, todo entendido en la materia convendrá conmigo en que para el valor y la utilidad del código en general esas cuestiones aisladas son totalmente insignificantes frente a estas teorías generales. Por tanto, el Consejo de Estado no intervino en la parte técnica del *Code*, y este es y sigue siendo el trabajo precipitado de sus conocidos redactores, de juristas propiamente dichos. ¿En qué situación se hallaba la ciencia del Derecho en Francia cuando se formaron estos hombres? Es generalmente sabido que en Derecho romano Pothier es la estrella polar para los nuevos juristas franceses y que sus obras han tenido una influencia inmediata sobre el *Code*. Estoy muy lejos de menospreciar a Pothier, y creo más bien que la jurisprudencia de un pue-

23 Así, por ejemplo, VON SEIDENSTICKER, *Einleitung in den Codex Napoleon*, pp. 221-224.

24 *Heidelb. Jahrb.*, 1814, enero, p. 12.

25 Sobre aquella, arts. 1674-1685, *Conférence du code civil*, t. 6, pp. 43-94; sobre estos, arts. 1101-1133, *ibíd.*, t. 5, pp. 1-21, de las cuales el texto de los artículos ocupa, por lo menos, la mitad del espacio.

blo en el cual hubiera muchos como él estaría muy bien asesorada. Pero una literatura jurídica en la que figura él solo, que es venerado y estudiado casi como una fuente, tiene que producir lástima. Si consideramos, además, esta erudición jurídica, tal como se presenta ante nosotros a través de los hechos, resulta en realidad curiosa. Muy significativos son ya fenómenos tales como Desquiron²⁶, quien habla de un jurista romano, Justus Lipsius, de poco después de las Doce Tablas, y del célebre Sicardus, bajo Teodosio II, autor del *Codex Theodosianus*; estas mismas monstruosidades permiten sacar una conclusión acerca de lo que debía ser en términos generales la situación científica. Solo vamos a fijarnos directamente en los autores del código, en Bigot-Preameneu, Portalis y Maleville. De las eruditas opiniones del primero ya se ha tenido más atrás una prueba. Sobre Portalis puede bastar la prueba siguiente. El artículo 6 contiene la regla *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Se había hecho la objeción de que *jus publicum* no se refiere en este contexto al Derecho que concierne al Estado, sino a toda ley, sin distinción, a todo *jus publice stabilitum*. A esto responde Portalis²⁷ que en general se admiten ambas significaciones de la palabra, pero se pregunta lo que quiere decir justamente en este pasaje del Derecho romano. “Or, voici comment est conçu le sommaire de la loi 31^{me} au Digeste de pactis: contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pacisci licet ... Ainsi, le droit public est ce qui intéresse plus directement la société que les particuliers.” No quiero decir que aquí el *jus publicum* está entendido superficial y sinuosamente, pero pregunto: ¿qué había en esta regla general, para que se imaginaran los romanos una regla semejante?; y si había algo en ella, ¿cómo era posible exponer el lenguaje de los romanos a base de un pasaje de Bartolo (porque de este es el *summarium*), es decir, considerar a este de la misma talla que los juristas romanos? ¡Esto se dice, pues, *tamquam e vinculis sermocinari!* Maleville se muestra en su libro completamente como un hombre honorable y sensato, pero algunas huellas de su erudición jurídica son tanto más decisivas cuanto que él figuró en la redacción del *Code* precisamente entre los representantes del Derecho romano. Así, por ejemplo, presenta un pequeño sumario de la

26 A. T. DESQUIRON, *L'esprit des Institutes de l'Empereur Justinien conféré avec les principes du Code Napoléon*, Paris, Renaudière, 1807, 2 vols.; véase la introducción histórica.

27 *Moniteur*, año X, núm. 86, p. 339. El discurso pertenece a los debates publicados posteriormente.

historia de la usucapión y de las *res Mancipi*, que es único en su clase²⁸: mientras los romanos tenían tan solo una propiedad territorial pequeña y próxima –nos dice–, bastaban dos años para la prescripción, pero cuando adquirieron también tierras en las provincias, a una mayor distancia de Roma, se exigieron diez años (la *longi temporis praescriptio*). *Res Mancipi* eran los fundos itálicos y todos los bienes muebles; en los bienes muebles, la propiedad se transmitía por la mera tradición, y la usucapión tenía lugar únicamente para las *res Mancipi*; pero en las *res nec Mancipi*, es decir, en los fundos provinciales, había una *longi temporis praescriptio*, para la cual no hacía falta título; el tenedor de las mismas se llamaba *dominus Bonitarius*. En otro lugar se habla de la usucapión justiniana; había que distinguir entre el ladrón mismo y el tercero que compra al ladrón; aquel necesitaba treinta años, mientras que a este se aplicaba la *L. un. C. de usuc. transform.* y, por tanto, la prescripción de tres años²⁹, como si entre los romanos no se hubiera hablado nunca de *res furtiva*. Otro caso muy notable afecta al mismo tiempo a Portalis y Maleville. El Derecho romano trató constantemente del divorcio, pero Portalis y Maleville parten de una historia del divorcio romano que no es simplemente falsa, sino totalmente imposible; así, por ejemplo, creen ambos que el matrimonio no puede ser disuelto unilateralmente por un cónyuge, sino tan solo por mutuo acuerdo, con lo cual resulta de hecho completamente sin sentido todo el Derecho de las Pandectas, o sea, el establecido por Justiniano sobre esta materia; incluso la separación por mutuo acuerdo resultaría entre los romanos una consecuencia de la opinión errónea según la cual el matrimonio sigue la misma regla que los demás contratos!³⁰ Y esto no era aquí simplemente una curiosidad histórica, sino que afectaba a las bases fundamentales que tuvieron una influencia inmediata en la discusión, como, por ejemplo, el que en el artículo 230 se aceptara, con repugnancia general, justamente lo más inconcebible de toda la historia del divorcio romano. Esta situación de la erudición jurídica no hay que atribuirle, sin embargo, a arrogancia ni a obstinación; en los debates sobre la rescisión de la compra, puso la casualidad en manos de un consejero de Estado la disertación de Thomasius sobre la *L. 2, C. de resc. vend.*, y es realmente impresionante ver con qué admiración fue acogida, ex-

28 MALEVILLE, *Analyse*, t. 4, pp. 358-359.

29 *Ibíd.*, p. 407.

30 *Conférence du code civil*, t. 2, pp. 123, 124, 136. El error de Emmercy, p. 139, es en cierto grado menor.

tractada y discutida esta obra³¹. ¡De una erudición similar y mejor podríamos habernos servido también sin duda en otras materias!, y a este candor literario tampoco se le puede reprochar una parcialidad nacional, porque, como es sabido, en el siglo XVI vivieron en Francia algunas personas de las que todavía ahora se puede aprender Derecho romano. Yo mismo he oído decir a un profesor de Derecho de París que las obras de Cujas no debían faltar en una biblioteca completa, aunque ya no era necesario consultarlas, puesto que todo lo bueno de ellas está en Pothier.

Todo esto, por lo que se refiere al suelo en el cual ha crecido el *Code*; vamos ahora a ocuparnos del fruto mismo. El proyecto no se planteaba explícitamente la cuestión de su plenitud material, por lo que esta sería una resultante de los tres elementos siguientes: la selección de las materias a regular, la selección de las disposiciones sobre cada materia y la relación con lo que debía regir *in subsidium* allí donde el *Code* no fuera suficiente. La selección de las materias era sumamente fácil para los juristas de formación práctica, pero precisamente aquí resultó tan desacertada que, al aplicar el *Code*, se descubrió un gran número de lagunas sumamente palpables. La selección no la determinó aquí la experiencia ni el sentido práctico, sino que se hizo siguiendo la pauta que había marcado el método de enseñanza tradicional; y si rastreamos esta cuestión, encontraremos con frecuencia que faltan materias importantes, simplemente porque tales materias no aparecen, o aparecen solo de pasada, en las Instituciones de Justiniano, que constituyen la base de tantos sistemas nuevos, a menudo sin darse cuenta de ello³². Sin embargo, este defecto puede sernos indiferente, puesto que en el futuro sería muy fácil de evitar en cada caso.

Mucho más importante en este aspecto, y mucho más difícil en sí, es la selección de las disposiciones sobre las materias efectivamente tratadas y, en consecuencia, el hallazgo de la regla mediante la cual deberá regirse en el futuro la gran masa de los detalles. Para ello es preciso estar en posesión de los principios rectores, en los cuales descansa toda la seguridad y la eficacia de la labor del jurista; aquí los romanos alcanzaron tanta altura que ante nosotros aparecen como modelos. Pero precisamente por este lado el trabajo de los franceses presenta el aspecto más lamentable, como pondremos de manifiesto a continuación, con algunos ejemplos.

³¹ *Ibid.*, t. 6, p. 44.

³² Ejemplos de materias importantes que faltan totalmente o en su mayor parte en el *Code* pueden verse en *Heidelb. Jahrb.*, enero 1814, p. 13.

Un defecto principal, que se percibe en todas partes, es este. La teoría del Derecho patrimonial es, en conjunto, la romana. Pero, como es sabido, el Derecho patrimonial romano está basado en dos conceptos fundamentales: el de los derechos reales y el de las obligaciones, y todo el mundo sabe con cuánta agudeza y precisión formularon los romanos estos conceptos. Ahora bien: estos conceptos fundamentales no los define el *Code* acaso en ninguna parte; pero no es esto lo que yo quería reprocharle, sino el que no los conoce en absoluto con este carácter general, y esta ignorancia extiende sobre toda la obra más sombras de lo que pudiera creerse. Pero este punto, aun siendo importante, queda en un plano demasiado general; la teoría de la nulidad de los actos jurídicos, en su aplicación a los contratos, a los *actes de l'état civil* y al matrimonio, nos dará ocasión de penetrar más en detalle en esta cuestión. Respecto a la nulidad de los contratos, el Derecho romano hace la conocida diferencia entre nulidad *ipso jure* y nulidad *per exceptionem*, que en el Derecho antiguo estaba configurada con la mayor precisión y en el Derecho justiniano ha conservado probablemente mayor eficacia de la que usualmente se admite. En el *Code* se establece una contraposición entre *convention nulle de plein droit* y *action en nullité ou en rescission* (art. 1.117). Para nosotros puede resultar indiferente que los autores de esta contraposición se atuvieran o no a la romana: pero es muy importante que la teoría de esta nulidad indirecta (a través de la *action en nullité*) haya quedado completamente indefinida. Sobre ella no se encuentra casi nada más que una disposición relativa al tiempo de la prescripción (art. 1.304), siendo evidente que pueden presentarse tantas y tan importantes diferencias de casos reales como las que se presentaban entre los romanos, por lo que, una vez que se había suscitado la cuestión, resultaba inexcusable haberlas determinado de alguna manera. Para los *actes de l'état civil* se disponen una cantidad de formalidades que, por su naturaleza, son completamente arbitrarias (L. I, t. 2, cap. 1). Pero justamente por esto era doblemente necesario determinar las consecuencias que debía tener la omisión de estas formas. Varios tribunales de justicia llamaron la atención sobre esta necesidad³³, pero, no obstante, el *Code* no contiene nada sobre ello. Podría pensarse que en París estaban tan seguros y tan de acuerdo sobre la cuestión misma, que habrían considerado superflua una disposición expresa; pero no era así, en modo alguno. Cambacérès admite que la inobservancia de cada forma engendraría nulidad, es decir, destruiría toda la fuerza probatoria del documento. Por el contrario, Tronchet opina que, en lo relativo al naci-

33 Lyon y Rouen, en CRUSSAIRE, *Analyse des observations*, pp. 43, 52.

miento y la muerte, las formas no importan nada y que únicamente puede desvirtuarlos la falsedad; en cambio, en el matrimonio hay que considerar, desde luego, la nulidad por defecto de forma³⁴. Pero Siméon opina que la inobservancia de la forma no desvirtúa nunca la prueba y, por tanto, no anula el matrimonio³⁵. Ahora bien: si esta opinión fuera correcta, entonces todas estas formas no corresponderían en absoluto al *Code*, sino a las simples instrucciones a los funcionarios; pero contra esto último se pronuncia adecuadamente la redacción del *Code*. Sin embargo, la cosa es tanto más grave, por cuanto que estas formas son totalmente impracticables en los registros de defunciones, al menos en París, y aun en las provincias su cumplimiento no pasa de ser un deseo³⁶. Pero la teoría de la nulidad tiene mucha más importancia en el matrimonio. El Derecho romano había seguido aquí un camino muy fácil y muy claro. Si faltaba una condición para la validez del matrimonio, se decía *non est matrimonium*, y esta inexistencia podía ser alegada en todo tiempo por todo aquel que lo tuviese a bien; para la anulación no se necesitaba una acción especial de nulidad, la cual no era siquiera imaginable, por lo que tampoco había para ella prescripción ni ninguna otra limitación. Esta simplicidad era suficiente, pues para todos los demás casos servía el repudio; naturalmente, en nuestro tiempo no resultaba apropiada esta simplicidad y por ello, fuera de los casos de esta nulidad (que denominaré nulidad romana), se podía establecer un derecho especial para la impugnación, que en lo sucesivo se denominará (dejando por ahora a un lado la propiedad de la expresión) *action en nullité*. ¿Cómo se pronuncia el *Code* a este respecto?; admite dos nulidades: una absoluta y otra relativa (lib. 1, tít. 5, cap. 4). Tal vez podría considerarse esta distinción de nulidades como la antes descrita, de manera que, por ejemplo, la omisión de la forma del matrimonio sería una nulidad romana. Exactamente así lo entiende Portalis³⁷, quien precisamente pinta con vivos colores este caso especial como de verdadera y auténtica nulidad. Pero Maleville admite la nulidad romana (la de *non est matrimonium*), aparte de todos estos derechos a la anulación (*mariage qui peut être cassé*) y distinta de los mismos, de manera que ya tenemos tres nulidades: 1.^a, el *non est matrimonium*; 2.^a, la nulidad absoluta del *Code*; 3.^a, la nulidad relativa³⁸. En la

34 *Conférence du code civil*, t. 1, pp. 204, 267.

35 *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, p. 115.

36 MALEVILLE, t. 1, p. 104.

37 *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, p. 225.

38 MALEVILLE, t. 1, p. 165.

segunda cabe pensar que consistiría en una acción para pedir la nulidad que correspondería a todo el mundo, pero que sería, no obstante, una simple acción, de manera que si no se ejerciese y, por ejemplo, hubiera muerto uno de los cónyuges, el matrimonio permanecería válido con todas sus consecuencias; pero esto sería, indudablemente, una sutileza inútil. Y más confusa todavía es la opinión de Maleville en cuanto al caso especial de falta de forma en el matrimonio. Este matrimonio, dice el artículo 191, *peut être attaqué* por cualquiera; pero el artículo 193 hace observar que habrá casos de esta especie en los que el matrimonio no será anulado, dejando sin mencionar cuáles son estos casos. De ambos artículos extrae Maleville el siguiente resultado³⁹: el matrimonio *peut être attaqué*, es decir, puede demandarse su anulación, la ley no lo prohíbe, pero el juez puede proceder como quiera o, con otras palabras, la anulación del matrimonio depende del arbitrio del juez. Por consiguiente, esta sería una cuarta especie de nulidad, distinta de las tres indicadas anteriormente. Difícilmente hay un caso en que el arbitrio judicial sea más peligroso y más improcedente que este. Si rige aquí o no el arbitrio judicial no lo sabemos, porque la ley no dice propiamente nada acerca de esto y, como he indicado, dos redactores han expresado a este respecto opiniones completamente contrarias. Pero esta incertidumbre se agrava todavía especialmente por dos motivos: en primer lugar, porque en París (y probablemente no solo allí) la mayoría de los pobres no se casan, por razón de los costes⁴⁰, y en segundo lugar, porque la forma misma de la celebración del matrimonio implica una condición sumamente vacilante. Concretamente, el matrimonio tiene que celebrarse, necesariamente, ante el *officier du domicile* de uno de los contrayentes, sin que se permita ni siquiera una delegación⁴¹. Pero el *domicile* no es aquí el ordinario para todos los efectos (art. 102), sino uno especial, reconocido únicamente para la celebración del matrimonio, y está determinado por la residencia de seis meses (art. 74), de manera que para este fin no cabe la elección entre ambas especies de *domicile*⁴². ¡Con cuánta frecuencia tienen que quedar en la incertidumbre muchos negocios, aun habiendo encontrado la mejor voluntad en el funcionario competente! Pero en todos los casos de esta índole se abandona todo el destino de una familia al arbitrio enteramente ciego de un tribunal, al que no puede impugnársele ninguna posible sen-

39 *Ibíd.*, t. 1, p. 206.

40 *Ibíd.*, t. 1, p. 327.

41 *Ibíd.*, t. 1, p. 96.

42 *Ibíd.*, t. 1, p. 182.

tencia, puesto que toda sentencia suya resulta inatacable. Y el primer motivo de esta funesta vacilación es que no se ha partido de un concepto determinado categórico, sino que se ha ido de aquí para allá en un embrollo constante entre la verdadera nulidad y el derecho a la anulación, sin que se haya podido salir nunca de esta oscuridad⁴³, lo cual demuestra, sin lugar a dudas, toda la inutilidad de las discusiones del Consejo de Estado en cuestiones técnicas. Entre los romanos no eran posibles, en absoluto, tales cosas, y esta imposibilidad no era acaso la cumbre de su arte, sino el primer comienzo; es decir, eran hombres del oficio, mientras que estos redactores y consejeros de Estado hablan y escriben como *dilettantes* o, con otras palabras, aquellos no necesitaban un código, estos no han debido querer hacer ninguno. Este caso demuestra también lo que se dijo más atrás sobre la peligrosidad de una legislación innecesaria e incompetente. Una confusión de conceptos como la aquí descrita puede pasar muchos años inadvertida e inofensiva, con tal que en la práctica se haya puesto todo esto en cierto equilibrio tolerable. Pero ahora que ha recibido una expresión legal y que, mediante discusiones inútiles, se ha llevado al conocimiento general, se hace peligrosa, y en manos deshonestas se convertirá en un medio para enredar y defraudar a otros. Esta sería una interpretación política de la regla: *omnis definitio in jure civile periculosa est*.

Finalmente, en cuanto al *Code*, todavía hay que hablar de lo que debe regir *in subsidium*, allí donde el mismo sea insuficiente. Sobre la extensión y la importancia de ello no se han engañado los franceses, quienes han visto que solo los menos de los casos pueden ser decididos inmediatamente por un artículo del *Code* y que, por tanto, lo verdaderamente decisivo es necesariamente desconocido en casi todos los casos⁴⁴. Pero la naturaleza de lo que debe regir *in subsidium* la explican de muchas maneras, considerándola

43 Sobre estos vanos esfuerzos, véase: *Conférence du code civil*, t. 2, pp. 79-90. La cumbre de la confusión está en Tronchet, p. 84: “que jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire”. Si alguien posee mi casa, hay también una “apparence à détruire” (algo meramente fáctico), para ello sirve la vindicación; pero su presunto derecho de propiedad es, sin embargo, “nul de plein droit”, es decir, no existe, y para destruirlo no necesito ejercitar ninguna acción. En los testamentos puede verse con toda claridad la oposición entre la antigua nulidad por causa de la preterición de un hijo y la *querela inofficiosa*.

44 PORTALIS, *Conférence du code civil*, t. 1, p. 29; BOULAY, *Moniteur*, año X, núm. 86, p. 343. “On sait que jamais, ou presque jamais, dans aucun procès, on ne peut citer un texte bien clair et bien précis de loi, en sorte que ce n'est jamais que par le bon sens et par l'équité que l'on peut décider”.

como una magnitud indeterminada, que puede tener muchos valores. Como tales valores aparecen concretamente⁴⁵: 1.º *l'équité naturelle, la loi naturelle*; 2.º el Derecho romano; 3.º las antiguas *coutumes*; 4.º los *usages, exemples, décisions, jurisprudence*; 5.º el *droit commun*⁴⁶; 6.º los *principes généraux, maximes, doctrine, science*. Sobre la relación de estos muy diversos valores entre sí no se dice nada, aparte de que el Derecho natural solo debe regir *in subsidium* cuando no basten el *usage* y la *doctrine*⁴⁷. Trataremos de sacar de aquí resultados precisos.

Ante todo, es extraño que no se encuentre una especie de complemento orgánico, mediante el cual, partiendo de un punto dado (en este caso, de un principio del código) se derive otro no dado con seguridad científica. Acerca de esto nuestros juristas tienen conceptos algo limitados, bajo los nombres de analogía y *argumentum legis*, e incluso, entre los franceses, se encuentra ocasionalmente cierto presentimiento⁴⁸. Pero el que no se haga un uso apropiado de ello no es una casualidad. Este procedimiento presupone en el mismo código una unidad orgánica, pero en el caso del *Code* no hay que pensar, ni remotamente, en semejante unidad, ni material ni formal. No hay unidad orgánica material, porque el *Code* contiene mezclados de una manera simplemente mecánica los resultados de la Revolución y el Derecho anterior, e incluso el Derecho anterior no es en él nada homogéneo, puesto que se trata de una *transaction* entre el Derecho romano y las *coutumes*, según se ha destacado con frecuencia como una alabanza del mismo. Tendría unidad formal si los juristas que fueron sus autores hubieran hecho de él un todo lógico, mediante la fuerza transformadora del pensamiento, pero por lo que se ha expuesto hasta aquí resultará claro que no se ha elevado tan alto. Por ello, no nos queda más que buscarle desde fuera un complemento.

Los medios complementarios antes citados, mencionados por los mismos

45 *Conférence du code civil*, t. 1, pp. 27, 29; *Motifs de la loi du 3 sept. 1807*, t. 2, pp. 17, 81; MALEVILLE, t. 1, p. 13; *Projet, discours préliminaire*, pp. XI, XII, XIII.

46 BONAPARTE, *Conférence du code civil*, t. 2, p. 327. *Avis du conseil d'état* en el *Bulletin des lois* y en LOCRÉ, t. 3, p. 104, "les divers cas que la loi... a laissés à la disposition des principes généraux et du droit commun".

47 *Projet*, l. c.

48 *Projet, discours préliminaire*, p. XIX. "Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois".

autores franceses, pueden ser reducidos. El Derecho natural es citado más bien como pose que para hacer de él un uso riguroso; allí donde se trata de aplicaciones especiales, no se hace ningún caso del mismo, y solo en Alemania se ha considerado feliz la situación del juez francés, debido a la utilización que puede hacer de esta fuente del Derecho⁴⁹; pero yo desearía estar presente cuando un tribunal francés decidiera, según el Derecho natural, la nulidad de un matrimonio por defecto de forma en su celebración. Lo que queda se reduce a estos dos elementos: 1.º, el Derecho existente hasta la fecha; 2.º, la teoría científica. Vamos a examinarlos ahora por separado.

Como es sabido, el Derecho existente hasta la fecha está derogado no solamente allí donde contradice al *Code* sino en todas las materias tratadas por el mismo (art. 4), o sea, prácticamente en todas sus partes. En este punto, los franceses tienen una idea más clara de la significación de esta derogación que los juristas alemanes, quienes han discutido mucho sobre ella, llevados por el odio o la inclinación hacia el Derecho romano. Aquellos opinan que al juez le está permitido seguir tanto el Derecho romano como las *coutumes*, pero sin apremiarle a ello, y esto tiene el sentido de que una sentencia judicial no puede ser casada por contradecir esta fuente del Derecho⁵⁰. Lo mismo cabe decir también de la jurisprudencia anterior⁵¹, puesto que son incontables las veces que la antigua *jurisprudence* se cita como fuente. Sin duda nadie piensa que en un caso que el *Code* deja sin decidir le es permitido al juez elegir entre el Derecho romano y alguna *coutume*, porque esto sería un arbitrio enorme, sino que todo juez debe atenerse al Derecho que regía antes en esta materia, es decir, o bien el Derecho romano, modificado por la antigua jurisprudencia, o bien una *coutume* especial, con la misma modificación. La consecuencia necesaria de esto será nuevamente una gran diversidad de Derechos en el área jurisdiccional de cada tribunal de apelación, y allí donde esta diversidad se manifieste calladamente contra el propósito de la ley y con la confusión de los límites anteriores será un verdadero mal, que antes no existía. Pero, para salir al paso de esto, se presupone el caso favorable de que los tribunales que-rrán hacer uso de manera regular de la autorización para aplicar esas remotas fuentes del Derecho. Pero ¿quién garantiza que este uso regular no les ha sido impuesto? Por tanto, si, en un litigio, un tribunal prefiere aplicar una *équité*

49 SCHMID, *Einleitung in das bürgerl. Recht des Franz. Reichs*, vol. 1, pp. 21-3, 373, 374.

50 MALEVILLE, t. 4, pp. 414-17.

51 LOCRÉ, t. 3, p. 443, ed. Paris, 1805.

o *loi naturelle* cualquiera, bien por convicción especial o bien como pretexto para cometer una injusticia, no se le puede hacer ninguna recriminación, porque la ley lo admite. Y no se diga que el tribunal de casación ha de poner en orden la práctica futura, ni siquiera que ha de mantener su uniformidad, porque el tribunal de casación debe casar simplemente cuando ha habido un pronunciamiento contra una ley del *Code* o contra una ley nueva; el fallo en pro o en contra de la *loi naturelle*, del Derecho romano, de la *coutume* o de la *jurisprudence* queda, pues, fuera de la competencia del tribunal de casación. Finalmente, hay todavía que observar la importante circunstancia de que, en todos los pasajes del *Code* emanados de la Revolución, el Derecho anterior no goza de ninguna protección contra el arbitrio más ciego. Para ilustrar esto puede servir también, una vez más, el ejemplo antes citado de la nulidad del matrimonio.

La segunda fuente que puede regir como suplemento del *Code* es la teoría científica. Portalis la describe una vez de una manera muy ampulosa, presentándola como el mar, y las leyes como sus orillas⁵². Pero en Francia este mar no significa indudablemente mucho, porque una ciencia del Derecho que no esté basada sobre los cimientos de un sólido conocimiento histórico solo serviría propiamente a los amanuenses en cuanto a la jurisprudencia. Así es de hecho en Francia, donde no existe propiamente una teoría distinta de la jurisprudencia, de manera que todo lo que se ha dicho sobre la inseguridad del Derecho práctico es aplicable también a la teoría. Solo los establecimientos de enseñanza tienen, de acuerdo con su naturaleza, una forma completamente teórica, pero de ellos se podrá hablar más holgadamente en la sección siguiente.

Evidentemente, pueden existir algunas circunstancias en que la situación de la administración práctica de la justicia, resulte más favorable que la que aquí se ha indicado. Puede suceder que, por ignorancia o por torpeza mental, en muchos tribunales se sigan de una manera uniforme determinadas fuentes y autores singulares, y así, por ejemplo, la *coutume* de París con su comentarista Ferrière puede encontrarse cómoda en muchas partes, incluso donde no ha estado vigente. También puede ser que en la antigua *jurisprudence* se hayan admitido muchos preceptos bastante generales. Tal vez es algo así como se imagina el *droit commun* citado antes. Además, no hay que creer que hayan de sentirse como tales males precisamente todos los que aquí se han nombrado; los romanos de los siglos IV y V d. C. tampoco pensaban que

⁵² *Moniteur*, año X, p. 337.

nosotros los compadeceríamos tanto por su profunda decadencia. Pero, en conjunto, no se puede negar que es de temer una situación de gran incertidumbre jurídica. Ahora bien: esta situación es insoportable; porque el que en lugares distintos rija un derecho diferente poco importa, pero cuando para un caso singular dado se deja el Derecho a merced del azar y del arbitrio ocurre lo peor que puede pensarse para la administración de justicia, y este mal será ciertamente sentido por todos.

Merece el más encarecido reconocimiento el hecho de que en Francia se ha oído por lo menos una voz verdadera y concienzuda sobre lo que se quería hacer, pero esta voz se extinguió sin dejar huella de su efecto. El tribunal de Montpellier habla así de la futura jurisprudencia, en virtud de la cual deberá complementarse el *Code*⁵³: “Mais quelle jurisprudence! n’ayant d’autre regle que l’arbitraire sur l’immensité d’objets à co-ordonner au système de la législation nouvelle, à quelle unité, à quel concert faudrait-il s’attendre de la part d’une pareille jurisprudence, ouvrage de tant de juges et de tant de tribunaux, dont l’opinion ébranlée, par les secousses révolutionnaires, serait encore si diversement modifiée! quelle serait enfin le régulateur de cette jurisprudence disparate, qui devrait nécessairement se composer de jugements non sujets à cassation, puisqu’ils ne reposeraient pas sur la base fixe des lois, mais sur des principes indéterminés d’équité, sur des usages vagues, sur des idées logiciennes, et, pour tout dire en un mot, sur l’arbitraire! A un système incomplet de législation, serait donc joint pour supplément une jurisprudence défectueuse”. Para atajar este mal, sigue diciendo, se podrían seguir dos caminos: o considerar al *Code* meramente como una Instituta y añadirle una segunda obra más prolija, que serviría al mismo fin que las Pandectas y el *Codex* de Justiniano, o, mejor aún, podrían dejarse subsistentes, como regla general, los distintos Derechos existentes hasta la fecha e introducir tan solo en determinados puntos singulares un Derecho nuevo y uniforme para toda Francia, es decir, no hacer ningún código. Esta es la propuesta que hace propiamente, y toda la manera como está expresada y fundamentada es tan sólida y genuinamente práctica, que en este ambiente se disfruta doblemente con ideas tan frescas.

Paso ahora al Código civil prusiano. Para la historia del mismo sirven, ante todo, las publicaciones oficiales sobre esta materia⁵⁴ y también algunos pasa-

53 CRUSSAIRE, *Analyse des observations*, p. 8.

54 Orden del gabinete de 1780 inserta antes del *Corpus juris Fridericianum*, vol. 1, Berlin, 1781. Las advertencias preliminares al proyecto del código, parte 1, sec. 1, y parte

jes de la obra de Klein⁵⁵, pero la contribución más importante, que es la de Simon, no apareció hasta 1811, por el motivo siguiente⁵⁶. Los materiales de la nueva legislación completa existen todavía en su mayor parte; el ordenar estos materiales, para hacerlos así utilizables, fue encargado al jurisconsulto que acabamos de nombrar, y su informe sobre este asunto ofrece una historia tan profunda y completa de toda la empresa que, comparadas con el mismo, las noticias publicadas hasta entonces aparecen como fragmentarias y en parte inseguras. Al contemplar en esta excelente obra cómo ha nacido el Código civil, en virtud del trabajo aunado y constantemente repetido de los redactores propiamente dichos, de la comisión legislativa, de los colegios del país, de los diputados estamentales y de muchos eruditos y hombres de negocios de todas las partes de Alemania, no puede dejar de sentirse un gran respeto por la seriedad y la perseverancia que se han demostrado en este trabajo; pero el alma de todo fue el ingenioso Suarez, gracias al cual se mantuvo la unidad en la acción de tantos y tan diferentes colaboradores. Aunque sea por este lado, ninguna persona imparcial querrá comparar el *Code* con el Código prusiano; esta diferencia se explica no simplemente por la escrupulosidad y el amor por las cosas que son innatos en los mejores alemanes, sino también por la situación externa completamente diferente de la que surgieron ambos códigos: el *Code* tenía que hacerse rápidamente, para suavizar muchos males apremiantes de la Revolución, mientras que el Código prusiano fue elaborado simplemente con el fin y el deseo de hacer una obra perfecta, sin que impulsase a ello ninguna necesidad exterior. Lo que yo considero como una segunda gran superioridad del Código prusiano es la relación entre el mismo y las fuentes locales, pues este debía aparecer simplemente como Derecho subsidiario, en lugar del “Derecho romano, del Derecho común de Sajonia y de otros Derechos y leyes extranjeros subsidiarios”⁵⁷, y todos los Derechos provinciales debían permanecer subsistentes hasta que se hubieran elabora-

2, secs. 1 y 3. Orden del gabinete de 1786, en KLEIN, *Annalen*, parte 1, p. XLIX. Patentes de publicación de 1791 y 1794 para el Código francés (1791) y el Código prusiano (1794).

55 KLEIN, *Annalen*, vols. 1 y 8, al comienzo de ambos volúmenes. KLEIN, *Selbstbiographie*, Berlin, 1806, p. 47.

56 Informe del comisario de Justicia Simon sobre la redacción de los materiales del Código prusiano, en MATHIS, *Jur. Monatsschrift*, vol. 11/3, pp. 191-286, junto con *conspetus* de los materiales. Los materiales para el Código prusiano solamente (sin la ordenanza de los tribunales) ocupan 1.500-2.000 fragmentos, en 88 infolios.

57 *Publicationspatent*, § 1.

do códigos especiales en el término de tres años⁵⁸. Otros considerarán esta relación más bien como una imperfección del Código prusiano.

Si contemplamos ahora el nacimiento interno del Código prusiano, confirmaremos también nuestra opinión de que en esta época no debía de haberse emprendido ningún código. El plan conforme al cual fue elaborado está a la vista de todos. El Derecho justiniano debía ser la base del todo, hasta el punto de que solo habría de desviarse del mismo por motivos especiales. Constituían estos motivos el que un precepto del Derecho romano se hubiese derivado de la filosofía estoica o de una Constitución especial; por ejemplo, de la política de los emperadores o de las sofísticas ficciones o sutilezas de los juristas antiguos⁵⁹. Por ello, el Derecho romano, en relación con el Código prusiano, se descompone en dos partes, una aplicable como regla y otra no aplicable como excepción, y surgió un doble cometido, que era el de separar convenientemente la excepción y el de comprender a fondo la regla. Lo que concretamente se basaba, de hecho, en la filosofía estoica o en una Constitución especial y lo que era una sutileza censurable, solo puede ser conocido, evidentemente, por una sólida historia del Derecho; este mismo conocimiento histórico y, al mismo tiempo, un estudio vivo de las fuentes son necesarios para comprender debidamente lo que es aplicable y lo que debe ser asimilado provechosamente para una aplicación efectiva. Ahora bien: si las escuelas de Nettelbladt y de Darjes, en las cuales se formaron ciertamente la mayoría de los que ejercieron una influencia grande sobre el Código prusiano, poseían estos conocimientos históricos y este estudio de las fuentes, lo dejó al juicio de cada uno acerca de las obras de estas escuelas y de sus maestros⁶⁰. El comienzo del todo debía ser un resumen completo de los libros de Derecho justinianos. En un principio se hizo el encargo de esto a Schlosser, pero no pudo llegarse a un acuerdo con él en cuanto a las condiciones⁶¹. El resumen fue hecho entonces por Volkmar, según un plan sistemático de Svarez; para la comprobación de la integridad del trabajo preparó Volkmar un índice de todos los pasajes del *Corpus juris*, según el orden de las fuentes, de manera que

58 En Prusia Oriental, esto sucedió algo más tarde (*Ostpreussisches Provinzialrecht*, Berlín, 1801), y en las demás provincias no llegó a suceder. Allí rige, pues, el Derecho especial en su forma antigua.

59 Proyecto del código, parte 1, sec. 1, pp. 5, 6. KLEIN, *Annalen*, vol. 8, pp. XXVI-XXIX. Simon, pp. 197-99. Varias de las innovaciones más importantes fueron todavía desechadas en la última revisión del código prusiano. SIMON, p. 235.

60 HUGO, "Über Daniel Nettelbladt", en *Civilist. Magazin*, vol. 2, núm. 1.

61 SIMON, p. 198.

en cada pasaje pudiera observarse dónde aparecía en aquel sistema o por qué se había omitido. Este resumen sistemático fue después elaborado por Volkmar y Pachaly, cuyos trabajos hay que considerar como el primer material de la redacción propiamente dicha⁶². Por supuesto, este material fue verificado con increíble frecuencia y vuelto a elaborar, a consecuencia de lo cual es ciertamente muy poco lo que ha pasado directamente al Código prusiano. Pero la orientación de todo trabajo de gran envergadura no solo depende mucho del primer impulso, sino que, además, precisamente aquí, hay muchas cosas que casi solamente podían hacerse en este primer proyecto, y lo que Volkmar hizo y dejó de hacer tiene que haber sido muy decisivo para todos los trabajos subsiguientes. Para haber evitado esta influencia preponderante, tendría otro que haber ordenado de nuevo el primer material, independientemente de la obra de Volkmar y trabajando inmediatamente sobre las fuentes mismas, y solo así se habría tenido una prueba concluyente del trabajo de Volkmar en lo concerniente a sus conocimientos y al uso de las fuentes. Como esto no se ha hecho, todas las revisiones que siguieron han estado, cuando menos, orientadas por este trabajo, con lo que este queda siendo el único, aunque a su autor solo se le considere como un mero compilador y parezca que no se le tiene una estima preeminente⁶³. Para este puesto habría sido deseable justamente un hombre de ingenio y erudición, y sería interesante poder comparar, al menos mediante pruebas singulares, cómo habría resuelto Schlosser el problema. Pero tal vez en el mecanismo de todo el asunto hay un motivo que haga que este encargo no sea apropiado para un hombre importante e independiente.

Si se contempla el resultado, tal como lo tenemos ante nosotros, la formulación de un juicio preciso es más difícil que respecto del *Code*, puesto que no se han dado a conocer los debates de los que ha salido este resultado. También parece ser que el plan de la obra, lo mismo que el de toda la administración de justicia en el que esta debía basarse, no ha sido siempre el mismo. Originalmente, es innegable que Federico II tuvo el propósito de que el Código fuera sumamente sencillo, popular y al mismo tiempo materialmente

62 SIMON, pp. 200-202.

63 SIMON, p. 202. De VOLKMAR existen las siguientes obras: 1) *De conditionum indole*, Hal. 1777 (SIMON, p. 200). 2) *De intestatorum Atheniensium hereditatibus*, Traj. ad. Viad. 1778 (Schott, Kritik, vol. 10, p. 79). 3) *Erörterung der Begriffe Erbschaft ex asse...*, Breslau, 1780 (ibíd., p. 82). 4) *Varia quae ad leges Romuleas et magistratus pertinent*. Bratislava, 1779. 5) *Über ursprüngliche Menschenrechte*, Breslau, 1793 (Ersch, *Literatur der Jurisprud.*, p. 272). De ellas, yo solo conozco la 4.^a, y esta es, desde luego, poco importante.

completo, de manera que el cometido del juez pudiera consistir en una especie de aplicación mecánica⁶⁴. De acuerdo con esto, prohibió sin más toda interpretación, y quería que, cuando las leyes fueran insuficientes o inciertas, se consultara en cada caso al poder legislativo⁶⁵. Todavía en el proyecto del Código está propiamente prohibida la interpretación al juez, y todo es remitido a la comisión legislativa, incluyendo los casos singulares⁶⁶. En el Código es ya completamente distinto, pues este quiere que el juez tenga en cuenta el fundamento de la ley, pero sobre todo que, en cada caso para el cual no encuentre ninguna ley, decida con arreglo a los principios generales del Código y según las leyes para casos análogos⁶⁷; con esto se limitaba ya extraordinariamente la consulta a la comisión legislativa, pero incluso cuando esta tenía lugar, el fallo de la comisión solamente obligaba al juez consultante y se daban recursos contra la sentencia⁶⁸. Pero en la última edición del Código prusiano se ha derogado incluso esta consulta limitada, y se permite la interpretación del juez para toda clase de casos⁶⁹. Como consecuencia de esto, la situación del juez es evidentemente distinta de como pareció imaginarla Federico II, reconociéndose al magistrado un carácter más científico y menos mecánico. Sin embargo, esta interpretación judicial no es más que una desviación singular de la regla, ya que solo debe valer evidentemente para las excepciones (que se consideraban raras) en las que faltase una ley inmediatamente aplicable, caso que, tan pronto como se presente, debe ser denunciado y decidido por una nueva ley⁷⁰. La propia tendencia de la propia ley existente sigue siendo, pues, que los casos litigiosos singulares sean enumerados íntegramente como tales y resueltos uno por uno. Precisamente aquí el método del Código prusiano es el opuesto al que encontramos en las obras que han llegado hasta nosotros de los juristas romanos y que hemos descrito más atrás; y en mi

64 Orden del gabinete de 1780, pp. XII y XIII. “Si ... logro ... mi último fin, mediante la simplificación de estas cosas, muchos jurisconsultos perderán indudablemente su misterioso prestigio, ganado con todo su comercio de sutilidades, y todo el cuerpo de los abogados existentes hasta la fecha resultará inútil. En cambio, yo ... podré esperar tantos más hábiles comerciantes, fabricantes y artistas, de los que el Estado se ha prometido más utilidad”.

65 *Ibíd.*, p. XIII.

66 Proyecto, introducción, § 34-36.

67 Introducción al Código prusiano, § 46-49.

68 *Ibíd.*, § 47, 48.

69 Primer apéndice al Código prusiano, Berlin, 1803, § 2.

70 Introducción al Código prusiano, § 50.

opinión, la ventaja no está del lado del Código prusiano. Entre los romanos todo se basaba en que el jurista, en virtud de su viva posesión del sistema jurídico, está en situación de encontrar el Derecho para cada caso dado. A ello conduce la aguda visión individual de las relaciones jurídicas singulares, así como el conocimiento seguro de los principios rectores, de su concatenación y su subordinación, y allí donde encontramos entre ellos casos litigiosos de aplicación más condicionada, vemos que siempre se sirven de esos principios rectores generales incorporados a su expresión. Esta diferencia la admitirá conmigo todo aquel que compare imparcialmente el Código prusiano con las Pandectas, comparación que es aquí ciertamente lícita, toda vez que no estamos hablando de la constitución romana en sí misma, sino del método general. En lo tocante especialmente a la aguda concepción individual de los conceptos, su evidente deficiencia en el Código prusiano es menos manifiesta y perceptible, porque la misma integridad del detalle tiende, por su misma naturaleza, a llenar esta laguna. Pero en cuanto a las reglas prácticas mismas que son el fin propio de todo código, la consecuencia del carácter aquí descrito es que la mayoría de las disposiciones del Código prusiano no alcanzan la altura de los principios rectores generales ni la evidencia de lo individual, sino que quedan fluctuantes a mitad del camino de ambos extremos, en tanto que los romanos poseían ambas cosas en su conexión natural. Pero tampoco debe pasarse por alto que en el estadio actual del idioma alemán radica una gran dificultad, tal vez insuperable, ya que tal idioma no está configurado en modo alguno jurídicamente y, cuando menos, no se amolda a la legislación; hasta qué punto dificulta esto, e incluso imposibilita, la exposición viva de las relaciones jurídicas individuales puede verlo por sí mismo todo el que quiera emprender cualquier ensayo sobre el particular (por ejemplo, una traducción de las Pandectas). Sí, incluso aquí los franceses tenían sobre nosotros una gran ventaja en la mayor precisión de las formas y en el origen latino de su lengua; el que no hayan hecho de esa ventaja un mejor uso se explica por la lamentable situación de sus conocimientos técnicos, a la que nos hemos referido más atrás. Sería entender muy mal estas observaciones si se las quisiera interpretar como si los autores del Código prusiano se hubiesen mostrado indiferentes frente al futuro estudio científico del mismo, porque esta no es en absoluto mi opinión. A este respecto, es muy notable el conocido temario del concurso de 1788⁷¹, que proponía un libro elemental dividido en dos partes, la primera de las cuales debía contener un Derecho natural extraído del

71 Proyecto, parte 2, sec. 3. Advertencia preliminar.

mismo Código, y la segunda un resumen del propio Derecho positivo. Este propósito del Derecho natural ha sido acogido de cuando en cuando con gran altivez, haciéndosele así una injusticia; es evidente que, bajo este nombre, debía exponerse lo que el mismo legislador consideraba que había en sus leyes de general, no de positivo, interesante tema histórico que presenta gran semejanza con el del *jus gentium* de los romanos. Así, pues, en modo alguno se había menospreciado el conocimiento científico del Derecho práctico, pues más bien reconoce el Código, en su forma más reciente, la apremiante necesidad de este conocimiento científico; pero no puede desconocerse que existe una contradicción interna entre este reconocimiento y la construcción de la obra misma, toda vez que esta construcción se inclina hacia la idea primitiva de Federico II, de la que tomó su origen.

Merece censura todo gobierno que no conozca o desdeñe las opiniones de su época. Pero de este lado no se reprocha ciertamente nada a la legislación prusiana, ya que se solicitó y se oyó la opinión no solo de los propios negociantes, sino también de todos los alemanes doctos⁷², y todo observador imparcial admitirá que todo lo que se ha hecho y lo que se ha dejado de hacer respondía por completo al sentido y al modo de ver de la época. Incluso la voz más importante que se levantó en el momento contra ella⁷³, se muestra más en favor que en contra de esta afirmación. Yo no desconozco cuánto hay de excelente en las opiniones y en los juicios de Schlosser, pero lo mejor de ellos se refiere al carácter político general de nuestro tiempo, mientras que en lo referente a las necesidades peculiares del Derecho civil sus ideas no eran en modo alguno claras. Esto se pone de manifiesto, en parte, en la introducción a un código redactada por él⁷⁴, y en parte, y en mayor medida aún, en su plan de reducir el *corpus juris* a un *caput mortuum* de leyes propiamente dichas de menos de diez folios⁷⁵. Que no le faltaba sentido para lo justo lo demuestra su ensayo, ingenioso y excelente, sobre el estudio del Derecho romano puro⁷⁶.

Un juicio completo sobre la parte técnica del Código prusiano únicamente

72 En SIMON, pp. 213 y 220, están los nombres de los que enviaron observaciones y de los que obtuvieron premio.

73 SCHLOSSER, *Briefe über die Gesetzgebung*, Frankfurt, 1789; y *Fünfter Brief*, Frankfurt, 1790.

74 *Briefe*, p. 246.

75 SCHLOSSER, *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1777; SCHLOSSER, *Briefe*, pp. 46, 342, en este último pasaje elogia incluso las obras de Westphal como muy útiles para este fin.

76 HUGO, *Civilist. Magazin*, 1/6 (1790).

sería posible cuando los materiales antes mencionados estuviesen elaborados y hubieran sido hechos del conocimiento general. Todo lo que se haga para la conservación y la difusión de fuentes históricas importantes merece un honroso reconocimiento; y lo mismo hay que decir respecto de la organización de esos materiales, que fue ordenada por el *Chef* de la justicia prusiana, por el ministro de Justicia von Kircheisen, y ejecutada después de una manera excelente. Solo hay que esperar que el mismo interés liberal por la historia interna del Código prusiano dé lugar a la publicación de un resumen apropiado de la misma. Ciertamente, no hay nada que temer con ello, porque lo que se ha hecho con tanta seriedad puede afrontar con la mayor tranquilidad todo juicio que se emita sobre ello. Es cierto que procediendo así se darían a conocer muchos detalles inconsistentes, aun desde el punto de vista admitido del conjunto, pero este sería evidentemente un resultado feliz, porque es de desear que toda legislación disponga de un medio, en virtud del cual pueda ser depurada desde dentro. Estos materiales tienen que ser incomparablemente más aleccionadores que los que se han impreso sobre el *Code*, porque estos últimos se refieren en su mayoría simplemente al paso del *projet* al *Code* y no proporcionan explicaciones de ninguna clase sobre el nacimiento del *projet* mismo, que es con mucho lo principal, por lo que hay que tomar como si fueran explicaciones las declamaciones vacías de la mayoría de los discursos; en cambio, aquellos materiales permiten seguir retrospectivamente las ideas hasta su nacimiento original. Pero una ventaja especial es el hecho de que el Código prusiano recibiría así una vida histórica y literaria de la que carece hasta ahora. Por eso no es de temer que pueda sufrir injustamente por parte de adversarios unilaterales, porque entre los hombres ingeniosos e ilustrados, de cuya abundancia puede estar orgullosa la justicia prusiana, se encontrarían ciertamente varios capacitados para rechazar una injusticia semejante.

La historia del Código austríaco⁷⁷ se asemeja a la del prusiano en que ambos recibieron el primer impulso a mediados del siglo pasado⁷⁸, de manera que pudo influir sobre ambos la misma situación de la literatura jurídica alemana. La base del mismo fue una obra manuscrita, de ocho gruesos folios, sacada en su mayor parte de los comentaristas del Derecho romano y ter-

⁷⁷ Las noticias sobre este Código están tomadas de ZEILLER, *Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde*, Viena/Trieste, 1810, vol. 1, pp. 19-30.

⁷⁸ En 1746 para la legislación prusiana y en 1753 para la austríaca: SIMON, p. 194; ZEILLER, p. 19.

minada ya en el año 1767. De esta obra hizo Horten un resumen, el cual fue elaborado como código por Martini; este trabajo de Martini fue dado después a la publicidad y sometido al estudio y crítica de las universidades y de los tribunales colegiados austríacos⁷⁹, de cuya revisión nació finalmente el Código actual. La cooperación de los jurisconsultos del resto de Alemania parece haber sido muy poco importante, y en realidad no parecía tener que ser considerada como muy deseable, en parte debido al poco éxito de un concurso para un trabajo sobre la usura, en parte porque el Código prusiano había recibido ya una contribución semejante, que podía ser aprovechada también para este, por lo que no se ofreció públicamente, como se hizo con el prusiano, ningún premio a su crítica⁸⁰. El que no se ofreciera ningún premio podía apoyarse en muy buenas razones, pero aun sin premio era fácil conseguir pareceres y juicios; claro está que, dado el muy escaso tráfico literario del resto de Alemania con Austria, no bastaría para esto con la mera impresión del proyecto, pero una circular dirigida a todas las universidades alemanas no habría quedado ciertamente sin respuesta. Así, esta empresa, que por su naturaleza solamente podía fundamentarse en la situación científica de toda la nación, fue ejecutada como un negocio ordinario del país singular, siendo aquí de observar que toda segregación de esta especie, aun cuando no sea decisiva para el éxito, resulta siempre muy peligrosa.

En cuanto a la materia, después de las prescripciones de la emperatriz María Teresa, podría esperarse una mayor originalidad que en el Derecho prusiano, toda vez que los autores no tenían que sujetarse al Derecho romano, sino emplear en todas partes la equidad natural⁸¹. Pero lo que se ha dicho sobre el nacimiento de la primera base del Código, sacada de los trabajos de los comentaristas del Derecho romano, así como la consideración del Código mismo, muestran, sin embargo, que se ha bebido en las mismas fuentes, solo que menos puras y de modo más indirecto que en el caso del Código prusiano. En el tratamiento de las materias se pone en seguida de manifiesto la diferencia principal de que en el Código austríaco no se agotan los casos particulares mismos, como en el prusiano, sino que solo se ha tratado de formular los conceptos de las relaciones jurídicas y las reglas más generales para las mismas⁸².

79 ZEILLER, pp. 23, 26-30.

80 *Ibíd.*, pp. 27, 28.

81 *Ibíd.*, p. 24.

82 Las tres partes del Código ocupan un total de 561 páginas, con una impresión muy espaciada.

En toda su forma y construcción, esta obra se asemeja mucho a un compendio de instituciones algo detallado. Vamos ahora a examinar especialmente su ejecución, en parte por lo que se refiere a los conceptos (el elemento formal o teórico) y en parte por lo que se refiere a las reglas prácticas.

Salta a la vista por sí mismo que los conceptos de las relaciones jurídicas tienen que ser especialmente importantes en una obra de este plan y esta extensión; en el Código prusiano aparecen relegados a un lugar más secundario, por causa de la abundancia de las reglas prácticas, y su tratamiento defectuoso es menos perjudicial. Pero precisamente por este lado hay mucho que objetar al Código austríaco. En efecto, los conceptos de los derechos son, de una parte, demasiado generales e imprecisos y, de otra parte, están fundados demasiado al pie de la letra en el Derecho romano o incluso en la falsa interpretación del mismo por los comentaristas más modernos, lo que no hubiera sido posible de haberse tenido un conocimiento a fondo de las fuentes. El Código austríaco no solo tiene esos dos defectos comunes con el prusiano (que, como ya se ha observado, no lo perjudican gran cosa), sino otros más, que se mostrarán a continuación con algunos ejemplos. Pero aquí se trata de la construcción de los conceptos mismos, no de las definiciones, a las cuales solo puede atribuirse un valor condicionado y subordinado, en cuanto meros síntomas de esa construcción, y solo se les hará objeto de la crítica siguiente a este respecto y no por sí mismas.

En primer lugar, ya se observaba más atrás a propósito del *Code* lo importantes y terminantes que son en todas las partes del Derecho romano los conceptos sumamente precisos de los derechos reales y las obligaciones. Lo mismo hay que decir del concepto de *status*. Ahora bien: en el Código austríaco se establece como básica la distinción entre derechos personales y derechos reales (§ 14, 15), pero sin que se precise el concepto de los mismos, ni conforme al Derecho romano, ni de ninguna otra manera. El Código prusiano es más preciso en esta cuestión (1, 2, § 122-130). El concepto de cosa (§ 285, cf. § 303) está tomado con tal generalidad que apenas hay algo que no pueda llamarse cosa: las artes, las ciencias, las aptitudes, los conceptos, todos son cosas en este sentido general. Ahora bien: en el concepto de cosa están basados, de una manera inmediata, dos de los conceptos jurídicos más importantes de todos: la posesión (§ 309) y la propiedad (§ 353, 354). Pero es evidente que por lo mismo, estos conceptos resultan amorfos e inservibles; así, por ejemplo, según el § 309, tendríamos que atribuir a un erudito la posesión jurídica de su ciencia, porque la tiene en su poder y tiene la voluntad de conservarla.

Por ello, en el tratamiento de esta teoría se introduce, sin que se advierta, un concepto de cosa más estricto, si bien no determinado en ninguna parte; pero este concepto tácitamente introducido tampoco basta, porque, según él, sobre una pretensión (*obligatio*) tendría que darse posesión y propiedad, lo cual puede decirse impropriadamente, pero no concuerda en absoluto con toda la teoría de la posesión y la propiedad. El Código prusiano (I, 2, § 3) sirve aquí de ayuda, en virtud de un concepto de cosa más estricto, especialmente formulado, al cual se remiten después las relaciones jurídicas. Un inconveniente aún más general de ese inútil concepto de cosa se pone de manifiesto ya en la división de los derechos de cosas en derechos reales y derechos personales (§ 307): entre los derechos reales se enumeran las cinco especies conocidas: posesión, propiedad, prenda, servidumbre y derecho hereditario (§ 308), cuya sola agrupación basta para hacer completamente imposible el abarcarlos bajo un concepto genérico preciso. Los derechos de la usucapión están indicados de un modo tan general (§ 1.455), que habría que contar entre ellos muchos derechos como, por ejemplo, las pretensiones, a los que este modo de adquirir solo podría aplicárseles de una manera muy forzada o infundada, aplicación que probablemente no se menciona ni una sola vez.

El Código prusiano (I, 9) evita esta duda, tratando toda la teoría de la usucapión bajo los modos de adquirir la propiedad. Bajo las servidumbres personales, se distinguen el derecho de uso y el de usufructo en que el primero debe limitarse a la mera necesidad del titular, mientras que el segundo no tiene tal limitación (§ 504, 509). El sentido práctico de esta distinción es que cuando los contratos y los testamentos hablan de un derecho de uso, deberá entenderse por tal un derecho de aprovechamiento limitado a la necesidad. Pero esta interpretación no es ciertamente natural, puesto que no es habitual designar precisamente este derecho con la palabra uso. No puede haber duda en cuanto a la manera como ha nacido este concepto; es el *usus*, por contraposición al *usufructus*, pero no es el *usus* de los mismos juristas romanos, sino el que ha sido admitido erróneamente en nuestros compendios hasta los tiempos más recientes. Los romanos entendían por *usus* el uso sin ningún goce de los frutos, como, por ejemplo, en el caso de un caballo, el derecho a montarlo y a engancharlo en un coche, pero no los potros ni el precio de su arrendamiento. Solo cuando por error se ha otorgado un *usus* sobre una cosa respecto de la cual es imposible, total o parcialmente, este puro uso, interpretan, excepcionalmente, el *usus* como un *usufructus* pleno o parcial, ya que se ven obligados a admitir que ha sido mal expresado, por lo cual tienen que recurrir al remedio de la interpretación.

La existencia peculiar de este *usus* tiene por base el lenguaje romano, y como nosotros no tenemos una palabra de una precisión correspondiente a la romana, el Código prusiano siguió el camino correcto de ignorar por completo el *usus* y, aparte del usufructo, observar primeramente, en general, que podían concederse también a discreción derechos de goce limitado (1, 21, § 227), para tratar después los casos de esta especie que son todavía corrientes entre nosotros. La diferencia entre el tutor y el curador (§ 188) podría entenderse a primera vista en el sentido de que el tutor se nombraría para los menores y el curador para los demás necesitados de asistencia. En realidad, esta terminología sería nueva y propia del Código, y por tanto irreprochable. Pero no es así, porque también los menores reciben muy a menudo un curador y no un tutor (§ 270-272). Evidentemente, esto procede del Derecho romano, que también daba con frecuencia al pupilo un simple curador: pero aquí se han sustituido, con razón, los pupilos por todos los menores, en general. Claro está que en el Derecho romano esta distinción tajante entre tutela y curatela tenía un fundamento especial. En efecto, el tutor era, para el Derecho romano, aquella persona que, mediante su *auctoritas*, podía completar la incapacidad de obrar del pupilo, en tanto que el curador no era sino un gestor general de derechos ajenos. Por tanto, la peculiaridad e importancia del tutor romano era que, con su ayuda, al pupilo le eran posibles las mancipaciones, estipulaciones, vindicaciones, etc., actos que no podían efectuarse por medio de un representante libre y, por tanto, tampoco por medio de curador. Así, pues, la clave de toda la tutela, en cuanto algo peculiar y diferente de la curatela, estaba en la regla: *per extraneam personam nihil adquiri (neque alienari) potest*;⁸³ en realidad, esta regla se limitó más tarde a los actos civiles⁸⁴, pero en estos se conservaba todavía en la época de Justiniano, como demuestran los pasajes citados de sus libros jurídicos. En cambio, nosotros, en nuestro Derecho práctico, no tenemos ya ningún vestigio de esto y, en consecuencia, tampoco hay motivo para conservar la delimitación entre tutor y curador que tenían los romanos, ya que para nosotros ha perdido su sentido. Ahora bien: el Código austríaco, en el momento en que habla por primera vez del tutor (§ 188), trata de excluir los casos en que la persona puesta para cuidar de un menor se llame simplemente curador; para esto se vale de la disposición: “Un tutor tiene que cuidar principalmente de la persona del menor, y al mismo tiempo administrar sus bienes.” Lo distintivo del tutor lo coloca, pues, en esta

83 § 5, I. *per quas pers.*

84 § I cit., L. 53 D. *de adqu. rer. dom.*

referencia preferente a la persona (aunque, según el § 282, puede aplicarse esta misma referencia también a los curadores). La regla del Derecho romano es, evidentemente, esta: *personae, non rei vel causae (tutor) datur*⁸⁵, la cual ha sido modificada en nuestros compendios modernos, de la misma manera que en el Código austríaco, porque no podía ocultarse que el tutor tiene también desde luego como cometido propio el cuidar de los bienes⁸⁶. De ahí que sea totalmente consecuente transferir, al tutor el derecho y la obligación de educar al pupilo “al igual que el padre” (§ 216), para lo cual solo en ocasiones importantes y graves está obligado a obtener la autorización del tribunal. Pero el sentido de aquella regla romana es completamente distinto: la *persona* de la que aquí se habla es la personalidad jurídica del pupilo, la capacidad del mismo para realizar actos formales. Complementar esta capacidad en todas sus aplicaciones (dice el pasaje correspondiente) es el cometido principal del tutor, por lo que tiene que extender sus funciones, en general, a todas las partes del patrimonio del pupilo, sin que pueda limitarlas a relaciones jurídicas singulares de dicho pupilo. Por ello, el tutor romano no tenía nada que ver en absoluto con la educación del pupilo, de la cual disponía el pretor libremente, según las circunstancias, y su elección podía recaer casualmente sobre el tutor, lo mismo que sobre otro cualquiera⁸⁷. Contra esto se objetará que, por buenas razones, se ha querido modificar precisamente este precepto del Derecho romano. Perfectamente: pero todo lo demás relacionado con esto produce aquí una dificultad no pequeña. Porque el Código ha tomado del Derecho romano el derecho riguroso de los parientes más próximos a la *tutela legítima* (§ 198), y este poder general del futuro heredero *ab intestato*⁸⁸ sobre la persona del menor es muy delicado. No es preciso ponerse en el caso más extremo de que el tutor mate al pupilo para heredarle; también en muchos otros casos que pasan inadvertidos, el interés del pupilo en su guía personal y en su educación será muy distinto del de su futuro heredero. Por otra parte, el pupilo no está protegido ni por los fundamentos legales de la incapacidad

85 L. 14 D. *de testam. tut.*

86 HELLFELD, § 1298: “Ipsa vero tutela consistit in dejensione personae pupilli principaliter, et secundario in defensione bonorum pupillarium”.

87 Digesto, lib. 27, tít. 2.

88 En efecto, según el Derecho romano, el llamado a la tutela era generalmente y de propósito el heredero *ab intestato*; en el Código austríaco puede ocurrir, a causa de la sucesión en línea recta, que el heredero *ab intestato* y el pariente más próximo llamado a ejercer la tutela sean personas distintas, pero en la mayoría de los casos será también la misma persona.

para la tutela (§ 191, 193), que siempre serán muy difíciles de probar, ni por la autorización del tribunal, que solo hay que solicitarla en las ocasiones graves (§ 216), ni finalmente por la denuncia de abuso efectivo de poder, que solo puede hacerse *a posteriori* (§ 217). En este caso es muy curiosa la conexión orgánica de los distintos preceptos jurídicos. El Derecho romano hace innocua su *tutela legitima* al segregar de ella la educación; el cometido principal del tutor es el de autorizar, y ciertamente de nadie es de temer menos que del futuro heredero que vaya a consentir hacer enajenaciones o promesas imprudentes. Según el Código civil prusiano, el tribunal designa inmediatamente al educador, lo mismo que en el Derecho romano, sin que el educador tenga que ser el tutor (II, 18, § 320); y además, no se establece ningún derecho de parientes determinados a la *tutela legitima* (II, 18, § 194), lo que concuerda ciertamente con nuestra manera de ver actualmente la tutela. También en la determinación del concepto de tutela procede el Código prusiano más libremente: llama tutor a aquel que tiene que cuidar de todos los asuntos, y curador, a aquel que solo tiene que cuidar de ciertos asuntos (II, 18, § 3, 4). Aquí se ha prescindido por completo, con razón, de la terminología romana, con lo cual se ha ganado en coherencia interna. Así, por ejemplo, el demente tiene también un tutor (II, 18, § 12), que según el Código austríaco es tan solo un curador (§ 270). Este sigue aquí el Derecho romano; pero el motivo del Derecho romano para diferenciar vigorosamente la protección del pupilo y la del demente está en que sobre el pupilo era posible una *auctoritas*, pero no sobre el demente, motivo este que ya no existe. Nadie que haya observado atentamente la gran influencia que tiene este engranaje y esta designación de los conceptos sobre los mismos preceptos jurídicos afirmará que cosas como esta son baladíes e insignificantes.

Hasta aquí hemos hablado de la construcción de los conceptos en el Código austríaco; de los preceptos prácticos solamente nos hemos ocupado de pasada, al tratar de la influencia inmediata que dicha construcción ha ejercido sobre los mismos. Ahora vamos a hablar especialmente de los preceptos prácticos. Se ha observado ya que la integridad material que se buscaba en el Código civil prusiano no forma parte de los cometidos del austríaco: con arreglo a este, la decisión de los casos singulares no podrá ser determinada las más de las veces, lo mismo que en el *Code*, de una manera inmediata por el Código; y lo que queda fuera de él, y que por ello su decisión tiene que ser determinada de hecho, merece también aquí la mayor atención. El mismo Código (§ 7) prescribe una doble fuente para este complemento: en primer

lugar, la decisión contenida efectivamente en el Código para casos análogos, y, donde esto no baste, el Derecho natural. Pero la primera fuente prestará seguramente poca ayuda: porque, como ya se ha observado, no se ha buscado la plenitud material del Código, y de su insuficiencia formal ya se ha hablado detalladamente. Y la segunda parte (el Derecho natural) ha sido reconocida como muy peligrosa para la administración de justicia, incluso por los hombres dignos que han colaborado últimamente en el nacimiento del Código⁸⁹. El resultado, lo mismo aquí que en el *Code*, será, pues, completamente distinto del que parece admitir el Código, toda vez que la teoría científica afirmará inevitablemente y con toda tranquilidad la influencia que sobre la administración de justicia estaba determinado a quitarle el Código. Por ello, dicho resultado dependerá en su mayor parte de que la teoría realmente difundida sea buena o mala, y la situación de los establecimientos de enseñanza (de los que se hablará en el capítulo siguiente) será decisiva para la administración de justicia también en otro aspecto completamente distinto del relacionado con el mero conocimiento del Código.

Si este juicio sobre los tres nuevos códigos es fundado, en él radica una confirmación de mi opinión de que la época actual no tiene vocación para emprender un código: y ciertamente será una confirmación muy vigorosa. Todo lo que los franceses son capaces de ejecutar en la vida práctica, con su habilidad y su facilidad, nos ha sido repetido con bastante frecuencia; y también sabemos durante cuánto tiempo han trabajado con todo celo en los códigos alemanes hombres meritorios y sagaces. En consecuencia, si, a pesar de tan diversos esfuerzos, no se ha alcanzado el objetivo, tiene que deberse a que en la formación jurídica de toda una época hay obstáculos insuperables. Pero esta convicción es decisiva, puesto que indudablemente los fervientes amigos de los códigos encuentran la garantía de un feliz éxito en sus vivos esfuerzos dirigidos a este objetivo, lo cual no es suficiente, sin embargo, según esas experiencias. Y si fuera cuestión de comparar la formación actual de la ciencia del Derecho con aquella de la que han salido los códigos existentes, tras un examen de conciencia imparcial tendríamos que confesar que ambas difieren tal vez en grado, pero no en sustancia.

Por lo demás, todos estos recuerdos no se refieren acaso a defectos sin-

89 ZEILLER, *Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde*, p. 38: "Puesto que ahora todo el mundo opina en el terreno filosófico según sus convicciones; así es fácil considerar que los juicios se emiten con frecuencia según una equidad aparente (*aequitas cerebrina*) y en el fondo según el arbitrio".

gulares, mediante cuya corrección podría darse fácilmente al conjunto una existencia verdaderamente excelente y suficiente; se refieren, más bien, al carácter del mismo conjunto, y todos los detalles que han sido destacados deberían servir meramente para hacer evidente este carácter general y para fundamentar un juicio sobre el mismo. De otra opinión es un autor más moderno⁹⁰, quien, refiriéndose al *Code*, cree que las pocas manchas que lo desfiguran podrían ser limpiadas fácilmente, con lo cual se convertiría en una bendición digna de ser agradecida. Pero para nosotros resulta superflua esta sabiduría extranjera, porque, dice él, “recientemente hemos conseguido un Código civil en Austria que cuanto menos puede ser puesto al lado del francés y para nosotros tiene la ventaja de ser aplicable sin todos esos otros preparativos a toda Alemania”. Su consejo es que se adopte provisionalmente este Código y después se deje a discreción de los gobiernos presentar sus propuestas de modificaciones singulares a una comisión legislativa. Esta opinión me parece que merece ser rechazada ya por sí misma, sin verificación del valor intrínseco de los códigos, porque si fuera verdad que el *Code* es perfecto y que con escasas modificaciones constituiría un beneficio, y que el muy diferente Código austríaco es, al tiempo, perfecto, y aún mejor y además plenamente aplicable, se tendría que atribuir a los códigos en general una perfección completamente de pacotilla, y sería imposible considerarlos como algo grande y sumamente deseable.

8

LO QUE DEBEMOS HACER DONDE NO HAY CÓDIGOS

Para la investigación de lo que debe hacerse, tenemos que empezar por separar aquellos países alemanes en los que ha regido hasta ahora el Derecho común y el Derecho civil local (acaso con la sola interrupción del breve dominio del *Code*) de aquellos otros que viven ya bajo códigos autóctonos.

En los países de Derecho común, como en todas partes, una situación aceptable del Derecho civil dependerá de tres factores: en primer lugar, de la existencia de fuentes del Derecho suficientes; después, de un personal digno de confianza; finalmente, de una forma conveniente del proceso. Más adelante volveré sobre estos tres factores, con el fin de demostrar la suficiencia de mi plan.

⁹⁰ K. E. SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt*, pp. 131, 134, 135.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las fuentes del Derecho, sobre las cuales debería ser preciso el nuevo código de que se trata, estoy convencido de que debería introducirse de nuevo la misma combinación del Derecho común y de los Derechos de los países que antes dominaban en toda Alemania, la cual sustituiría al *Code*, y que allí donde no rigiera el *Code* debería conservarse dicha combinación; estas fuentes del Derecho las considero suficientes, incluso excelentes, siempre que la ciencia del Derecho cumpla lo que es su cometido y lo que solo ella puede hacer.

Si contemplamos nuestra situación, tal como es de hecho, nos encontramos en medio de una enorme masa de conceptos y criterios jurídicos que se han ido transmitiendo y acumulando de generación en generación⁹¹. Tal como está ahora la situación, no poseemos ni dominamos este material, sino que somos nosotros los dominados por él, ya que no lo manejamos como queremos. En esto se fundan todas las quejas sobre nuestra situación jurídica, cuya razón no desconozco, y de ahí ha nacido toda la invocación a los códigos. Este material nos rodea y nos domina por todos los lados, a menudo sin que lo sepamos: podría pensarse en destruirlo, intentando cortar todos los hilos históricos y comenzar una vida completamente nueva, pero esta empresa también descansaría en una ilusión. Porque es imposible destruir los criterios y la formación de los jurisconsultos que viven en la actualidad y es imposible transformar la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes; en esta doble imposibilidad se funda la indisoluble conexión orgánica que une a las generaciones y las épocas, entre las cuales solo puede concebirse la evolución, pero no un fin absoluto y un comienzo absoluto. Especialmente cuando no se ha hecho nada para modificar preceptos jurídicos singulares, que en realidad son muchos; porque, como ya se ha observado anteriormente, la dirección de las ideas, las cuestiones y los problemas sigue estando determinados por la situación precedente, y el dominio del pasado sobre el presente podrá también manifestarse allí donde se contraponga intencionalmente el presente al pasado. Esta influencia predominante del material existente no hay, pues, manera de evitarla; para nosotros será perjudicial mientras la sirvamos inconscientemente, y beneficiosa si le oponemos una fuerza perfeccionadora viva, la sometemos mediante una profundización histórica y nos apropiamos así de toda la riqueza de las generaciones pasadas. Así, pues, solo tenemos esta elección: o queremos *sermocinari tamquam e vinculis*, según la expresión de Bacon, o bien una sólida ciencia del Derecho habrá de enseñarnos a

91 Cf. REHBERG, *Über den Code Napoleon*, pp. 8-10.

utilizar este material histórico como instrumento nuestro; no hay una tercera alternativa. En esta elección podría ganar por sí mismo el método científico, en cuanto la parte más noble; pero hay que tomar también en consideración otros motivos especiales derivados de nuestra situación; en primer lugar, la dirección científica general, que es natural en los alemanes y en virtud de la cual están llamados a adelantarse en muchas cosas a otras naciones; además, muchas cosas derivadas de nuestras relaciones políticas. Para refutar esto no podrá aducirse la experiencia de otras naciones o de otras épocas, no podrá aducirse la situación del Derecho civil en Inglaterra ni la que tuvieron nuestros antepasados. Respecto a nuestros antepasados, Möser ha desarrollado, en un excelente ensayo, la diferencia entre lo que él llama arbitrio y lo que denomina sabiduría⁹²: entre nuestros antepasados pudo existir libertad y justicia mientras juzgaban jueces que disfrutaban de los mismos derechos, pero nosotros no podemos prescindir en absoluto de la sabiduría. Como sustitutivo de la misma, puede recurrirse en este respecto incluso a la adhesión a autoridades mediocres (por malo que esto sea en otros aspectos)⁹³, lo cual puede servir como medio de protección contra la confusión de la sabiduría por el arbitrio.

Solo cuando, mediante un estudio serio, hayamos adquirido un conocimiento más completo y, sobre todo, hayamos agudizado nuestro sentido histórico y político, será posible un verdadero juicio sobre el material que nos ha sido transmitido. Hasta entonces, puede ser más prudente poner en duda algo, antes que tomar lo existente por una costumbre decaída, por aislamiento imprudente o por corrupción jurídica⁹⁴, pero, sobre todo, vacilar antes de aplicar el bisturí⁹⁵ a nuestra situación jurídica. Con ello podríamos fácilmente cortar carne sana, que no conocemos, contrayendo así frente al futuro la más grave de todas las responsabilidades. El sentido histórico es también la única protección contra una especie de ilusión que siempre se repite en hombres singulares, así como en pueblos enteros y épocas enteras, y que consiste en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros. Así

92 “Über die Art und Weise, wie unsre Vorfahren die Prozesse abgekürzt haben”, *Patrotische Phantasiën*, parte 1, núm. 51.

93 MÖSER, “Schreiben eines alten Rechtsgelehrten über das sogenannte Allegiren”, parte 1, núm. 22.

94 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, pp. 52, 55, 60.

95 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 60.

se hizo, en otro tiempo, un Derecho natural derivado de las instituciones, omitiendo algunas peculiaridades destacadas, y se le consideró como el veredicto inmediato de la razón; ahora no hay nadie que no sienta compasión por este procedimiento, pero todavía vemos a diario a personas que consideran como racionales puros sus conceptos jurídicos y sus opiniones jurídicas, simplemente porque no conocen su procedencia. Mientras no tengamos conciencia de nuestra conexión individual con el gran todo del mundo y su historia, tenemos necesariamente que ver nuestras ideas bajo una falsa luz de generalidad y naturalidad. Contra esto solo nos protege el sentido histórico, cuya aplicación más difícil es la de dirigirlo precisamente contra nosotros mismos.

Podría intentarse admitir para nuestra situación la necesidad de esta fundamentación histórica del material en el que estamos involuntariamente atrapados, pero considerándola al mismo tiempo como un mal, puesto, que esto exige fuerzas que podrían emplearse para fines más provechosos. Esta opinión sería triste, ya que despertaría el sentimiento de un mal inevitable, pero puede consolarnos el que es falsa. Más aún, esta necesidad debemos estimarla en sí como un gran bien. En efecto, en la historia de todos los pueblos importantes encontramos una transición de la individualidad limitada, pero fresca y llena de vida, a una generalidad indeterminada. Por este camino discurre también el Derecho civil, y también en él puede llegar a perderse la conciencia de la peculiaridad nacional; así; sucede que, cuando los pueblos caducos reflexionan sobre las numerosas particularidades de su Derecho que ya se han desvanecido, incurren fácilmente en el error que acabamos de indicar, toda vez que todo el Derecho que aún les queda lo consideran como un *jus quod naturalis ratio apud omnes homines constituit*. No puede dejar de reconocerse que así se pierde al mismo tiempo la peculiar superioridad que el Derecho tiene en los tiempos primitivos. Retroceder a esta situación pasada sería un consejo infructuoso e insensato: pero otra cosa es mantener ahora en activa contemplación el valor propio de la misma, preservándose así de la contemplación unilateral de la actualidad, cosa aquella que es posible y saludable. Si la historia, en general, es una maestra noble, incluso en la infancia de los pueblos, en épocas como la nuestra tiene además otro cometido saludable. Porque solo mediante ella puede mantenerse viva la conexión con las situaciones originarias de los pueblos, y la pérdida de esta conexión priva necesariamente a todo pueblo de la mejor parte de su vida espiritual.

Por consiguiente, según este criterio, lo que debe convertir al Derecho común y a los Derechos de los países en fuentes del Derecho verdaderamente

útiles e irreprochables es el riguroso método histórico de la ciencia del Derecho. El carácter de este método no consiste, como han dicho incomprensiblemente algunos nuevos adversarios del mismo, en la preconización exclusiva del Derecho romano; tampoco consiste en la conservación incondicional de cualquier material dado, lo cual trata más bien de evitar, como se ha puesto de manifiesto más atrás al hacer la crítica del Código austríaco. Sus esfuerzos tienden, más bien, a perseguir cada material dado hasta su raíz, para descubrir así su principio orgánico, con lo cual lo que tenga todavía de vivo tiene que separarse de lo que ya está muerto y solo pertenece a la Historia. Pero el material de la ciencia del Derecho que debe ser tratado de esta manera es triple, por lo que se refiere al Derecho común, de donde resultan estas tres partes principales de nuestra ciencia del Derecho: el Derecho romano, el Derecho germánico y las nuevas modificaciones de ambos Derechos. Como ya se ha observado, el Derecho romano, aparte de su importancia histórica, tiene todavía el mérito de que, por su elevada perfección, puede servir de arquetipo y modelo a nuestros trabajos científicos. Esta superioridad le falta al Derecho germánico, pero este tiene en cambio otra, que no cede ante aquella. En efecto, el Derecho germánico está ligado a nosotros de una manera inmediata y popular, y aunque la mayoría de sus formas originarias hayan desaparecido efectivamente, no por ello debemos dejarnos engañar. Porque la base nacional de estas formas, la corriente de la que se derivaron, sobrevive a las formas mismas, y no puede determinarse de antemano cuántas instituciones germánicas antiguas pueden ser resucitadas, tanto en la constitución como en el Derecho civil. Por supuesto, no conforme a su letra, sino conforme a su espíritu, si bien el espíritu originario solo se llega a conocer partiendo de los textos antiguos. Finalmente, no debe omitirse tampoco el estudio de las modificaciones de ambos Derechos originarios. En efecto, en el largo camino que esos Derechos originarios han tenido que recorrer hasta llegar a nosotros, muchas se han configurado y han evolucionado como es natural de una manera completamente distinta; en parte por una necesidad nacional efectiva, en parte de una manera más literaria, bajo las manos de los juristas. Esto último es aquí predominante y la base fundamental de ello es una historia de nuestra ciencia del Derecho desde la Edad Media en adelante. Un esmerado empeño de esta tercera parte de nuestra ciencia tiene que encaminarse, en consecuencia, a limpiar paulatinamente la situación actual del Derecho de lo que se ha originado por mera ignorancia y apatía de las épocas literariamente pobres, sin ninguna necesidad práctica verdadera.

No puede ser mi propósito exponer aquí, en una metodología detallada, este tratamiento histórico de todas las partes de nuestro Derecho; únicamente sobre el Derecho romano hay que añadir todavía algo, ya que precisamente su tratamiento ha sido últimamente tomado en consideración. Lo que yo considero como el único punto de partida posible de este estudio resultará evidente de la exposición hecha anteriormente del Derecho romano, esto es, del Derecho de las Pandectas, a partir del cual deben determinarse las transiciones a las modificaciones más modernas hasta Justiniano. Esta opinión no la encontrará arbitraria nadie que medite que ya la sostuvo Justiniano y que, al menos de nombre, sirve de base desde hace siglos a la enseñanza principal en las universidades y a los tratados de Derecho romano. Ahora resulta fácil decir cómo hay que estudiar a los juristas antiguos, si bien es difícil dar una clara idea de ello sin una prueba efectiva; no deben limitarse a permanecer en la escuela, sino que se les debe revivir; debemos penetrar en ellos mediante la lectura y el pensamiento, como se hace debidamente con otros autores; debemos aprender de ellos sus métodos y llegar así hasta imaginar por nuestra cuenta a su manera y desde su mismo punto de vista, para continuar su trabajo interrumpido con un cierto sentido. Que esto es posible, forma parte de mis más vivas convicciones. La primera condición para ello es, sin duda, una historia del Derecho bien fundamentada y, en su consecuencia, el habituarse plenamente a considerar siempre todo concepto y todo precepto desde su punto de partida histórico. Aquí queda todavía mucho por hacer; pero quien contemple lo que era nuestra historia del Derecho hace veinticinco años y cuánto ha cambiado ahora en punto al conocimiento y al tratamiento, principalmente por mérito de Hugo, puede también dar cabida a las mejores esperanzas respecto de lo que ha de seguir. Ahora bien: quien llegue verdaderamente a familiarizarse de esta manera con las fuentes del Derecho romano, para estudiar nuestra literatura jurídica moderna, desde la Edad Media hasta nosotros, tendrá todavía que trabajar, con frecuencia, duramente, pero solo así podrá completar sus opiniones y andar sin desorientarse y sin encontrar en ello ninguna dificultad intrínseca; por el contrario, quien no capte el Derecho romano en sus raíces, caerá casi inevitablemente en una vacilación y en una inseguridad cada vez mayores, a través de esa literatura moderna, tendrá que ignorarla totalmente y abandonar al azar el resultado particular, nuevo, y tal vez muy superficial que sobre él haya de ejercer este desarrollo literario, en lo cual es evidente que se ha logrado mucho en los últimos tiempos. El relleno de los vacíos de ese desarrollo literario ha de completarse paulatinamente y

no forma parte necesariamente de la base del estudio. Por supuesto, la base tiene que estar en los cursos de las universidades, para lo cual pueden ser suficientes año y medio o dos años (que es lo que se suele emplear en ello hasta ahora). Es decir, no son suficientes para una erudición completa, lo que, por otra parte, ningún hombre razonable exigirá de una enseñanza universitaria cualquiera; pero sí lo son para familiarizarse con las fuentes, para poder leerlas por sí mismo y leer a los autores modernos con independencia y con juicio propio, sin quedar ya a merced de ellos. Es evidente que no se podrá argumentar en contra de la experiencia de una enseñanza efectiva mientras en esta enseñanza no se haya intentado la iniciación inmediata en las fuentes.

En los tiempos modernos se han oído dos opiniones completamente opuestas sobre las condiciones de nuestro estudio; que difieren de esta. En efecto, Thibaut⁹⁶ presenta las dificultades de este estudio en tonos casi espantosos, hasta el punto de que todo el que quiera emprenderlo tendría que quedar desalentado; así, por ejemplo, es posible que hasta dentro de mil años no tengamos la suerte de conseguir una obra que trate exhaustivamente todas las teorías del Derecho romano. Este tiempo es muy poco o excesivo, según se tome. Un problema histórico digno de tal nombre no se deja agotar totalmente ni resolver de una manera definitiva, hasta el punto de que no sea ya posible ningún adelanto, ni en mil años; pero para lograr una visión segura del Derecho romano y la posibilidad de una aplicación más inmediata y razonable del mismo no necesitamos tanto tiempo, pues en su mayor parte esto ya es posible ahora, aunque siempre se ha de mantener el progreso en su penetración, lo que en nuestra ciencia no ha de tenerse como una censura, sino como una verdadera distinción. Todo depende de la manera como sea tratado el estudio. Hace cien años, se dedicaba al Derecho romano mucho más esfuerzo y tiempo que ahora, y es innegable que en el propio conocimiento no se podía ir tan lejos como ahora es posible, gracias a los buenos profesores. Además, esas dificultades críticas, que Thibaut declara completamente insuperables⁹⁷, no son tan graves. Quien las acometa debidamente, puede aprender los métodos de los juristas romanos, aun con una edición muy mala de las Pandectas; estará en realidad expuesto a muchos errores de detalle, pero incluso estos podrá corregirlos con seguridad, en su mayor

96 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, pp. 15-22.

97 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, pp. 20-21.

parte, con algo de sentido crítico y con la ayuda de tres o cuatro ediciones que todo el mundo puede encontrar fácilmente. También aquí se confunden por completo dos cosas: una es lo que, evidentemente, forma parte del desenvolvimiento paulatino y agotador de un gran problema histórico, y otra, lo que es condición necesaria de un grado inmediatamente posible y en cierto sentido satisfactorio de conocimiento seguro. Todo lo que aquí dice Thibaut sobre la inseguridad de nuestros textos es igualmente válido respecto de nuestros libros sagrados; tampoco en estos encontrará nunca fin la crítica, pero quien sepa encontrar en ellos alimento y placer, no se sentirá ciertamente contrariado por eso. Una opinión diametralmente opuesta y mucho más difundida sostiene que el Derecho romano puede y debe tomarse mucho más a la ligera y que debería dedicársele poco tiempo. Esto, en parte, se afirma y, en parte (como se pondrá de manifiesto más adelante), se ha puesto en práctica, especialmente allí donde, con motivo de haberse introducido nuevos códigos, el Derecho romano se ha visto reducido a un estudio meramente auxiliar; otro tanto había que decir cuando se hablaba de la formación de los futuros legisladores. A este fin, se creía que el fatigoso detalle resulta superfluo y que podía considerarse suficiente lo que se llamaba el espíritu de este Derecho. Ahora bien: este espíritu consiste en lo que en otras partes se llaman instituciones y que puede prestar muy buenos servicios para una primera orientación; esto es, los conceptos y preceptos más generales, sin examen crítico, sin aplicación y, especialmente, sin contemplación de las fuentes, que es lo único que da a todo Derecho su verdadera vida. Pero esto es totalmente vano y, si no se quiere pasar de ahí, este poco tiempo resulta totalmente perdido: el único provecho que puede obtenerse de semejante estudio es el mantenimiento del nombre y la forma externa de nuestra ciencia, con lo cual tal vez pueda facilitarse su renacimiento en una época futura mejor. Especialmente funesta es la opinión de que un futuro legislador, para quien este material se reconoce como importante y formativo, podría salir del paso con un conocimiento básico tan ligero, para el cual la designación más feliz es la expresión francesa *teinture*. Precisamente para esta aplicación a una producción nueva peculiar se necesita un conocimiento mucho más sólido que para la labor ordinaria del jurista; hay que dominar muy bien la letra del material histórico para poder hacer uso del mismo libremente, como instrumento para la exposición de nuevas formas, pues de otro modo es inevitable el *sermocinari tamquam e vinculis*. Esa disparatada opinión aplicada al idioma equivaldría a decir que para el trato corriente y la vida ordinaria es preciso conocer el idioma en toda

su riqueza, su fuerza y su abundancia, pero que para la poesía puede bastar con un conocimiento superficial.

Ahora bien: lo que aquí se pide al estudio del Derecho tal vez no esté conservado en los libros ni confiado a eruditos singulares, sino que se haya convertido en patrimonio común de todos los juristas que quieran trabajar por su vocación con seriedad y el espíritu abierto. Por ello debería surgir una escuela viva, como la gran escuela única que formaban de hecho todos los juristas romanos, y no la que formaron por sí mismos los sabinianos o los proculyanos. Solo de tal trabajo vivo, distribuido entre la totalidad de los juristas, pueden salir los pocos que, por su espíritu, están llamados a una inventiva propia, siendo un prejuicio funesto creer que estos se encontrarían siempre, cualquiera que fuese la situación de la escuela. El ejemplo de Montesquieu es, en este aspecto, muy aleccionador; nadie puede desconocer la energía independiente con la que él se ha esforzado por mantenerse libre de la limitación de su tiempo y de su nación. Ahora bien: él era jurista de oficio y en un *pays de droit écrit* tampoco han tenido los romanos un admirador más celoso que él, de manera que no podían faltarle ocasión ni inclinación para conocer el Derecho romano; sin embargo, sus conocimientos eran aquí muy mediocres, y fragmentos enteros de su obra resultan por ello completamente infundados, de lo que puede servir de ejemplo su historia del Derecho sucesorio romano⁹⁸. Esto era consecuencia de la total nulidad de la escuela de los juristas de su tiempo, que él no fue capaz de superar. En general, estudiando la historia de la literatura, cualquiera se convencerá de qué pocas de sus manifestaciones pueden ser imputadas totalmente y de verdad a individuos aislados, independientemente de las fuerzas y de los afanes de la época y de la nación.

Pero esta comunidad de nuestra ciencia no debe tener lugar simplemente entre los juristas de vocación docta, entre los profesores y escritores del Derecho, sino también entre los jurisconsultos prácticos. Y justamente de este acercamiento de la teoría y la práctica es de donde tiene que partir el mejoramiento apropiado de la administración de justicia y en lo que principalmente tenemos que aprender de los romanos: también nuestra teoría tiene que hacerse más práctica y nuestra práctica más científica que hasta ahora. Leibniz estimaba que, entre los escritores jurídicos, solo los autores de dictámenes ampliaban verdaderamente la ciencia del Derecho y la enriquecían mediante la observación de nuevos casos⁹⁹; al mismo tiempo expresa el

98 *Esprit des lois*, lib. XXVII.

99 *Nova methodus*, p. 2 § 82.

deseo de que un grupo de unos treinta juristas redactase unas nuevas Pandectas que constituyesen un resumen de todo lo verdaderamente práctico y peculiar que se encuentre en los autores modernos¹⁰⁰. Independientemente de Leibniz, pero con un sentido análogo, propone Möser preparar unas nuevas Pandectas, mediante la compilación planificada de casos litigiosos reales de un país¹⁰¹. Ambas propuestas son bellas; pero no han tenido en cuenta una condición necesaria, que es la aptitud de hacer verdaderas experiencias. Porque siempre hay que tener presente la clara y viva conciencia del todo, para poder aprender realmente del caso individual, pues la práctica solo llega a ser fecunda y aleccionadora en virtud del sentido teórico y científico. Es evidente que en lo múltiple está contenida la unidad, pero no la vemos ahí si no ponemos en ello el sentido perfeccionado para percibirla; en efecto, sin este sentido ni siquiera distinguiremos con seguridad de lo múltiple la figura individual. Por ello, en las Pandectas todo caso litigioso tiene una determinada individualidad; por el contrario, cuando se leen las sentencias de los siglos VII y IX, parece que el texto de una es igual al de la otra, como si se hubiera repetido siempre el mismo caso. No es que las relaciones se hubieran sumido de hecho hasta este grado de uniformidad; pero se había perdido la capacidad de diferenciación, y cuanto más falta esta más imposible resulta un Derecho seguro e igual. Un medio excelente para lograr este acercamiento de la teoría y la práctica sería una comunicación conveniente de las facultades de Derecho con los tribunales de justicia, la cual ha sido propuesta recientemente¹⁰². Las facultades de Derecho, en cuanto colegios arbitrales, podían servir para ello y originalmente lo hicieron a su manera; pero después que se convirtieron en fábricas de laudos, su trabajo tuvo que resultar en su mayoría mecánico, como el de los mejores tribunales, pues en las viejas facultades ya no estaba en el poder de su miembro más sagaz el depurar esta relación; sin contar con que, como consecuencia del necesario ejercicio de este infructuoso oficio, le fueron arrebatadas las mejores fuerzas a la jurisprudencia erudita y en parte aún le siguen siendo arrebatadas. Al propio tiempo, esta concatenación de la práctica con una teoría viva y en constante perfeccionamiento es el único medio para ganar de verdad hombres de ingenio para la profesión judicial. En realidad, la judicatura puede tener honradez y rectitud aun sin

100 *Ibíd.*, § 85-90.

101 MÖSER, "Vorschlag zu einer Sammlung einheimischer Rechtsfälle", en *Patriot. Phantasien*, parte 2, núm. 53 (3.^a ed., núm. 44).

102 SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt*, pp. 278, 279.

esto, y también puede perfeccionarse ininterrumpidamente mediante ocupaciones extrañas a su profesión, apropiadas a las aptitudes de cada uno, según su peculiaridad; pero la cosa será muy diferente cuando la misma profesión propia, en virtud de su conexión con el todo, adopte un carácter científico y se convierta ella misma en un medio formativo. Únicamente una situación semejante podrá satisfacer todas las exigencias; el individuo no servirá así como un mero instrumento, sino que vivirá en una profesión libre y digna, y la teoría del Derecho alcanzará una verdadera perfección técnica. Incluso los franceses han reconocido esta necesidad, si bien, evidentemente, a su propio modo algo innoble¹⁰³. La circunstancia más desfavorable, en este aspecto, es aquella en que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente un texto dado, que no le está permitido interpretar; si se considera esta circunstancia como el punto extremo en una dirección, el extremo opuesto consistiría en que el juez tuviera que encontrar para cada caso litigioso el Derecho mediante el cual se excluiría todo arbitrio, como consecuencia de la seguridad de un riguroso método científico. Pero a este segundo extremo es posible, por lo menos, una aproximación, y en él se despertaría nuevamente, en una forma rejuvenecida, la más antigua organización alemana de los tribunales.

Yo he partido más atrás de una triple necesidad: fuentes del Derecho, personal y forma procesal, todo ello en una situación laudable. Se ha demostrado que las fuentes del Derecho deben estar basadas en una ciencia sólida y difundida; también se ha visto la forma en que podría ganarse verdaderamente para esta vocación al personal de la administración de justicia. Pero estas dos cosas no bastarán si la forma del proceso es mala. Por este lado, muchos países alemanes necesitan una ayuda rápida y profunda. Los vicios más generalizados son: anarquía de los abogados, abuso de los plazos y de sus prórrogas, multiplicación de las instancias y, sobre todo, de la remisión de los expedientes, los cuales, utilizados de una manera inteligente, prestarían excelentes servicios. A todo esto tiene, evidentemente, que prestarse ayuda mediante la legislación: sobre esto sería muy deseable también una deliberación y comunicación común de los países alemanes. Pero no es necesario que se introduzca simultáneamente en todas partes justamente una forma general. Podrían hacerse diferentes experiencias, y a la que se reputara mejor se le

103 *Projet de code civil*, p. XIII: “Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour propre et réveiller l'émulation”; p. XIV: “On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir”.

daría entonces una acogida general. Entre el procedimiento prusiano y el que ha sido hasta ahora común, cuyas ideas pueden considerarse contrarias, hay todavía muchas gradaciones intermedias, sobre cuyo valor solamente puede decidir la experiencia.

Así, pues, según esta opinión, en los países de Derecho común no se haría ningún código; pero esto no quiere decir en modo alguno que la legislación civil sea completamente superflua. Aparte de las leyes de motivación política (que no entran aquí en consideración), tal legislación podría tener un doble objeto: la decisión de controversias y la recopilación de costumbres antiguas. Con la decisión legal de las controversias se eliminaría una objeción principal, mediante la cual se ha creído refutar hasta ahora la aplicabilidad práctica del Derecho romano, sin necesidad de más investigaciones. Además, a estas controversias no les ha ido en la realidad tan mal. En primer lugar, no hay que considerar como controversia todo aquello donde la ignorancia y la trivialidad han intentado alguna vez algo, sin encontrar cómo entrarle. En segundo lugar, la legislación tampoco tiene que preocuparse de controversias que se encuentran en nuestros libros de enseñanza, pero que rara vez se presentan en la práctica. Si se descuentan ambos casos, es evidente que todavía queda mucho por hacer, pero el *Code Napoléon*, aun siendo tan moderno, puede ponerse aquí perfectamente al lado del Derecho romano. Sin embargo, sería tal vez mejor decidir estas controversias en forma de disposiciones provisionales o de instrucciones a los tribunales que mediante leyes propiamente dichas, puesto que mediante aquellas se atendería menos a la posible mejor fundamentación por la teoría. El segundo objeto de la legislación sería la recopilación del Derecho consuetudinario, sobre el cual se ejercería de este modo una vigilancia similar a la que se ejercía en Roma mediante el edicto. No se debe creer que el código que venimos impugnando sería nuevamente admitido bajo otro nombre; la diferencia afecta más bien directamente a la esencia de las cosas. En efecto, en este Derecho consuetudinario solo se admitirá lo que está decidido por el ejercicio efectivo, y sin duda esto se comprenderá plenamente al tener ante sí esa decisión; el código, por el contrario, se ve precisado a hablar de todo, aun cuando nada impulse a ello ni le haga capaz de ello ninguna visión especial, simplemente en espera de posibles casos futuros. Todo el mundo comprenderá por sí mismo que aquí no se puede hablar acerca del modo de ejecución de estas ramas restantes de la legislación civil.

Hasta ahora he investigado el camino que debe seguirse para el Derecho civil, principalmente en los países de Derecho común, cuando se encuentran

en una situación satisfactoria. Ahora quiero añadir el objetivo superior, cuya posibilidad se encuentra en el mismo camino. Si la ciencia del Derecho se convirtiese alguna vez en patrimonio común de los juristas, de la manera aquí descrita, entonces en el estamento de los juristas habremos ganado nuevamente un sujeto para el Derecho consuetudinario vivo y, por tanto, habremos realizado un progreso; porque nuestra jurisprudencia no era más que un mezquino sustitutivo de este Derecho consuetudinario, y tal jurisprudencia, lo más mezquino de nuestras facultades de juristas. El material histórico del Derecho, que ahora nos entorpece por todas partes, será entonces dominado por nosotros y nos enriquecerá. Entonces tendremos un Derecho nacional propio, al que no le faltará un lenguaje potente y eficaz. El Derecho romano podríamos relegarlo a la historia, pues ya no tendríamos simplemente una débil imitación de la civilización romana, sino una civilización totalmente propia y moderna. Habremos alcanzado algo más elevado que la simple administración de justicia segura y rápida: a la situación de un discernimiento más claro e intuitivo, que los pueblos primitivos suelen tener para el Derecho, se unirá la altura de la formación científica. Entonces se podrá también proveer para épocas futuras más débiles, y será el tiempo de deliberar si esto es mejor hacerlo mediante códigos o de otra forma. Yo no digo que esta situación vaya a darse: esto depende del concurso de las más raras y felices circunstancias. Lo que nosotros los juristas podemos aportar aquí es un espíritu abierto y un trabajo leal y apto: si así lo hacemos, podemos esperar tranquilamente el resultado, pero, ante todo, tenemos que guardarnos de destruir lo que puede llevarnos más cerca de ese objetivo.

Cuando el pueblo judío en el monte Sinaí no podía esperar la ley divina, hizo, movido por su impaciencia, un becerro de oro, y sobre este se hicieron pedazos las verdaderas tablas de la ley.

9

LO QUE HAY QUE HACER CON LOS CÓDIGOS EXISTENTES

Llego ahora a los países alemanes en los que ya existen códigos: se entiende que solo pueden considerarse como tales los códigos prusiano y austríaco, pero no el *Code*, al que hay que considerar como una enfermedad política padecida, a consecuencia de la cual todavía nos resentimos de muchos males.

Ahora bien: sobre esos códigos alemanes ya he expresado mi opinión; pero se me entendería mal si se quisiera interpretar esta opinión en el sentido de considerar deseable la abolición de los códigos. A estos hay que tratarlos más bien como hechos propios y nuevos en la historia del Derecho, y su derogación no solo tendría inevitablemente como consecuencia una gran confusión, sino que también causaría necesariamente una impresión desfavorable en el espíritu público el que se anulase repentinamente lo que apenas se había terminado, con el mejor propósito y a costa de grandes esfuerzos. Además, una gran parte del mal que se derivaría de un código general no tendrá lugar en los países con código, mientras en otros países alemanes perdure el Derecho común. En consecuencia, no se trata de la derogación de los códigos, sino de meditar seriamente cómo podrían evitarse los males que acarrearía el manejo incorrecto de los mismos.

En efecto, quien esté convencido de lo que se ha dicho sobre la naturaleza y el nacimiento de nuestros códigos, no dudará que el mismo estudio histórico, que era necesario antes de la introducción de dichos códigos, no se ha hecho después de ella totalmente superfluo, y que especialmente no se adelanta nada creyendo que, por causa de los códigos, puede ser suficiente una exposición superficial del Derecho existente hasta ahora. Por lo que se refiere a la aplicación inmediata, esta necesidad persistente es más apremiante en el caso del Código austríaco; pero, por otros motivos, no es tampoco menor la necesidad en el caso del Código prusiano. Por tanto, la esperanza frecuentemente alimentada de que el estudio del Derecho podría hacerse, en virtud de los códigos, más fácil y más simple, es vana; si no son malos ni resultan insuficientes para la situación jurídica dada (porque aquí es posible todo grado de simplificación), queda todo el trabajo de antes y aún hay que añadir uno nuevo, que es más insatisfactorio que el anterior por causa de la destrucción de la forma primitiva. Pero no solo es indispensable el estudio anterior para el conocimiento a fondo y para la aplicación de los códigos, sino también para su desarrollo ulterior y su perfeccionamiento, que todo el mundo reconocerá que es necesario, por mucho valor que pueda atribuirle a los mismos. Porque los códigos mismos han nacido por la vía teórica, y solo por esta misma vía pueden ser verificados, depurados y perfeccionados con seguridad. Para este trabajo no parece ser suficiente un simple cuerpo colegiado de hombres de negocios, que por su profesión y la gran cantidad de sus otros trabajos se ven precisados a restringir su trato vivo con la teoría. También es, en realidad, magnífica la continua verificación del código mediante la atención prestada

por los tribunales en su aplicación, pero no suficiente; de esta manera podrán descubrirse muchos defectos, pero la manera en sí sigue siendo fortuita y es posible que deje sin tocar otros tantos defectos. La teoría no guarda con la práctica exactamente la misma relación que un ejemplo de cálculo con su prueba.

Es interesante considerar cómo se ha apreciado y ordenado la enseñanza en los Estados en que se han introducido códigos. Por eso quisiera tomar en consideración nuevamente la situación de las cosas en Francia, especialmente la organización actual de la Facultad de Derecho de París¹⁰⁴. De esta forman parte tres profesores para el *Code*, uno para el procedimiento y uno para el Derecho romano, todos los cuales deben encontrarse en cada Facultad de Derecho; pero la de París tiene además dos cátedras especiales para el *code civil approfondi* y para el *code de commerce*. No se explica Derecho penal ni procedimiento penal, historia del Derecho y Derecho francés antiguo. Cada profesor da siempre un curso de un año (descontando tres meses de vacaciones en París y solo dos meses en los demás lugares), que consta de tres clases semanales de hora y media, siendo esta duración la misma para todas las clases. Por tanto, el *Code* se enseña en tres cursos, de manera que cada profesor trata solemnemente de una tercera parte del total. Cada profesor tiene un *suppléant*, que le sustituye cuando está impedido de dar clase. El Derecho romano lo daba Berthelot a base de las Instituciones de Heinecio, a las cuales había añadido él una traducción francesa, para que los oyentes pudieran entenderlas; desde la muerte de Berthelot se hizo cargo de la cátedra Blondeau, que había sido su *suppléant* hasta entonces, pero, aunque no se crea, lo enseña a base del *Code*, haciendo observar en cada artículo las discrepancias halladas. El bachiller tiene que haber estudiado dos años; el licenciado, tres, y el doctor, cuatro; al primero le está prescrito el curso de Derecho romano, para el segundo, su repetición se deja a su propia discreción, y el tercero tiene que repetirlo de nuevo; bien entendido, la repetición es siempre de las mismas Instituciones y con el mismo profesor. Después de lo que queda explicado, no será necesario aducir argumentos especiales contra este plan de estudios; pero es especialmente notable el círculo vicioso en que se encuentra. Los mismos redactores han declarado con frecuencia que el *Code* no es suficiente para la aplicación y necesita del complemento de la ciencia. Y, sin embargo, la enseñanza científica gira, a su vez, por completo en torno del *Code*, ya que lo poco que se enseña de Derecho romano no es para tomarlo en cuenta. ¿Cuál

104 Utilizo la comunicación manuscrita y oral de un doctor de esta Facultad de Derecho.

es, pues, la base fáctica de esta ciencia? ¡Sin duda, la jurisprudencia de los tribunales, la misma jurisprudencia cuya diversidad parecía anular los esfuerzos más importantes y que, por la disolución de los antiguos tribunales y la confusión de sus circunscripciones, ha perdido toda orientación! Ahora bien: es evidente que tal situación no puede sostenerse y que siempre pierde más terreno. Es natural que la situación de la ciencia del Derecho esté determinada en cada época por lo que esta época considera y trate de hecho (aunque no siempre de palabra) como el más próximo objeto del estudio; pero la ciencia del Derecho es siempre algo más profunda, y quizá mucho más profunda, que este objeto. Así, por ejemplo, los primeros glosadores tenían la ventaja de verse obligados a beber en las mismas fuentes que constituían su objeto; en cambio, Bartolo tenía ya por objeto las obras de los glosadores, los cuales quedaban ahora situados entre los juristas actuales y las fuentes, y este es un motivo principal por el que la escuela de Bartolo es tan inferior a la de los glosadores. El mismo retroceso tendrá lugar en todas partes donde no se siga el precepto fundamental de perseguir cada materia hasta su raíz, precepto que hemos señalado más atrás como propio del carácter del método histórico. Lo mismo puede decirse respecto del *Code*; así, por ejemplo, aun cuando alguno de los redactores albergara la opinión más exagerada respecto del valor del *Code*, en confianza reconocería, sin embargo, que estaba a mayor altura que su obra; confesaría que había recibido su formación independientemente del *Code* y que la generación actual que debería ser educada por el *Code* no llegaría al punto en que él mismo se encontraba y desde el cual había sido capaz de producir una obra semejante. Esta simple consideración tendrá el mismo resultado en todas partes donde, con la introducción de un código nuevo, se destruya al mismo tiempo el estudio anterior, derribando, por así decirlo, tras de sí el puente sobre el cual se ha atravesado el río.

La nueva organización austríaca de la enseñanza (1810) combina el estudio jurídico y el político en un todo¹⁰⁵, que se cursa en cuatro años, a razón de tres horas diarias de clase durante todo este tiempo¹⁰⁶. Cada asignatura se estudia una sola vez. El Derecho alemán no se estudia, sin duda porque antes del nue-

105 Como fuentes se han utilizado aquí las siguientes: *Instruction zur Ausführung des Lehrplanes*, vol. 35 de la recopilación de leyes del emperador Francisco I; A. VON HESS, *Encycl. methodol. Einleitung in das juridisch-politische Studium*, Wien/Trieste 1813. Al autor le fueron comunicadas verbalmente las actas (p. 9) sobre el plan de estudios, por lo que su exposición de motivos del mismo tiene que ser considerada en cierto modo como oficial.

106 HESS, § 39.

vo Código estaba poco difundido en Austria¹⁰⁷. En cambio, se enseña Derecho romano, y las razones que han influido para su inclusión en el plan de estudios son las más excelentes y liberales. La primera es que el nuevo Código ha nacido del Derecho romano; la segunda, que el Derecho común vigente hasta ahora (y especialmente la parte romana del mismo) está con toda ciencia del Derecho positiva en una relación similar a la de los idiomas antiguos con la civilización general; esto es, constituye el elemento propiamente erudito, en virtud del cual nuestra disciplina se convierte en ciencia, y al mismo tiempo constituye lo común entre los juristas de todos los pueblos¹⁰⁸. Esta opinión, que, sin duda, es la de la misma comisión de estudios¹⁰⁹, merece ciertamente el mayor aplauso; solo me asalta la duda de que los medios elegidos sean adecuados para este fin reconocido. En realidad, el profesor de Derecho romano debería empezar por una historia del mismo, procurando que el alumno “conozca el sistema en sus rasgos fundamentales y en sus fuentes”¹¹⁰; únicamente que en el limitado tiempo prescrito es completamente imposible ver algo más que las instituciones corrientes, ya que para toda la asignatura se ha fijado un curso semestral de dos horas diarias (según los avisos escritos, nueve horas semanales), o sea, exactamente el mismo tiempo que en París. Todo el mundo podrá calcular fácilmente lo que es posible hacer en tan breve tiempo; también ha aparecido ya un libro de texto para las clases según este plan¹¹¹, en el cual se ve claramente cuán insatisfactoria tiene que ser esta enseñanza, y ciertamente sin culpa del autor, cuya diligencia y cuyo conocimiento de los nuevos progresos de la ciencia del Derecho merecen el mejor elogio. Para convencerse de la insuficiencia de este plan bastaría consultar imparcialmente la experiencia de otros países alemanes, para lo cual no faltarían medios con otra organización, y menos aún faltaría tiempo. El plan está calculado de tal manera que cada estudiante reciba diariamente tres horas de clase; si en lugar de tres, se pusieran cinco horas, en cuatro años se ganarían 16 cursos sencillos y se podría asistir no solo al estudio erudito de todas las asignaturas indispensables, sino también a las clases principales de varios profesores, con lo cual se daría por primera vez una verdadera vida a la enseñanza en las universidades. En realidad, se creía que para esa localidad eran demasiado

107 HESS, § 13.

108 HESS, § 16.

109 Véase *supra*, p. 84, nota 105.

110 HESS, § 40, 41.

111 KAUFMANN, *Anfangsgründe des Römischen Privatrecht*, parte I, Wien/Trieste, 1814.

cinco horas diarias, ya que, por ejemplo, costaría mucho esfuerzo escuchar ininterrumpidamente durante tres horas¹¹²; pero aquí me remito también a la experiencia de otras universidades alemanas, donde esto no ha causado nunca la menor dificultad. No quiero hablar de que hay universidades donde muchos estudiantes dan diariamente diez u once horas de clase, porque esto está reconocido, incluso allí, como un abuso muy perjudicial, contra el cual se intenta trabajar.

En los Estados prusianos no se ha prescrito nunca una organización de los estudios, ni siquiera después de la introducción del Código civil, y esta libertad de las universidades alemanas, acreditada por una antigua experiencia, ha permanecido siempre incólume. Incluso el número de profesores que era necesario antes, en virtud del Derecho común, no ha sido disminuido, y los curadores de las universidades no han promovido entre los profesores o entre los estudiantes la opinión de considerar superflua una parte de las clases que antes se consideraban necesarias. Originalmente, se consideró aconsejable que en cada universidad se estableciese, cuando menos, una cátedra principal para el Derecho prusiano, y se fijó un premio considerable para el mejor libro de texto¹¹³. Pero en lo sucesivo ya no se favoreció esto, por lo que la Universidad de Berlín no ha enseñado hasta ahora Derecho prusiano. La misma opinión sirvió de base a la introducción de los exámenes, puesto que el primer examen que se hace para el ingreso a los estudios prácticos está orientado simplemente hacia el Derecho común; el período inmediato se destina a la formación práctica inmediata del juriconsulto¹¹⁴, y solo los dos exámenes siguientes tienen también por objeto el Código prusiano, pero sin excluir por ello al Derecho común. Es, pues, evidente que la formación actual del jurista, que consta de dos mitades, está concebida de manera que la primera mitad (en la universidad) está dedicada a la base científica, y, en cambio, la segunda tiene por cometido el conocimiento del Código civil y del procedimiento prusiano, así como el manejo práctico de los mismos. Aun cuando la primera mitad no haya sido abreviada, por comodidad, no se ha sentido la preocupación de promulgar una organización especial de los estudios, pero se ha procedido justamente, en primer lugar, en virtud del trienio prescrito¹¹⁵, con arreglo al

112 EGGER, Apéndice a Hess, p. 93.

113 Advertencia preliminar al Proyecto del Código, parte 2, sec. 3.

114 Sobre esto hay un artículo muy aleccionador del ministro de Justicia VON KIRCHHEISEN, en MATHIS, *Jurist. Monatsschrift*, vol. 4, p. 65.

115 Los Rescriptos sobre esta materia de 1804, 1809 y 1812 se encuentran en los lu-

cual el empleo de este tiempo se deja a la propia elección y al juicio de los profesores; y en segundo lugar, mediante el reglamento para la admisión al servicio del Estado, que toma también en consideración el certificado de los profesores de la universidad e incluso el certificado escolar anterior¹¹⁶. No hay más que pensar con cuánta seriedad y esfuerzo se ha hecho el Código prusiano, para sentir todo el respeto que merece este procedimiento del gobierno prusiano. Porque aun estando firmemente convencido de que sus innovaciones significaban un progreso incondicional, se ha abstenido, sin embargo, con noble horror, de imponer por decreto la costumbre científica firmemente arraigada, que había nacido y se había desarrollado paulatinamente a consecuencia de la necesidad y la mentalidad de los tiempos. También merece una honrosa mención el profundo sentido de la Audiencia (*Kammergericht*), por cuya iniciativa, adoptada en el año 1801, se recomendó a las facultades de Derecho el uso de libros de texto latinos, pues, desde la introducción de libros de texto alemanes, los juristas estaban menos familiarizados con el lenguaje técnico jurídico¹¹⁷; y este fin podía, evidentemente, ser alcanzado mediante las fuentes mismas con mayor seguridad y de una manera más plena que mediante libros de texto. Por lo que se refiere especialmente a las lecciones sobre el Código civil prusiano, creo desde luego que, en la situación actual, sería mejor no darlas, puesto que para las necesidades prácticas basta con el ejercicio posterior, mientras que, por otra parte, el captar la materia desde el punto de vista científico puede ser difícil por falta de fuentes históricas especiales. Tal vez sería de otra manera si se cumpliese el deseo expresado anteriormente de que se realizase una comunicación pública de los materiales del Código prusiano.

Si consideramos ahora nuevamente los tres códigos mencionados en conjunto y con especial relación al estudio del Derecho, es evidente que de ellos no puede emanar una vida científica peculiar, y que, junto a ellos, solo puede mantenerse vivo el espíritu científico en la medida en que permanezcan siendo objeto de todos los estudios jurídicos las fuentes históricas de estos códigos. Lo mismo tendría que ocurrir, indefectiblemente, si se quisiera implantar un código para toda Alemania. Thibaut, que aconseja esto, no quiere suprimir el carácter científico de la codificación, como resalta claramente de

gares siguientes: MATHIS, *Jurist. Monatsschrift*, vol. 1, pp. 56, 61; vol. 8, pp. 352, 462; KAMPTZ, *Monatsschrift*, vol. 1, p. 18.

116 Rescripto de 1813, en KAMPTZ, *Monatsschrift*, vol. 3, p. 14.

117 STENGEL, *Beyträge*, vol. 13, pp. 214, 218.

su obra, y más bien espera del mismo una gran ganancia. Ahora bien: no dice claramente cuál deba ser la base de los futuros estudios de Derecho, si (como en Prusia) las fuentes antiguas, o (como en Francia y Austria) el nuevo código mismo, pero parece que su opinión es más bien la última¹¹⁸. Pero si esto es así, pido a todo el mundo que reflexione si sería posible tal vez fundar una ciencia del Derecho realmente viva sobre uno de los tres nuevos códigos vigentes, independientemente de las fuentes del Derecho que han regido hasta ahora y de estos mismos códigos. Pero quien no reconozca esto como posible, tampoco podrá afirmarlo para el código propuesto. Porque, por las razones antes desarrolladas, considero completamente imposible que el código propuesto resulte distinto de los códigos existentes hasta la fecha, y no me refiero a la diversidad derivada de evitar simplemente defectos aislados (lo cual puede pensarse, desde luego), sino a que sean genéricamente diversos; pero aun sin tal diversidad genérica, la ineptitud de ese código para servir de base a una ciencia del Derecho sustantiva será siempre la misma. Lo que sucedería entonces puede predecirse fácilmente. O no tendríamos ninguna literatura jurídica, o (lo que es más probable) tendríamos una literatura jurídica tan superficial, de tan mala calidad y tan insoportable como la que había comenzado a inundarnos bajo el dominio del *Code*, a consecuencia de la cual comenzaríamos a sentir todos los inconvenientes de una situación culta, intrincada y edificada sobre una necesidad literaria, sin ser resarcidos por las ventajas que le son peculiares. Pues bien: para decirlo todo en pocas palabras, podría suceder fácilmente que la situación del Derecho civil entre nosotros se hiciese aún peor que en Francia; porque el afán por la fundamentación científica no se cuenta entre las necesidades nacionales de los franceses, pero sí se cuenta entre las nuestras, y una necesidad tan profundamente arraigada no se puede desatender impunemente.

Por el contrario, si se quisiera fundar la ciencia del Derecho sobre las fuentes antiguas, aun junto al nuevo código, aparecerían las dificultades indicadas más atrás¹¹⁹, y en vez de simplificar el estudio, quedaría más embrollado y menos provechoso, y se trabajaría, por tanto, en la dirección justamente opuesta al verdadero fin. Acaso podría creerse que el resultado sería el mismo que tenemos realmente a la vista en un procedimiento análogo en los Estados prusianos, donde el personal de la administración de justicia es ciertamente

118 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, pp. 29-32.

119 Cap. 8.

excelente y goza un merecido respeto general; pero incluso esta esperanza la considero una vana ilusión. Porque aquí no se deben pasar por alto dos circunstancias, que en otros países han demostrado poder conducir fácilmente a un resultado desfavorable: en primer lugar, que el carácter general de las instituciones prusianas armoniza también con esta institución singular y mantiene su realización en buenas condiciones, lo que difícilmente se mostraría en otros países alemanes; y en segundo lugar, lo que es mucho más importante, que incluso en los Estados prusianos la situación del Derecho resultaría distinta que en los demás países alemanes, como consecuencia del código propuesto. Porque la formación de los juristas prusianos se cimenta en las universidades y, por tanto, a través de las fuentes del Derecho común; el estudio en las universidades forma, pues, un todo único con los demás alemanes. Pero lo que no puede determinarse es cuánta fuerza vital atrae todavía este estudio, teniendo en cuenta que sus fuentes constituyen Derecho vigente en el resto de Alemania, ni con qué lentitud disminuiría su vigor y su vida si estas fuentes dejaran de estar en vigor inmediatamente en todas partes. Entonces, a consecuencia del Código alemán, perdería vigor este estudio incluso en los Estados prusianos, y contra este mal, que hay que temer, no puede darnos evidentemente seguridad la experiencia que hasta ahora ha tenido el Estado prusiano.

10

LO COMÚN

La consecuencia de estas opiniones es que el estudio científico del Derecho, al que incumbe toda la conservación y el perfeccionamiento del mismo, tiene que ser igual en unos y otros países, esto es, en los que tienen código y en los que no lo tienen. Y esta comunidad no la limito yo al Derecho común tan solo, sino que tiene que extenderse también a los Derechos de los países, por dos razones. Primeramente, porque los Derechos de los países solo pueden ser comprendidos en su mayor parte mediante la comparación y la referencia a las antiguas raíces nacionales; en segundo lugar, porque todo lo histórico de los países alemanes singulares tiene de por sí un interés natural para toda la nación. Nadie negará que los Derechos de los países han sido tratados de este

modo, por lo menos hasta ahora¹²⁰; pero muchos motivos hacen esperar para el futuro una participación más general en la historia patria, con lo cual se activará también el estudio de los Derechos de los países, pues ni ellos ni el Derecho común deben ser relegados a la categoría de simple herramienta de un oficio manual. Y así, nuestra opinión conduce, por otro camino, al mismo fin que persiguen los partidarios del código general, que es hacer del Derecho civil un asunto común de la nación, dando con ello al mismo tiempo una nueva consolidación a su unidad; pero nuestra opinión conduce a este fin de una manera más plena, puesto que abarca de hecho a todos los países alemanes, mientras que mediante el propuesto código quedaría Alemania dividida en tres grandes grupos de países, a los que el Derecho civil separaría de una manera aún más tajante que antes, los cuales serían Austria, Prusia y los países del código¹²¹.

Ahora bien: el que esta comunidad del Derecho civil sea reconocida en todas sus instituciones efectivas lo considero yo como uno de los asuntos más importantes de la nación, a causa de la unificación que, mediante ella, se está fundamentando. Así como no hay un idioma ni una literatura prusiana o bávara, sino que tanto la lengua como la literatura son alemanas, así sucede también con las fuentes originarias de nuestro Derecho y con la exploración histórica de las mismas; y el ser esto así no es obra del arbitrio de ningún príncipe: nadie puede impedirlo y únicamente puede ser reconocido; pero todo error acerca de lo que corresponde verdaderamente a la nación y de lo que es tratado erróneamente como propio de la parte singular acarrea daños.

Pues bien: si miramos en torno nuestro, en busca de un medio en virtud del cual pueda ser externamente fundado y estimulado este estudio común, encontraremos uno que no es producto del arbitrio, sino que está preparado desde hace siglos en las universidades, en respuesta a las necesidades de la nación. La profunda cimentación de nuestro Derecho, y sobre todo del Derecho patrio, en el que aún queda mucho por hacer, hay que esperararlo de ellas,

120 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, pp. 27, 28.

121 En efecto, las propuestas actuales para un nuevo código han sido ocasionadas exclusivamente por la situación de los países donde regía hasta ahora el Derecho común o el *Code*, y yo he admitido tácitamente que la propuesta misma no va más allá de esta causa que la ha motivado. Si se han de incluir en ella también a Austria y Prusia, esta integridad sería desde luego muy laudable desde el punto de vista político, pero para estos países habría que tener muy en cuenta lo que se ha dicho anteriormente (cap. 8), en otro respecto, contra la derogación de sus códigos.

pero también hay que exigírselo con seriedad. Sin embargo, para que fuesen totalmente suficientes para esta misión, tendría que cumplirse un deseo, en el cual coinciden ciertamente de todo corazón incluso aquellos que se han opuesto hasta ahora a nuestra opinión. Austria, Baviera y Württemberg, esas excelentes y genuinas ramas alemanas, no mantienen con el resto de Alemania (en parte desde hace tiempo, en parte actualmente) esa comunicación multilateral de la enseñanza universitaria que tan grandes ventajas reporta a los demás países; esta comunicación está obstruida en parte por la costumbre, en parte por leyes restrictivas. La experiencia de este último tiempo ha demostrado cuánta confianza podían albergar entre sí los pueblos alemanes y hasta qué punto está su salvación en la unificación más íntima. Por ello parece llegado el momento en que esa comunicación sea no solo permitida con entera libertad, sino favorecida y fomentada por todos los medios; nadie puede considerarla ahora peligrosa y a todos parecerá evidente lo beneficiosa que puede ser para la confraternidad de los pueblos. Pero esta comunicación sin restricciones y multilateral no solo es sumamente importante en un sentido meramente político, sino que lo es aún más para el valor intrínseco y científico de los mismos establecimientos docentes. Así como en un régimen de comercio general de ámbito mundial no podría mantenerse un vicioso sistema monetario de algún Estado singular, sin que pronto se sintieran y se descubrieran sus malas consecuencias, así también una organización defectuosa de alguna universidad singular pronto podría ser reconocida y corregida, en virtud de esta ansiada comunicación; todas las universidades se apoyarían y estimularían recíprocamente, y la experiencia de una de ellas se convertiría en patrimonio común de todas.

LA PROPUESTA DE THIBAUT

Thibaut asegura, en la introducción a su obra, que él habla como ardiente amigo de su patria, y ciertamente tiene derecho a decir esto. Porque durante la época del *Code* sostuvo, en una serie de recensiones, la dignidad de la jurisprudencia alemana, en tanto que muchos aplaudían con insensato regocijo la nueva sabiduría, y otros muchos incluso la dominación a la que esta conducía. Así mismo, la finalidad de su propuesta, que era una unificación más firme y

más íntima de la nación, corrobora este buen sentimiento, que yo reconozco con alegría. Hasta este punto estamos, pues, de acuerdo, y por lo mismo nuestra controversia no es hostil, ambos aspiramos de todo corazón al mismo fin, y solo deliberamos y debatimos acerca de los medios. Pero indudablemente en cuanto a estos medios, nuestras opiniones son muy contrarias. Mucho de esto ya se ha tratado anteriormente, en el texto de esta obra, quedando solamente por examinar la propia propuesta de Thibaut.

Thibaut admite que el código propuesto podría hacerse en dos, tres o cuatro años¹²², no como un mero subterfugio, sino como una obra con todos los honores, que pueda ser heredada como una reliquia por nuestros hijos y los hijos de nuestros hijos¹²³, y que incluso en el futuro solamente habría que enmendarla en lugares aislados¹²⁴. Y no es que este trabajo lo considere en modo alguno como fácil, pues más bien lo tiene como el asunto más difícil de todos¹²⁵. Naturalmente, la cuestión capital es quién debe hacer esta obra, y por ello es sumamente importante que no nos dejemos engañar por esperanzas exageradas del presente y calculemos, de una manera sosegada e imparcial, cuáles son las fuerzas que están a nuestra disposición. Esto lo ha hecho también Thibaut; tenemos que contar con dos clases de trabajadores: los hombres de negocios y los juristas de vocación erudita, y Thibaut reclama evidentemente la ayuda de ambos. Pero respecto de los hombres de negocios en particular, su esperanza es muy moderada¹²⁶, e incluso en los eruditos no pone, según algunas de sus expresiones, una esperanza exagerada¹²⁷. Por ello pide un trabajo colegiado: no de uno, ni de unos pocos, sino de muchos, debiendo hacerse el código con la colaboración de todos los países¹²⁸.

Evidentemente, hay asuntos en la vida en los que seis hombres hacen exactamente seis veces más que uno, otros en los que hacen incluso más, pero también hay otros en los que, por el contrario, los seis hacen menos que uno. El código es un trabajo tal, que en él la fuerza unida de muchos no representaría en modo alguno una fuerza incrementada en proporción al número de estos. Es más, de esta manera no podrá nacer una obra loable y excelente, y

122 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 64.

123 *Ibid.*, pp. 59, 60.

124 *Ibid.*, p. 41.

125 *Ibid.*, p. 35.

126 *Ibid.*, pp. 36-39.

127 *Ibid.*, pp. 17, 29.

128 *Ibid.*, pp. 35, 36, 40.

ello por la sencilla razón de que tal obra, por su naturaleza, no es ni una determinación singular ni un agregado de tales determinaciones singulares, sino un todo orgánico. Un colegio de jueces, por ejemplo, es posible, porque en cada caso singular pueden emitirse y contarse los votos sobre la condena o la absolución. Pero es evidente por sí mismo que esto no tiene ninguna analogía con la elaboración del código. Vuelvo ahora sobre una cosa que se explicó ya más atrás. Entre los romanos, en la época de Papiniano, el código era posible, porque toda su literatura jurídica constituía un todo orgánico: podría decirse (empleando una expresión técnica de los juristas modernos) que entonces los juristas singulares eran personas fungibles. En una situación semejante, había incluso varios caminos que podían conducir a un buen código; podía haberlo uno solo y los demás podían corregirle después los defectos singulares, lo cual era posible porque de hecho cada jurista singular podía valer como representante de su formación jurídica en general; o bien podían varios de ellos elaborar el todo, independientemente el uno del otro, y después, mediante la comparación y la combinación de estas obras, nacería una nueva, más completa que cada una de las que la integran, pero semejante a todas ellas.

Yo pido ahora a todos que comparen esta situación con la nuestra, la cual es aquí completamente contraria a aquella. Y para comenzar por lo menos importante, que elija en su pensamiento un número de juristas aún vivos y se pregunte si de su trabajo en común podría haber salido aunque solo fuera un sistema del Derecho vigente; pronto se convencería de que esto sería totalmente imposible. Y ciertamente nadie negará que un código es una obra mucho mayor y a la que hay que exigirle un grado superior de unidad orgánica. De hecho, pues, si el código no ha de ser una mera composición mecánica inanimada y por lo mismo plenamente condenable, no puede ser hecho por ese colegio, sino solamente por un individuo; los demás solo podrían prestar servicios subordinados, dando su consejo y parecer en las dudas que se presenten o tratando de depurar la obra ya terminada, mediante el descubrimiento de defectos aislados. Pero quien esté conforme en esto conmigo, tiene que dudar de su posibilidad en la época actual; porque es completamente imposible encontrar a ese legislador único y verdadero, pues dada la completa heterogeneidad de la formación individual y de los conocimientos de nuestros juristas, ninguno de ellos, individualmente, puede considerarse como representante del género.

Quien después de estas consideraciones crea todavía en la posibilidad de una elaboración realmente colegial del código, no tiene más que leer las dis-

cusiones del Consejo de Estado francés, que Thibaut ha descrito tan admirablemente¹²⁹, aunque sea en una sola sección. Yo no dudo que en muchos puntos nuestras discusiones serían mejores; pero aun a riesgo de hacerme culpable de parcialidad por los franceses, no puedo ocultar el convencimiento de que en otros aspectos las nuestras quedarían muy detrás de este modelo.

Se ha exigido con frecuencia que un código ha de ser popular, y el mismo Thibaut ha tratado una vez de este requisito¹³⁰. Rectamente entendido, este requisito debe ser admitido. El lenguaje, que es el medio más eficaz para que un espíritu entre en comunicación con otro, obstruye y restringe también de muchas formas esta comunicación espiritual; con frecuencia, la mejor parte del pensamiento resulta absorbida por este medio, debido a la ineptitud del que habla o del que escucha. Pero mediante la disposición natural o mediante el arte, este medio puede ser dominado de tal manera que deje de ser obstáculo la ineptitud de ambas partes. Entonces el pensamiento pasa por encima de las diferencias de índole y de formación de los individuos oyentes y los apresara en el punto medio espiritual común. Con ello los elevados quedan satisfechos, mientras que para los inferiores todo resulta claro; ambos ven el pensamiento por encima de sí como algo superior, formativo y asequible para ambos. En alguna parte había una imagen milagrosa de Cristo que tenía la propiedad de ser un palmo más alta que el hombre más alto que se colocara a su lado; pero si venía un hombre de estatura media o baja, la diferencia era, sin embargo, la misma, no mayor. Este estilo popular ingenuo y único lo vemos en nuestras mejores crónicas (para hablar solamente de nuestra literatura autóctona), pero puede aparecer también de muchas otras maneras. Si volvemos a encontrarlo alguna vez, entonces serán posibles muchas cosas buenas, entre otras una buena historiografía y, entre otras también, un código popular.

12

CONCLUSIÓN

Resumiré una vez más en breves palabras dónde coincide mi opinión con la de los partidarios de un código y dónde se separan ambas opiniones.

129 Véase *supra*, p. 43.

130 THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 23.

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

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

Las palabras de uno de los alemanes más insignes del siglo XVI parecen haber sido pronunciadas en nuestra época¹³¹:

“Nam mihi ascipienti legum libros, et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella mitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum... Non igitur deterreamur periculis, non frangamur animis... nec possessionem studii nostri deseramus. Itaque Deus flectat animos principum ac potentum ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optare bonos et prudentes. Nam hac remota, ne dici potest quanta in aulis tyrannis, in judiciis barbaries, denique confusio in tota civili vita secutura esset, quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus”.

¹³¹ MELANCHTON, *Oratio de dignitate legum*, en *Select. declamat.*, t. 1, Servestae, 1587, p. 247; y *Or. de vita Irnerii et Bartoli*, t. 2, p. 411.

ANEXO I

Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos

Por SAVIGNY

(Reproducido de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, editada por F. C. von Savigny, E. F. Eichhorn y J. F. L. Göschen. Vol. 3, fascículo 1, Berlin, 1817, pp. 1-52).

El sostener una controversia científica con animación y participación general, junto a grandes ventajas, suele llevar consigo también peligros no pequeños. Ciertamente favorece a la verdad el que, frente a determinados adversarios, cada opinión se configura de una manera más completa y se fundamenta de una manera más firme, pero el contendiente pierde muy fácilmente la ecuanimidad, que es lo único que puede permitir hacer justicia en todas sus partes y en todos sus giros, tanto a la opinión propia como a la ajena. Así, sucede a menudo que en la misma medida en que los objetos se hacen más claros, se enturbia la potencia visual de aquellos precisamente por quienes debe ser dirigida y determinada la opinión de los demás.

Estas consecuencias, buenas y malas, pueden haber tenido lugar también en la controversia que se ha sostenido desde hace algunos años sobre la cuestión de cómo tienen que tratar convenientemente nuestros Estados alemanes el Derecho civil. Pero ¿qué es lo que puede hacerse aquí? ¿Debemos callar, para que las pasiones se apacigüen y se calmen, hasta que todos se sientan indiferentes acerca de la cuestión? De ninguna manera. Pero debemos reflexionar cuidadosamente sobre el peligro antes mencionado y ser rigurosos con nosotros mismos y con los demás. Porque tanto en la opinión propia como en la contraria puede distinguirse muy bien lo que forma parte de ella, por su propia naturaleza, de aquello que le ha añadido la parcialidad. En todas partes donde se eluda o se silencie una debilidad de la opinión propia o una solidez de la ajena, ya no es la opinión la que habla o calla, sino la parcialidad, y por inconscientes que podamos estar del juego a que esta parcialidad nos conduce, el juego es siempre reprochable en sí y haremos bien en rastrearlo en todas partes, tanto en nosotros mismos cuanto en nuestros adversarios.

Este prólogo debería indicar el punto de vista desde el cual desea ser contemplado el artículo que sigue. En este artículo se pasará revista a las distin-

tas opiniones y manifestaciones que se han expresado públicamente sobre la cuestión, desde la primera aparición de mi obra (1814), empresa en la cual no me comprometo, sin embargo, a una integridad absoluta ni a seguir un orden cronológico estricto.

*A. Opiniones en favor de los códigos nuevos*¹

1. THIBAUT

“Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”, 2.^a ed. en *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1814, pp. 404 ss.

Heidelbergische Jahrbücher:

1814, pp. 929 ss.

1815, pp. 625 ss. y 657 ss.

1816, pp. 193 ss.

Se comprende por sí mismo que aquí se repitan y se ratifiquen las anteriores afirmaciones del autor acerca de la deseable unidad del Derecho en toda Alemania, de la necesidad de nuevos códigos, etc. Aquí solamente deberán destacarse aquellas manifestaciones que, o bien son nuevas, o bien pueden dar ocasión a nuevos desarrollos.

Así, pues, se combatirá ahora la opinión según la cual el Derecho debe tener una naturaleza inmutable, inalterable: el Derecho, se dice, ha sido en todos los tiempos más bien mudable, y sería perjudicial querer sujetarlo ahora firmemente². Pero la inalterabilidad del Derecho no ha sido, en realidad, afirmada nunca. Tampoco el cuerpo humano es inmutable, sino que crece y se desarrolla incesantemente; y así, yo considero al Derecho de cada pueblo como un miembro del cuerpo del mismo, pero no como un vestido que se ha hecho arbitrariamente y que de manera igualmente arbitraria puede quitarse y cambiarse por otro.

El autor abre una nueva perspectiva sorprendente a la historia del Derecho. Tan pronto como nos liberáramos de la necesidad del Derecho común, la historia del Derecho no se limitaría ya, en opinión del autor, a un pueblo singular, podría abarcar a todos los pueblos. “Porque la verdadera historia del Derecho viva (dice el autor) no es la que posa la mirada encadenada sobre la historia de un pueblo, rebusca egoístamente entre todas estas nimiedades y

1 La extensa obra de la que forma parte esto (por Gönner) ya ha sido anunciada anteriormente en esta revista (volumen 1, pp. 373 ss.)

2 *Heidelb. Jahrb.*, 1815, p. 659.

con su micrología de la disertación se asemeja a un gran práctico en el *et cetera*. Así como a los viajeros europeos, que quieren impresionar fuertemente su espíritu y saber volver del revés lo más íntimo suyo, se les debía dar el consejo de buscar su salvación solamente fuera de Europa, así también nuestras historias del Derecho, para hacerse verdaderamente pragmáticas, deberían abarcar extensa y vigorosamente las legislaciones de todos los demás pueblos, antiguos y modernos. Diez ingeniosas lecciones sobre la ordenación jurídica de los persas y los chinos despertarían en nuestros estudiantes más sentido jurídico verdadero que cien sobre las lamentables chapucerías a las que sucumbió el orden de sucesión *ab intestato* desde Augusto hasta Justiniano”³. Esta exigencia de una historia del Derecho universal ha sido expresada ya antes con mayor detalle por Feuerbach⁴. Hay algo de verdad en esta opinión, pero tal como ha sido expuesta por Feuerbach, y aún más por Thibaut, tiene que inducir a un grave error. En primer lugar, ninguna confusión es más nociva que la de la micrología con el conocimiento del detalle especial. En efecto, todo hombre razonable tiene que apreciar en poco la micrología, pero el conocimiento exacto y riguroso del detalle es tan imprescindible en toda historia que más bien es lo único que puede asegurar su valor a la misma. Una historia del Derecho que no esté basada sobre una investigación a fondo de lo singular, no puede dar, bajo el nombre de opiniones más amplias y vigorosas, más que un razonamiento general y superficial sobre hechos semiciertos, y semejante procedimiento lo considero yo tan vacío e infructuoso que a su lado me inclino por un empirismo completamente en bruto. De aquí se sigue, cuando menos, que podría ahorrarse para la historia del Derecho romano y para la del Derecho alemán el tiempo y la energía que habría que emplear en el Derecho persa y el chino. Pero además hay que considerar que, para la mayoría de los pueblos y de los tiempos, tiene que faltar todo material histórico aprovechable. En general, podemos tener buenas noticias de la situación de un pueblo, mientras que sobre la Constitución y el Derecho civil del mismo sabemos muy poco cierto; ello se debe a que estas materias exigen una mirada habituada, y quien emprenda su exposición sin tal requisito, casi siempre pasará por alto lo propiamente verdadero y aleccionador, como descubrimos no solo en narradores de viajes, sino incluso en historiadores autóctonos, quienes, por falta de conocimientos técnicos, confunden

3 *Civilist. Abhandl.*, p. 433.

4 Prólogo a los *Juristische Abhandlungen* de Unterholzner, Munich, 1810, pp. XII-XVII.

al lector en vez de ilustrarlo. Finalmente, tengo que protestar especialmente contra la imparcialidad, en virtud de la cual la historia del Derecho de todos los pueblos se expone de una manera aproximadamente igual de interesante y de aleccionadora. Prescindiendo de que tanto aquí como en otras cosas el virtuosismo de muchos pueblos significa una diferencia no pequeña, del modo en que, por ejemplo, la contemplación de las obras de arte griegas desarrollará más el sentido del arte que la contemplación de las obras de arte chinas; prescindiendo de esto, hay otra diferencia completamente decisiva. También aquí redundan todo en torno a la cuestión fundamental de si (como yo creo) el Derecho, que ha nacido con una nación, y el que originalmente era extraño, pero que ha vivido en ella durante muchos siglos, se ha convertido en un fragmento de su propio ser, o si (según la teoría del adversario) cada momento puede y debe preguntar qué Derecho debe regir en el momento siguiente, de tal manera que en esta consideración deben quedar extendidos ante nosotros los códigos de todos los tiempos y de todos los pueblos, para elegir el que nos dicte nuestro arbitrio, sin preferencias de uno sobre otro. Desde mi punto de vista, habría que atribuir a la historia del Derecho de los diferentes pueblos una importancia muy desigual. En efecto, la más importante es y sigue siendo la historia de los Derechos que nos pertenecen a nosotros, es decir, del Derecho germánico, del Derecho romano y del Derecho canónico; pero aquí hay que tener presente que, científicamente, el Derecho germánico no se limita al derecho vigente en Alemania, sino que abarca más bien el de todas las ramas germánicas. Pero los Derechos de naciones completamente extrañas tienen, a su vez, un interés muy desigual para nosotros, según que la situación de estos pueblos tenga mayor o menor afinidad con la nuestra, de manera que para nosotros el Derecho de todas las naciones europeas cristianas de origen no germánico, prescindiendo de este origen extraño, es mucho más interesante que los Derechos de los pueblos orientales. *Pero se comprende por sí mismo que aquí se habla solamente de un grado diferente de interés, y que desde luego ningún conocimiento de esta especie, por más efectivo que sea, debe ser menospreciado.* Si estas opiniones son correctas, se sigue de ellas que en nuestra manera de tratar la historia del Derecho tiene lugar, evidentemente, un defecto muy sensible, toda vez que el Derecho de las distintas naciones europeas, especialmente el de las de origen germánico, no debía ser descuidado. Porque, en primer lugar, es posible hacer más vivo y fructífero este conocimiento y, en segundo lugar, está tan próximo a nuestra propia situación jurídica, que esta solo puede conocerse bajo todos los aspec-

tos en conexión con el mismo. Sería de desear que en nuestras universidades no faltara la ocasión para tales lecciones y que los gobiernos seleccionaran y mantuvieran para este fin hombres jóvenes capaces. Pero tendría que ser requisito indispensable el que tales hombres se hubieran formado no simplemente mediante un estudio a fondo de las fuentes, sino, al propio tiempo, mediante la permanencia en Inglaterra, Dinamarca, Suecia, etc., con solo lo cual habrían ganado vida y claridad sus conocimientos. Es evidente cuánto ganaría también la historia de los pueblos con esta ampliación de la historia del Derecho; pero también Thibaut, y todo el que espere de la legislación toda la salvación, tendría que estar de acuerdo con este deseo. Porque también para la legislación sería ciertamente una ventaja esencial el que trabajaran en esto hombres que hubiesen ampliado su horizonte mediante una visión tan multilateral del Derecho.

Thibaut ha llamado varias veces la atención sobre el hecho de que el volumen del material que tenemos que elaborar crece constantemente y que siempre se hará más difícil, y en ciertos detalles imposible, elaborarlo, tanto por lo que se refiere a las fuentes cuanto en lo referente a la literatura⁵. Esta queja está fundada, y todo aquel que trabaje a conciencia se sentirá con frecuencia oprimido por esta situación. Pero ¿cómo ha sido posible pasar por alto que precisamente esta situación obstaculiza también la sólida redacción de nuevos códigos, siendo, por tanto, una importante razón contra la exigencia de Thibaut de un código general? Nosotros no podemos atrevernos a querer decidirlo todo admirablemente mediante buenas ocurrencias, y en una esfera que se ha perfeccionado tanto en el detalle como el Derecho civil, no podemos prescindir del buen consejo de los contemporáneos y de los antecesores, lo cual tampoco es la opinión de Thibaut. Pero en aquella situación de las fuentes y de la literatura puede suceder muy fácilmente que se nos escape en muchos aspectos la única opinión correcta, hace tiempo hallada (que no siempre es la dominante ni la más conocida), no porque desconozcamos su justicia, sino exclusivamente porque la casualidad no nos la puso delante de la vista. Si queremos ser sinceros, tenemos que admitir que la situación anteriormente observada no da nuevo peso a ninguna de las dos opiniones, porque para las dos es igualmente incómoda y molesta. Por ello parece aconsejable que olvidemos nuestra controversia y deliberemos fraternalmente cómo podría remediarse el mal, que nosotros no lo hemos originado ni somos responsables de él. Al final de este artículo expondré mis pensamientos sobre este punto.

5 *Civilist, Abhandl.*, p. 416. *Heidelb. Jahrb.*, 1814, p. 940.

Muchas de las nuevas manifestaciones de Thibaut merecen una aprobación sin reservas. Así, por ejemplo, este pasaje: “Si nuestros gobernantes alemanes vuelven a poner en movimiento esta cuestión pobremente, como ya han hecho antes con tantos asuntos de Estado importantes, yo sería con gusto el primero en atacar la nueva obra con una enérgica reprensión”⁶. Y lo mismo el deseo de que, a falta de un código alemán general, sería preferible que se hiciera un código por varios Estados conjuntamente a que cada Estado hiciese un código por separado. “No solo hace esto aconsejable en el más alto grado el tráfico civil, sino también la circunstancia de que rara vez un país alemán singular está en situación de instituir un derecho civil completo mediante las fuerzas de sus propios jurisconsultos”⁷.

Ahora se explica Thibaut algo más claramente acerca de la manera como él concibe la cooperación colegial en la redacción de un código: debe votarse sobre cuestiones singulares presentadas⁸. Evidentemente, esto es muy comprensible, pero de esta manera no nace ningún libro. La cuestión principal es y sigue siendo la redacción del todo, y esta debería recaer siempre en un individuo, aun cuando después pueda ser revisada y mejorada por otros.

Thibaut sospecha que en Alemania no se aprobará ningún código general y que más bien cada país establecerá su propio Derecho particular (lo cual sería, indudablemente, el resultado más triste). “Naturalmente, añade él, con eso también se va a pique la ciencia del Derecho, y a los amigos de la ciencia que ahora luchan en favor de lo antiguo se les puede decir una vez más lo que tan a menudo hay que decir: ¡Dios nos libre de nuestros amigos!⁹. Esto suena casi como si las voces que se han levantado en contra de un código general hubiesen impedido la redacción del mismo y hubiesen originado, en cambio, una propensión por los códigos especiales. Bien puede quedar esto en una mera expresión, porque nadie afirmará en serio que, sin esas voces, se habría aprobado probablemente un código general. El afán de muchos gobiernos por apartar de sí todo lo común difícilmente ha sido originado por esas obras, pues aun cuando esas obras hubieran llegado efectivamente a su conocimiento y hubieran obtenido su aplauso, lo que es muy de dudar, su influencia en este caso habría consistido en impedir, ante todo, a los demás la fijación arbitraria de los Derechos particulares de los Estados singulares.

6 *Heidelb. Jahrb.*, 1814, p. 938.

7 *Heidelb. Jahrb.*, 1816, p. 200.

8 *Ibíd.*, pp. 198-200.

9 *Ibíd.*, p. 200.

2. FEUERBACH

Prólogo a la obra de NEPOMUK BORST, *Die Beweislast im Civilprozess*, Bamberg/Leipzig, 1816.

En estas pocas palabras –dice Feuerbach– no debería intentarse la decisión ni la mediación de la controversia; pero él considera justo y bueno que cada uno pronuncie públicamente sus sentimientos en una cuestión semejante¹⁰, a cuya manifestación dará ciertamente su aplauso toda persona ecuánime. Feuerbach está de acuerdo conmigo y tiene como algo nunca puesto en tela de juicio el “que todo depende del desarrollo y la exposición del Derecho popular, que ha pasado a la vida de la nación” (p. XVI). Solamente encuentra incomprensible qué es lo que la historia tenga que ver con la exploración de este Derecho dado, que vive en el pueblo. “La historia explica cómo ha llegado a ser algo sucesivamente; pero la historia no enseña cómo y qué es ese algo. Lo que pertenece a la historia se ha extinguido ya de la vida”, etc. (p. XVII). Esta visión de la historia es muy extraña. Porque ¿es posible comprender el presente de una situación orgánica de otra manera que en conexión con su pasado, es decir, de una manera genética? El eminente autor expresa esto así: “De lo que alguna vez ha regido como Derecho se ha originado el Derecho ahora vigente, y este es tan solo lo que es y como es porque lo viejo, al envejecer, ha dado origen a lo nuevo. En el pasado milenario se encuentra el germen de la legislación de la que ahora nos servimos. El germen tuvo que pudrirse para que saliese el fruto; pero ¿puedo yo comprender la existencia del fruto sin ir de su ser a su devenir y sin retroceder hasta el último fundamento de su devenir? Solo la plebe visionaria se queda con la boca abierta ante lo que es y no va más allá ni quiere ver más que lo que es: pero el cómo y el porqué se lo reserva para sí todo espíritu de especie superior”¹¹.

Es evidente que esa última manifestación de Feuerbach tiene por fundamento la misma confusión que se encuentra también en otros autores, y es la confusión de la visión histórica del Derecho con una predilección especial por lo antiguo, con preferencia sobre lo actual, o de lo romano con preferencia sobre lo patrio.

Por último, los adversarios de los códigos se sentirán avergonzados por el ejemplo de los romanos, quienes, guiados por el sano entendimiento, habían redactado sus Doce Tablas, sin dejarse perturbar por los escrúpulos que aho-

¹⁰ Prólogo, p. XI.

¹¹ Paul Johann Anselm von FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie*, Landshut, 1804, p. 43.

ra opondrían a los nuevos códigos (pp. XXII-XXVI). Si se compara esto con lo que se ha dicho antes (pp. VI-X) sobre lo poco prácticos que son nuestros juristas teóricos, se pensará que toda la controversia está sostenida entre los prácticos, que piden códigos, y los teóricos, que los rechazan por falta de sentido práctico. Pero precisamente nuestra desgracia es que nos faltan verdaderos prácticos, pues la mayoría de los mismos no son otra cosa que teóricos que se han quedado a mitad de camino. En la época de las Doce Tablas era muy distinto, ya que entonces nadie ponía por escrito el Derecho, sino quien tenía del mismo el conocimiento más vivo, y ya no se ponía por escrito más que podía ser objeto de la contemplación y de la experiencia inmediatas. Pero tal como estamos ahora, no podemos hacer un código que sea otra cosa que una obra científica, de manera que en el caso más favorable nuestros códigos no podrán librarse de los defectos peculiares de nuestra época, que vive de abstracciones. Por ello no parece, en realidad, completamente acertado invocar las Doce Tablas, cuando la idoneidad de los nuevos códigos debe ser deducida mediante ejemplos del pasado. Si hay que seguir este camino, es evidentemente más conveniente tomar el ejemplo de una situación afín a la nuestra. Voy a elegir para este efecto el Código penal bávaro de 1813¹².

Después de haberse reunido una gran cantidad de materiales de todas clases para este código y de haber fracasado un primer intento, se encomendó esta obra a Feuerbach en 1804. El proyecto, redactado por el mismo, fue revisado y corregido, primero por una comisión propiamente legislativa, después por una comisión del Consejo secreto y, finalmente, por el Consejo en pleno, y así, después de nueve años, el resultado de estos serios esfuerzos multilaterales fue promulgar el código¹³. Por tanto, no se descuidó ciertamente nada de lo que podía dar a la importante obra la más elevada perfección, ni en la repetida revisión cuidadosa ni en la redacción del proyecto, ya que esta había sido encomendada al hombre que disfrutaba en esta especialidad de la máxima reputación; reputación como no la tiene en el Derecho civil ninguno de los eruditos que ahora viven. No tenemos ninguna noticia precisa acerca del procedimiento seguido en la redacción de las Doce Tablas, pero podemos admitir con seguridad que en ella no se emplearon tantas precauciones. ¿Y

12 *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*, Munich, 1813 (el decreto de promulgación es del 18 de mayo de 1813). *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern*, 3 vols., Munich, 1813-1814.

13 *Anmerkungen*, vol. 1, pp. 12-19.

cuál ha sido el destino ulterior de ese código de 1813?¹⁴. Hasta ahora han aparecido, en parte en el periódico oficial del gobierno y en parte en impresiones especiales, *ciento once* modificaciones, una de las cuales (de 25 de marzo de 1816) determina una teoría del robo completamente nueva: la total reelaboración de la teoría del fraude y la estafa no había aparecido todavía, pero circulaba entre los miembros de la comisión legislativa. Todo el mundo tendrá que admitir que un cambio de Derecho tan repentino no constituye una situación afortunada. Y además, como puede pensarse también acerca de los códigos, hay que admitir que aquí de dos cosas una tiene que ser verdadera. En efecto, o bien ha sido el fundamento de este precipitado cambio radical, o bien no lo ha sido. En el primer caso, ha podido malograrse en este grado un código, a pesar de las reglas de precaución arriba observadas. En el segundo caso, se ha renunciado de una manera completamente arbitraria a una buena ley a poco de ser introducida, sin tender a la seguridad ni a la firmeza del Derecho, que era expuesto así necesariamente a un peligro extremo¹⁵. Ahora bien: cualquiera que sea lo verdaderamente ocurrido (sobre lo cual me abstengo de todo juicio), cierto es que vivimos en una época que no tiene vocación para la redacción de un código. ¡Y qué decir cuando en semejantes experiencias puede Thibaut alimentar la esperanza de que el código que él pide servirá de base durante muchos siglos a la vida civil!¹⁶. ¿Se responderá acaso que el código futuro hará de una manera excelente todo lo que prevé y que los gobiernos, que hasta ahora habrían dado cabida con demasiada facilidad a modificaciones arbitrarias, demostrarán necesariamente de ahora en adelante la más alta perseverancia en mantener lo establecido? Pero, entonces, no podré contenerme de pensar en las propias palabras de Thibaut: “¡En efecto!, causa pensamientos muy turbios el tener que ver a diario cómo la mayoría de nuestras opiniones políticas se desvanecen en ilusiones. Imagínese algo verdaderamente ideal, hágase tan solo el único pequeño presupuesto de que los sabios y los justos se cuidan de la ejecución, y entonces todo será satisfacción y alegría”¹⁷.

14 Esta noticia la tomo de la carta de un abogado bávaro del 22 de mayo de 1816.

15 Por esta experiencia habría, pues, pasado literalmente lo que yo había predicho, en términos completamente generales, en esta revista (vol. 1, pp. 421 y 422), sin conocer este caso.

16 *Heidelb. Jahrb.*, 1816, p. 199.

17 *Ibíd.*

3. PFEIFFER

Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Teutsche Staaten, por B. W. PFEIFFER, consejero del Gobierno del Elector de Hesse en Cassel, Göttingen, 1815.

Es sumamente satisfactorio que en este libro haya querido consignar su voto sobre esta importante cuestión un jurista práctico experimentado, pues con ello tiene que resultar muy estimulada la amplitud de las opiniones sobre la misma. Ante todo merece una honrosa mención el que el autor reconoce la absoluta necesidad de la formación erudita, incluso para fines prácticos (pp. 5 y 84 ss.), y el que quiere saber que en la fundamentación de la nueva situación jurídica se toma esto en especial consideración. Y ciertamente el autor tenía sobre esto un juicio muy certero, ya que él mismo ha demostrado una formación sólidamente erudita en su especialidad, mediante obras apreciadas, y ya que en la época westfaliana estuvo en condiciones de observar lo triste que es la situación de un Derecho que puede ser aprendido de una manera meramente mecánica con el único fin de atender a las necesidades externas (pp. 65 y 66).

Lo peculiar de su proposición, en virtud de la cual este fin debe ponerse en conexión con el de la unidad del Derecho, etc., consiste en lo siguiente: todas las fuentes del Derecho vigente hasta la fecha, incluso el Derecho consuetudinario, deben ser derogadas y sustituidas por un código nuevo; este código debe ser construido en su totalidad sobre el Derecho ahora vigente, debe contener preceptos fundamentales solamente generales y solamente políticos (no ya iusnaturalistas), pero, sin embargo, debe ser completo del todo, con el fin de poder hacer superfluas, como ya se ha observado, a todas las demás fuentes (pp. 62-64, 78). Esto quiere decir propiamente tan solo que el código no debe ser minucioso, como el prusiano, sino breve, como el austríaco: en todo el plan no puedo descubrir algo de lo que quepa esperar frutos completamente propios. Por tanto, también aquí quedan en pie los argumentos generales contrarios: que de ningún modo estamos pertrechados para hacer un código semejante¹⁸, que decaerá la vida científica del Derecho

18 El autor trata de demostrar, mediante la transcripción de pasajes de distintos siglos (pp. 43 y 44), que la queja de la incapacidad es infundada; porque en todos los tiempos ha sido igual; de ahí parece desprenderse que en todas las épocas ha habido una misma medida de erudición, en realidad muy grande, y que siempre ha habido algunas personas hipocondríacas que se han quejado de ello. Si esto es así, debe decidirlo todo aquel que conozca la historia de la literatura, pero entre esos pasajes precisamente el más concluyente, que es el de Donellus, está muy mal elegido, porque Donellus no se queja de

y que para los fines de su aplicación, el código tiene que rodearse nuevamente de un cortejo invisible de jurisprudencia, doctrina o como se le quiera llamar, que será entonces lo propiamente dominante, mientras que ahora encuentra una magnífica raíz vital en la conexión con los siglos anteriores. Semejante cortejo espiritual invisible es en todas partes, incluso en el código de más rico contenido y más radical, el verdadero fontanar del Derecho vivo, y es incomprensible cómo el autor (pp. 47, 50) ha podido sostener como algo totalmente singular e inaudita la afirmación de Hugo de que sea así. El Código prusiano, por ejemplo, prohíbe expresamente todas las costumbres derogatorias de la ley, y especialmente toda consideración a la jurisprudencia¹⁹, y, sin embargo, aun siendo tan nuevo este código, ha sido modificado, complementado y cambiado tanto a través de su aplicación en los tribunales, que el Derecho civil escrito no es en modo alguno idéntico al Derecho que se practica en los tribunales prusianos. Así es en todas partes y así tiene que seguir siendo, pero significará una gran diferencia el que este cortejo invisible esté más en la jurisprudencia, o en las costumbres nacionales generales, o en la teoría de las escuelas, o en la teoría de los autores, y aquí, a su vez, puede ser también erudito o meramente práctico. Toda unilateralidad es aquí desventajosa, y la única situación saludable está en el conveniente equilibrio y la interacción de estas fuerzas (para lo cual también se necesita, sin embargo, contacto y comunicación). Pero lo peor es engañarse sobre la inevitabilidad de esta situación y dejarse seducir por la supuesta excelencia de algún nuevo código, para caer en la opinión de que el código dominará en realidad de una manera inmediata y exclusiva al Derecho.

En un segundo capítulo (“Líneas fundamentales de una nueva legislación civil”) propone el autor nuevas leyes sobre las materias en las cuales considera especialmente necesarias nuevas disposiciones. Esta parte especial de la obra merece gran atención. En efecto: él pone muy bien de manifiesto lo poco que estamos en situación, incluso desde el punto de vista político, de poder desear la redacción de nuevos códigos. ¡Y cómo podía ser de otro modo! Durante más de medio siglo un desesperado afán de ilustración ha hecho flaquear las creencias políticas y religiosas. Después de que durante mucho tiempo había ganado todos los corazones, mediante la suavidad y la

sus contemporáneos, sino de la escuela anterior de los bartolistas, a la que reprocha con razón su falta de conocimientos humanísticos. Evidentemente, trata de desprestigiar al siglo pasado en comparación con el suyo, para lo cual enaltece a su propia época.

19 Patente de publicación, § 7; Introducción, § 6.

afabilidad, durante la Revolución francesa y el despotismo de Bonaparte este afán, en esencia siempre el mismo, se ha mostrado algo áspero; la Revolución y las consecuencias de este despotismo las ha vivido Alemania, en gran parte también externamente, pero mucho más de un modo espiritual. Y así estamos ahora en una incertidumbre general; la ordenación civil y la eclesiástica han quedado completamente desarticuladas, y ni siquiera las costumbres ordenadoras de las relaciones privadas han podido escapar al tambaleo general. En lo singular, se ha conseguido mucha buena voluntad: todos sienten lo opresivo de esta situación y la nostalgia de una mejor. ¿Y semejante situación de decadencia queríamos fijarla mediante la letra escrita para siglos? Se dirá que precisamente este tambaleo tendría que ser eliminado mediante una regla escrita firme. Nada hay más vano que esta esperanza. En primer lugar, la regla más perfecta tiene que permanecer infructuosa, mientras no complazca a una resuelta dirección en el pueblo, a una susceptibilidad del mismo; la buena voluntad, la nostalgia indeterminada por una situación mejor, no basta para ello. En segundo lugar, ¿quién debe encontrar esta regla? Porque esa confusión de los conceptos y los preceptos fundamentales, que es consecuencia de las revoluciones vividas interna y externamente, no se encuentra en modo alguno solamente en el pueblo, sino justamente también en los que tendrían que hacer el código. Inténtese tan solo formar un colegio para este fin, y se sentirá cuán desorientadas correrán unas junto a otras las opiniones sobre las cosas más importantes. ¡En contra de esto nada puede hacer ningún recuento de votos!

Algunos ejemplos de las propuestas del autor podrán aclarar más lo dicho. Los registros parroquiales los admite (pp. 132 y 133) a lo sumo por necesidad; pero propiamente no deben ser liberales, porque en ellos no pueden estar los judíos, los turcos ni los paganos. Por eso, lo mejor sería que los registros de nacimientos y defunciones los llevaran los secretarios judiciales de los juzgados inferiores. Evidentemente, el concepto abstracto de Estado es diferente del de la Iglesia; pero esta abstracción ¿debe quitarnos por gusto también lo poco de dignidad que se ha conservado aquí y allá en nuestras relaciones públicas? Y esto sin tener en cuenta que los secretarios de los juzgados inferiores llevarían esos registros ciertamente mucho peor de lo que hay que temer nunca de los clérigos.

Igualmente, censura (pp. 135, 138) como un resto de barbarie el querer hacer alguna diferencia entre lo autóctono y lo extraño, pero más aún entre cristianos y judíos. Esto guarda relación con el hecho de que, desde hace

tiempo, hemos perdido propiamente por completo el concepto de ciudadano y solamente queremos saber de hombres y súbditos. Por una parte, esta opinión se había insinuado a través de una humanidad mal comprendida y mal empleada; por otra parte, para los gobiernos, el concepto en todas parte uniforme y pasivo de súbdito era mucho más cómodo y agradable que el de ciudadano. Pero no se concibe que pueda existir un Estado sano y vigoroso sin ciudadanos propios y verdaderos, y quien admita esto tampoco podrá objetar en absoluto el establecimiento de linderos visibles entre ciudadanos y extranjeros. Evidentemente, la severidad y la inhumanidad no deben ser toleradas en ningún caso. En Roma, como es sabido, tampoco se debía matar a los peregrinos y estos tuvieron bastante pronto un pretor propio. Indudablemente, no puede hablarse aquí de una imitación inmediata, pues la relación de los Estados europeos cristianos entre sí es ya también de una índole muy peculiar. Pero incluso aquí es completamente antinatural la anulación de todo lindero. Finalmente, los judíos, por su íntima esencia, son y siguen siendo extranjeros, y el desconocer esto solo podría inducirnos a la más infortunada confusión de conceptos políticos; sin contar con que esta equiparación civil y política, por humanitaria que pretenda ser, a juzgar por sus resultados, es cualquier cosa menos beneficiosa, ya que solo puede servir para mantener la infeliz existencia nacional de los judíos, y, donde sea posible, extenderla todavía.

Según lo que se afirma en las páginas 142 y 143, la única forma natural propia del matrimonio debe ser la civil. Sin embargo, el matrimonio tiene también un lado moral y, a causa de nuestra costumbre, se admite además la forma eclesiástica, prescrita únicamente por las ordenanzas canónicas, que establecen “que a la forma civil determinada en el código hay que añadir como esencial la eclesiástica tradicional”. El Derecho civil tendría, pues, que reconocer de una manera consecuente un matrimonio sin ceremonia eclesiástica, y solo la Iglesia podría tal vez penar ese caso o incluso negarle su aprobación. Pero aunque sea como quiere el Derecho civil y por más que se suavice la influencia del precepto fundamental, no obstante siempre es un curioso ejemplo de lo lejos que pueden ir hombres muy honrados cuando estos consideran como natural que todas las relaciones humanas sean determinadas de arriba abajo. En realidad, en los países que han vivido hasta ahora bajo el *Code*, puede que sorprenda menos la propuesta del autor. Pero imagínese un país alemán en el que no haya regido el *Code*, cuyos habitantes no hayan conocido nunca ceremonia de casamiento distinta de la eclesiástica, sin que

jamás hayan sentido ciertamente la necesidad de un cambio en esto. En un país semejante debe ser introducido ahora además el casamiento civil, y en realidad como el principal, tal vez hasta el punto de que el matrimonio solo pueda ser jurídicamente válido cuando está celebrado bajo esa forma. Pues bien: tal país, por el gusto de una simple abstracción, ivendrá a disfrutar a la postre este fragmento de la Revolución! Evidentemente, lo principal es que, en virtud de esto, la esencia del matrimonio resulta desconocida y menoscabada como relación cristiana (por encima de toda otra cosa); pero incluso quien piensa sobre esto de una manera distinta y más neutral, encontrará escrúpulos contra estas propuestas, por motivos generales. Es tan poco lo que en nuestra vida se ha conservado de costumbres antiguas e intangibles y de formas dignas, que verdaderamente no tenemos motivo para menospreciar lo poco que se haya podido salvar.

Según vemos en la página 151, debe concederse libremente el divorcio por voluntad común, con mayor libertad aún que en el Derecho prusiano y sujeto únicamente a formas que lo dificulten. En esto se basa sin duda, la opinión muy difundida, según la cual el Derecho en general no tiene que atender a otra cosa sino a la máxima libertad de los individuos, como si la idea del matrimonio no hubiera de tener también su existencia y su Derecho. Sin embargo, el analizar esto con detalle nos llevaría demasiado lejos. Pero aun tomándolo de una manera puramente práctica, esta facilidad originará por sí misma la necesidad para la mayoría de los divorcios. Muy rara vez existe una verdadera necesidad intrínseca y casi en todas partes la necesidad surge simplemente porque uno de los cónyuges, o incluso los dos, no tienen la voluntad decidida de imponerse algo a sí mismos: y precisamente este estado de ánimo no puede ser ciertamente estimulado con más seguridad que mediante una ley que establezca el carácter voluntario absoluto del divorcio. Sobre esto ha decidido la experiencia, justamente la experiencia, que allí donde rige el divorcio libre se conciertan muchos matrimonios a la ligera en consideración a esa facilidad para el divorcio.

Como es sabido, el consejo de familia del *Code* era la pieza del mismo acerca de la cual muchos juristas alemanes no salían de su admiración. De ahí que resulte muy curioso que en la página 164 se atestigüe por experiencia la total inutilidad de esta institución. Pero la propia propuesta del autor (p. 167) es tan artificiosa y tan complicada que yo la considero más impracticable todavía. Difícilmente podrá ayudarse a fondo al régimen de la tutela de otra manera que no sea en conexión con los desarrollos de nuestras Constitucio-

nes municipales, que en todos los demás aspectos son sumamente deseables y cualquier cosa menos castillos en el aire. Mucho depende, pues, aquí de que, al faltarnos las instituciones necesarias para ello, queramos fijar alguna regla que no pueda conducir a ningún fin correcto y que tenga que ser censurada como totalmente inservible para el mejoramiento sustancial de nuestra restante situación.

En el Derecho hipotecario (p. 179) habla el autor, lo mismo que todos los que en estos tiempos han mencionado la cuestión, en favor de la facilitación mecánica sin restricciones del crédito real, y solo se preocupa por el medio para lograr este fin. Yo no desconozco los defectos del sistema hipotecario romano, especialmente conforme se ha configurado mediante las nuevas constituciones: pero para mí es incomprensible y no constituye un indicio notable del sentido político práctico que suele originar las propuestas para nuevas legislaciones, el que parezca que se sabe totalmente a qué atenerse, aunque sobre ello se han hecho experiencias que en conjunto dan mucho que pensar. Sin embargo, parece que no se tiene la menor idea de cuán esencialmente ha modificado la propiedad inmobiliaria nuestro sistema hipotecario ni de si podría ser deseable una transformación semejante de la propiedad inmobiliaria en una simple riqueza en dinero, una tal monetización del suelo (porque esto supone la institución, llevada a sus últimas consecuencias). Se pasa por alto el que mediante esta transformación se crean relaciones similares a las producidas mediante el papel moneda, las cuales tampoco serán consideradas ya en definitiva como la suma perfección de una situación feliz. Estas observaciones no deben entenderse como una defensa de la conservación del sistema hipotecario justiniano, ni tampoco desaconsejan de una manera incondicionada el camino que se ha seguido en los últimos tiempos, sino que se limitan a llamar la atención sobre el hecho de que en la implantación de un sistema hipotecario importan todavía otras cosas además de las que suelen tener en cuenta nuestros legisladores. Si se lee la propuesta del autor cabría pensar que un mismo Derecho hipotecario sirve para todas las situaciones de los pueblos: en todas partes, así en Suiza como en China, en Rusia como en Francia, solo importa aplicar los conocidos principios de la publicidad y la especialidad para que ya no quede nada por desear. Este tratamiento meramente formal de la legislación es el que yo considero completamente funesto, y en este sentido me he quejado ya más atrás de que nuestros prácticos son demasiado teóricos.

El orden de la sucesión intestada, como es sabido, es una materia de es-

pecial preferencia para nuestros políticos del Derecho, y ocupa también aquí (pp. 186 ss.) un lugar importante. El autor pide que sea establecido de una manera simple y justa; parece que presupone como totalmente indudable la inaprovechabilidad del Derecho romano, sin que en este aspecto sea mejor el Derecho prusiano, siendo el austríaco el único que satisface suficientemente las exigencias de la razón. Yo no he podido comprender nunca por qué la Novela 118 es mirada con tanto desprecio en estos últimos tiempos. Ciertamente es fácil abarcar de una ojeada su orden de suceder y una duda efectiva en la aplicación del mismo constituye seguramente una gran rareza, en tanto que según el Derecho francés, por ejemplo, como sé por propia experiencia, aun en los casos sencillos que se presentan a diario surgen dudas insolubles. En lo tocante a la justicia, es indudable que todo el mundo tendría que encontrar escandaloso el que una ley excluyese a los hijos y quisiera llamar a suceder a parientes lejanos. Pero como es sabido, en la Novela no es este el caso; su injusticia debe consistir especialmente en que pospone los medio hermanos de doble vínculo. Pero ¿cómo es posible que a esto se llame una injusticia, aquí, donde todo está basado en relaciones individuales, sumamente diversas? Quizá el número de casos en que el causante, de haber sido preguntado, hubiese hecho una diferencia entre ambas clases de hermanos sea en definitiva el mismo que en los que no hubiera hecho tal diferencia, y ninguna de las dos decisiones es susceptible de deducirse de principios generales. La buena acogida que ha encontrado el orden de sucesión austríaco no se funda en otra cosa sino en la fórmula más simple en que puede ser concebido y, por tanto, en su simetría; y aun suponiendo que de hecho pudiera llamarse a esto una ventaja, los inconvenientes de una subversión total del orden de sucesión hasta ahora vigente constituyen ciertamente un precio demasiado caro para esa adquisición. También esta opinión sobre el orden de la sucesión intestada tiene por fundamento el tratamiento formal de la legislación anteriormente censurado.

Por lo demás, estas observaciones sobre las propuestas singulares del autor no hay que considerarlas como dirigidas individualmente contra él. Lo que aquí se censura se basa en el modo en que se han conducido en general nuestros destinos. Pero no debemos desconocer que es así ni constituirnos en maestros de los siglos futuros, puesto que carecemos de la visión política y de la formación necesarias para dominar correctamente y regir nuestra propia situación actual.

4. ALMENDINGEN

Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, por HARSCHER VON ALMENDINGEN, vol. 1, Wiesbaden, 1814, pp. 354 ss.

El autor explica de una manera admirable que la situación jurídica de los países alemanes de Derecho común solo presenta un aspecto horrible en la descripción y que la auténtica penuria consiste en la falta de funcionarios judiciales capacitados (p. 366); igualmente demuestra de una manera convincente lo poco deseable que resulta la uniformidad del Derecho civil así como del Derecho penal, dada la gran diversidad de las situaciones y de las necesidades (pp. 357 ss.) La vida interna de un pueblo, el modo de vivir de un país (p. 357) es lo que debe determinar el Derecho. Después de tan bellas palabras, se espera que aquí habría de encontrar de hecho un cálido defensor el Derecho históricamente fundado. ¡De ninguna manera! Aquí solamente se combate la redacción de un código general para toda Alemania, que fue solicitada por Thibaut y Schmid; por el contrario, para cada uno de los Estados alemanes singulares es “una necesidad sumamente apremiante la redacción de un código civil” (p. 356), porque aquí, la multiplicidad del Derecho civil en las distintas partes del Estado es un mal oneroso e insoportable, que no puede ser remediado con suficiente rapidez. Como eslabón intermedio para una contradicción tan enorme sirve la confusión del pueblo con el Estado. “Las leyes perfectas son las formas bellas y libres de la vida interna de un pueblo: emanan de él y coexisten con el principio que las origina. Por el contrario, las formas impuestas desde fuera obstaculizan la vida interna. ¿Pero qué sería un código estereotipado alemán general para los países federados singulares sino una forma impuesta desde fuera?” (p. 357). Así, pues, cada Estado federado singular tiene un pueblo propio, que se aísla con razón, tanto en general cuanto en su Derecho, mediante un código propio, y para el cual la comunidad jurídica con los demás Estados sería una forma impuesta desde fuera, lo mismo que sería tal comunidad icon Francia o Rusia! ¿Pero qué tienen que ver las resoluciones del Congreso de Viena y los acuerdos anteriores de los países en cuanto a la herencia, la secularización, etc., con la unidad del pueblo? ¿Son tales acuerdos los que constituyen y delimitan los pueblos? Pero todavía es más incomprensible el que no se habla de la necesaria diversidad del Derecho dentro de los Estados singulares, como si la situación y el estado del pueblo fuera igual en todas partes y solamente hubiese diferencias entre varios Estados. Todo lo que dice el autor sobre esta diversidad para oponerse

a un código alemán general vale igualmente contra los códigos de Baviera, Nassau, etc., especialmente cuando, según la opinión ahora dominante, no toleran junto a ellos ningún Derecho local.

En consecuencia, el último resultado a que lleva este autor es, sin duda, mucho más lamentable que el que se proponían Thibaut y Schmid. Lo que estos querían era, en realidad, desventajoso para la situación jurídica, pero la idea de un acuerdo de todos los alemanes para la obra común era de por sí excelente e, incluso, su ejecución podía tener por este lado muchas consecuencias buenas. Pero lo que salga de ese plan no será menos desventajoso para el Derecho que un código general y será al mismo tiempo sumamente perjudicial políticamente, por cuanto supone un nuevo medio de separación para los alemanes que están asignados a los distintos Estados federados, en su mayoría de una manera muy fortuita y arbitraria.

5. ALGUNOS AUTORES ANÓNIMOS

A estos se deben algunos descubrimientos de no poca importancia. Así, el primero que llamó la atención sobre la propia peligrosidad de un estamento erudito de juristas fue un autor anónimo. “No es de esperar (dice) que los príncipes alemanes vayan a poner la tan enaltecida legislación en manos de *representantes juristas* o de brahmanes jurídicos, que perpetúen su idioma sánscrito, dominen calladamente y a escondidas en todas partes, chupen la medula del pueblo y estampen su sello, como los rabinos de los judíos, a los maestros de la ley y de las costumbres”²⁰. ¡Si la jurisprudencia erudita fuera un camino hacia la medula del pueblo, encontraría probablemente más partidarios de los que tiene!

Otro autor anónimo²¹ ha realizado investigaciones sobre las propiedades de los buenos legisladores. Este parte, de acuerdo conmigo, de que en un código nuevo tendría que tomarse en consideración ante todo el Derecho ahora vigente. Ahora bien: como el código no se ha formado “de la mano de la historia”, sino “precisamente por juristas ahistóricos, nada puede ser más inconsecuente que el pedir consejo, para la redacción del código, a juristas de formación auténticamente histórica” (p. 206). (Según esta opinión, el estudio histórico no parece tener otro objeto que los hechos de los *historiadores*, y

²⁰ *Gründe für und wider mündliche öffentliche Rechtspflege*, Mainz, 1816, p. 32. (N. del Ed.)

²¹ El recensionista de mi obra *De la vocación*, *Hallische Lit. Zeit.*, 1815, octubre, pp. 201-211.

una historia de la guerra, por ejemplo, tendría que ser un completo contra-sentido). De ahí se sigue en la redacción de un código “la formación histórica ... no sea precisamente necesaria, ni siquiera útil, sino más bien perjudicial ... Aquí estaría en su debido lugar precisamente un jurista completamente ahistórico que, mediante el ejercicio, hubiera aprendido a distinguir lo todavía vigente de lo que ya no lo está”. Según este descubrimiento, ya no debemos desconcertarnos, evidentemente, por autores capacitados de un código, porque la auténtica independencia respecto de los perjudiciales conocimientos históricos, aquí descrita, es en nuestra época tan frecuente que por este lado se justifica de la manera más espléndida la vocación de los mismos por la legislación. No se debe creer, sin embargo, que esto se haga solamente por ignorancia, por buena y necesaria que esta sea, porque la ignorancia proporciona solamente los materiales, pero la forma la da ila filosofía! En efecto: nuestro Derecho práctico es un “conglomerado incoherente ... al que los principios rectores ... solamente pueden serles dados por la filosofía, es decir” (lo que ahora sigue es indudablemente una definición de la filosofía), “que del mismo modo como una cabeza filosófica agrupa el conglomerado, encuentra el principio rector para la mayor parte del mismo e introduce a la fuerza la menor parte en el principio, así también recorta y reforma”. También es sumamente ingenua la demostración de que el Derecho alemán común no puede contribuir en nada a nuestra formación jurídica. “Los juristas romanos (dice en la p. 209) no estudiaron Derecho alemán común y, sin embargo, fueron los mejor formados. En consecuencia, de ahí no puede venir la formación jurídica, pero sí la deformación.”

Lo contrario justamente opina otro recensionista²², que no reconoce a los juristas nada más elevado que el Derecho romano puro. A este no debe tocársele, pues si se le toca ¡habrá que vérselas con él! Pero si se le deja valer como el objeto principal de la enseñanza universitaria y todo jurista tiene que estudiarlo y examinarse de él, después también tomará el gusto a los nuevos códigos: ¡los legisladores deben ser también grandes civilistas! Aquí no se vislumbra que precisamente el Derecho romano también ha llegado a ser algo para nosotros y especialmente que todavía no hay un Derecho alemán que forme parte de nuestro más profundo ser. Pero ¡que no se perturbe el inocente juego del Derecho romano! Como se ve, por diferentes que sean los puntos iniciales de los que se parte, al final coinciden de nuevo en el gusto común por los códigos.

22 *Leipz. Lit. Zeit*, septiembre 1815, núm. 235 (recensión de la obra de Gönner).

B. Opiniones de los adversarios de los códigos nuevos

1. HUGO

Este, el más antiguo y más perseverante defensor de la formación histórica del Derecho, ha intentado también recientemente desarrollar de nuevo esta opinión en varias recensiones²³ y afianzarla frente a sus antagonistas. Cada una de estas nuevas exposiciones de la opinión conocida desde hace tiempo se lee de nuevo con un verdadero interés, pues lo fresco de la expresión, así como la amenidad y la ecuanimidad de las ideas constituyen signos prometedores de que la opinión misma no prolonga su existencia como una posesión muerta de tiempos anteriores, sino que constituye propiamente el alma de los pensamientos, los conocimientos y las experiencias científicas del autor.

2. ALGUNOS AUTORES ANÓNIMOS

Sumamente satisfactorias son las opiniones de dos recensionistas que, al parecer, no pertenecen a la escuela ni parten del interés de la ciencia, sino de la experiencia de la vida y de la necesidad práctica, y, desde este punto de partida, se oponen resueltamente a la redacción de códigos.

Uno de ellos²⁴ fustiga la manifiesta exageración con que suelen describirse las consecuencias de la diversidad de Derechos en Alemania. Son muy pocos los hombres, se dice aquí con razón, que saben algo preciso sobre el contenido de su propio Derecho civil, por lo que no se sienten hermanados por el Derecho común con los habitantes de otras comarcas ni separados de ellos por la diversidad de Derechos. “El enojo que el vocal de una Facultad de juristas (rodeado por todas partes de expedientes) siente por la diversidad del Derecho, el cual lo conoce bastante bien, no es ciertamente un enojo nacional de todos los alemanes.” Con el mismo sentido práctico se observan después los grandes inconvenientes de una legislación, que debía estar determinada para hacer el Derecho igual en todos los lugares, así como las dificultades insuperables de la ejecución.

Otro autor²⁵ expone esta opinión de una manera aún más minuciosa, pues observa cuán engañosas son las ventajas y cuán reales son los males que tenemos que esperar de un cambio radical y de una uniformización de todo el Derecho civil. El sosiego y la imparcialidad con que este se desenvuelve es es-

23 Especialmente *Gött. Anzeigen*, 1814, núm. 194, y 1815, núm. 108.

24 *Jenaische Lit. Zeit.*, 1814, vol. 4, pp. 327 y 328.

25 *Leipziger Lit. Zeit.*, septiembre 1815, núm. 234.

pecialmente notable y la coincidencia en la opinión misma es aquí tanto más satisfactoria para mí cuanto que este recensionista parece que ciertamente toma partido decidido por mí y por mi obra.

3. SCHRADER

Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, por EDUARD SCHRADER, profesor de Derecho civil y consejero del Tribunal Superior de Tübingen, Weimar, 1815.

De propósito dejo esta obra para la última, separada de las demás, porque es la que contiene, con mucho, mayor abundancia de pensamientos propios y nuevos. El autor parte de la observación correcta de que la formación histórica del Derecho, que él también acepta, no debe ser en modo alguno mal entendida, en el sentido de que el Estado no debería, en general, preocuparse para nada del Derecho. Pero la manera habitual en que el Estado suele ejercer su influencia sobre el Derecho, concretamente a través de la legislación propiamente dicha, resulta inconveniente la mayoría de las veces, incluso allí donde se encuentran comisiones legislativas permanentes. En efecto: mediante las leyes se hace por el Derecho civil o bien demasiado o bien muy poco (p. 73); demasiado, cuando se decide redactar un código, que también el autor lo tiene por muy desventajoso; y muy poco, ya que, fuera del caso de semejante esfuerzo extraordinario, habitualmente no se hace nada y no se ejerce ninguna vigilancia permanente sobre el Derecho en todas sus partes. El autor aduce el ejemplo de los romanos, los cuales (desde las Doce Tablas) solo modificaban un poco el Derecho civil mediante escrutinios populares; en cambio, en sus edictos poseían un control sumamente beneficioso sobre todo su Derecho civil, el cual lo ejercían de una manera continua y era revisado anualmente. El autor propone una institución similar, distinta de la legislación propiamente dicha.

En efecto: todos los Estados alemanes deberían formar a este fin un colegio cada diez años, el cual permanecería reunido solamente un año (p. 111), y en este tiempo redactaría una especie de edicto pretoriano. El colegio tendría como presidente al ministro de Justicia y como miembros a un diputado de las dietas de los países y otros cinco miembros elegidos por cinco estamentos diferentes (pp. 91 ss., y 102 y ss.) Así, uno representaría a los jueces y un segundo a los abogados de los tribunales superiores; así mismo uno representaría a los jueces y otro a los abogados de los tribunales inferiores; y finalmente un quinto en representación de los juristas teóricos. Cada uno de estos estamentos

propondría tres candidatos, de los cuales el gobierno elegiría uno. En los Estados más grandes, la cifra de los miembros elegidos se duplicaría o triplicaría, haciendo así un total de diez o quince. Al formarse, después de diez años, un nuevo colegio, tendrían que sesionar en el mismo la mitad del anterior (pp. 92, 112 y 130). Varios Estados pequeños podrían formar un colegio común (p. 122). (Tal vez fuera deseable un número mayor de teóricos, los cuales aun así quedarían, como es justo, muy en minoría. Esto parece necesario, no tanto para dar a la teoría más peso frente a los votos de los prácticos, como para escapar a la unilateralidad que inevitablemente tendría lugar si solamente estuviera presente un único teórico: la opinión científica individual del mismo tendría una preponderancia muy desventajosa en la asamblea, la cual puede ser evitada haciendo que formen parte de la asamblea varias voces científicas).

En este edicto debería poder modificarse el Derecho vigente, pero solamente cuando la modificación fuera solicitada por dos tercios de los votos (pp. 86 y 89). Las leyes futuras hechas con el consentimiento de las dietas de los países solo podrían ser reformadas cuando lleven en vigencia cien años (p. 88). Dentro de los próximos cien años no podría introducirse de nuevo ningún otro principio jurídico que no hubiera tenido ya vigencia en algún otro país alemán (p. 89).

Como el autor observa con razón, mediante una institución semejante se lograría la gran ventaja de que no se necesitaría una integridad externa, como en un código, sino que solo se hablaría acerca de la necesidad y los conocimientos que existieran precisamente ahora (p. 58): con ello ganaría este trabajo vida y claridad, mientras que nuestros códigos modernos tienen más bien el carácter de compendios. Desde luego habría que temer que el colegio, desconociendo su verdadera vocación, quisiera hacer alguna otra cosa que se pareciera a un código; a este peligro hay que salirle al encuentro, en parte, mediante las restricciones antes mencionadas y, en parte, mediante una ponderación especial que se concede al veto (p. 107).

Merece la mayor aprobación el deseo (p. 94) de que se impriman todos los protocolos: con mucha razón observa el autor que, de esta manera, se elevaría, en vez de disminuirse, el respeto por el Derecho así fundado. Al mismo tiempo, este sería el medio más seguro para lograr contribuciones para nuevas mejoras útiles en el intervalo entre un colegio y otro. Tales argumentos y contra-argumentos expuestos abiertamente estimularían una verdadera participación, desproporcionadamente mayor que un desarrollo que se recomienda en general, en el que se encubren hipócritamente todas las dudas y

las contradicciones. Cuánto más aleccionadores son en el código francés los protocolos del Consejo de Estado que los discursos engraidos y aduladores, a juzgar por los cuales se podría creer en una ley sobre la propiedad que a los franceses acababan de regalarle todas las cosas sobre cuya propiedad la ley establece normas.

Las páginas 103 y siguientes dan reglas detalladas sobre la manera como debe nombrarse un ponente y sobre la actuación del mismo, pero estas solo sirven para hacer más evidente la factibilidad de la propuesta. Porque prescribir para siempre reglas fijas de esta especie no sería aconsejable, pues podrían encontrarse convenientes instituciones muy diversas, según la personalidad de los miembros.

Para conseguir la conexión del Derecho entre los distintos Estados alemanes, desea el autor (p. 123) que, alternando con los colegios ya mencionados de los Estados singulares, se reúna un colegio general para toda Alemania. Pero la relación de esta asamblea con las de los Estados singulares la determina de una manera tan artificiosa, que difícilmente puede considerarse posible su factibilidad. Tal vez sería más conveniente procurar un tráfico multilateral entre los Estados singulares en lo tocante a la formación de su Derecho.

Lo mismo que el colegio general alemán, yo considero improcedentes las determinaciones temporales antes mencionadas de los cien años. Tales disposiciones parecen propias de los tiempos aquellos en que nuestras antiguas iglesias eran construidas sucesivamente por unas generaciones tras otras, siguiendo continuamente el mismo plan; pero nuestra efímera época parece la menos apropiada para ello.

En toda la obra domina tanto sentido práctico, las propuestas del autor están tan bien fundadas, sus esperanzas de éxito son tan sensatas y están tan libres de exageración, que ni siquiera los que piensan de otra manera podrían rehusar su participación. Es muy curioso que esta obra proceda precisamente de Würtemberg, de un país cuyos habitantes pueden vanagloriarse de conocimientos y experiencias políticos especialmente desarrollados. No se diga que un profesor académico como el autor es un mero ciudadano de la república de los eruditos y que el Estado que le rodea tiene poca influencia sobre él. Esto es falso en todos los sentidos, y en esta obra sería doblemente injusto, ya que la misma ha sido examinada y depurada mediante su comunicación manuscrita a hombres de negocios experimentados y sagaces.

* * *

Quizá no esté de más compendiar brevemente, al final de esta ojeada literaria, algunos resultados que se destacan con toda claridad precisamente en este respecto.

1. El mejoramiento de nuestra situación jurídica, que se espera de un código, debe ser en parte material y en parte formal.

El mejoramiento material debe afectar a aquellos elementos de nuestra situación en los que no nos encontramos especialmente bien (tanto real como aparentemente). En cambio, ya se ha observado anteriormente que en parte nos falta la necesaria visión para acertar lo justo con seguridad y en parte las condiciones necesarias en las costumbres del pueblo y en las Constituciones, sin las cuales no existe ninguna predisposición para una situación fundamentalmente buena. Más atrás, al enjuiciar la obra de Pfeiffer, he intentado aclarar en qué sentido se hace esta objeción. Si dicha objeción está fundada, se infiere que en realidad podemos hacer algo en el detalle, pero no podemos fundamentar nada radical y duradero.

El mejoramiento formal debe darnos un Derecho claro, ostensible y coherente, en lugar de un Derecho poco claro, confuso, esparcido en todos los extremos, que se haga pasar por nuestro. Frente a esto, se ha recordado que no tenemos capacidad para resolver un problema semejante y que, al perseguir una apariencia externa y superficial de integridad, corromperíamos la esencia íntima de nuestro derecho.

Pero todo este esfuerzo por mejorar así nuestra situación, mediante un gran golpe de arriba abajo, ¿qué es, sino una manifestación más de la dirección desdichada, que tanto tiempo lleva recorriendo la vida pública, de la tendencia a gobernarlo todo y querer gobernar siempre más? Esta apetencia de gobernar la ha experimentado ya dolorosamente casi cada uno de nosotros, precisamente en aquello en que es gobernado, e incluso quienes combaten más enérgicamente en favor de los códigos se han indignado ciertamente, a menudo muy en serio, cuando les ha salido al paso esta apetencia en la Administración, la Policía, la Hacienda pública, etc. Pero aquí, donde quieren aconsejar a los gobiernos en materias de su especialidad, donde ellos mismos se ponen mentalmente en el lugar de los gobiernos, aquí todo esto se ha olvidado y creen que ordenando y gobernando puede ayudarse al mundo de una manera radical. Yo comprendo que en esto tienen el propósito más noble; pero también la mayoría de los que en otras especialidades nos amargan la vida con el excesivo gobernar tienen ciertamente las mejores intenciones para con nosotros y cuentan honradamente con nuestro agradecimiento.

2. Más importante de lo que puedan ser todos los preceptos es el espíritu y la formación del estamento de los juristas. Ciertamente, el desdichado y desconcertante tiempo que hemos vivido ha tenido una influencia muy triste sobre el espíritu público, y nada hay más perjudicial que el engañarse sobre esto. Precisamente aquí también merece Thibaut alabanza, porque, lejos de la hipocresía de muchos otros autores, ha fustigado este mal con un noble rigor. ¿Qué tenemos nosotros los juristas, a qué podemos asirnos y en qué podemos elevarnos?, ya que lo que en Inglaterra sirve de ayuda y lo que servía en los antiguos Estados libres, que son las acostumbradas formas estatales libres, con una herencia de costumbres nacionales, que sacan una fuerza vital fresca precisamente de su aislamiento, es un medio que no tenemos nosotros. Lo que más puede ayudarnos en conjunto es únicamente el espíritu científico, el cual está en situación de ennoblecer la labor del jurista, incluso la labor práctica habitual. Por tanto, los adversarios de los códigos, lejos de deber dar al pueblo la impresión de favorecer los trabajos empíricos de los profesores y los abogados²⁶, exigen más bien un carácter científico del Derecho, como lo primero y más importante, ya que solo este es capaz de proporcionar una base sólida y firme al ejercicio del Derecho.

Indudablemente, los partidarios de los códigos también quieren estimular la ciencia: ¡sí, esta solo alcanzará su verdadero florecimiento cuando tengamos códigos! Pero si, como es justo, la cosa nos importa más que nuestras fantasías, no tenemos más que mirar, libres de prejuicios, donde se haya hecho efectivamente el ensayo de implantar códigos nuevos, para convencernos de que allí el Derecho ha perdido vida científica y se aproxima más al trabajo meramente manual. Pero ¿vamos a afirmar nosotros, a pesar de estas experiencias, que un nuevo intento va a dar por resultado justamente lo contrario, es decir, que no vamos a construir castillos en el aire y a rechazar petulantemente la lección que nos ofrecen las grandes experiencias?

Pero peor y completamente incomprensible es el camino que ha seguido el Derecho penal bávaro más reciente. En efecto, en una propia ordenanza, se ha prohibido aquí expresamente escribir comentarios sobre el código e incluso dar lecciones orales que no sean sobre el código mismo²⁷, al modo que,

²⁶ *Heid. Jahrb.*, 1815, p. 661.

²⁷ Ordenanza bávara del 19 de octubre de 1813, al principio del primer volumen de las *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche*, p. III: “Es también nuestra orden expresa que, aparte de esta reproducción ordenada por nosotros mismos, no se dé a la imprenta ningún comentario sobre el Código penal por ningún otro funcionario público ni erudito privado”, etc.

como es sabido, el emperador Justiniano había ordenado y algo similar. Yo sé que sobre esto se puede decir que a las leyes no se les quita su autoridad por desaprobadas, ni su certeza por dar de ellas interpretaciones diversas. Pero esto saca necesariamente a la luz del día la ramplonería de los juristas. En el Imperio de Justiniano podía ejecutarse con éxito una ley semejante, pero en un país alemán singular, con la comunicación de las ideas y la literatura que allí existen, no puede alcanzarse siquiera el fin que tal ley pudiera proponerse como deseable. Todavía en una época de entumecimiento espiritual podría pasar bien una ley semejante, pero resultaría completamente extraña en una época excesivamente móvil como la nuestra, cuya movilidad se ha manifestado ya del modo más notable justamente en el mismo código²⁸.

3. Estoy muy lejos de desear que el Estado sea un espectador inactivo en la formación del Derecho. Incluso hay más de una manera en la que puede mostrarse activo en el más beneficioso sentido.

Ante todo, es asunto del Estado cuidar de que a los órganos instituidos para este fin no les falte la energía interna para la formación del Derecho. A los romanos les prestó este servicio su pretura, y de la misma naturaleza es la propuesta expuesta más atrás por Schrader para nuestra época. Pero si esta propuesta ha de dar verdaderos frutos, es preciso que en general la opinión pública, tanto sobre las personas cuanto sobre las instituciones, se haga más firme y más sólida, lo cual, como sucede con toda energía, solamente puede ser logrado mediante el ejercicio; para ello puede ser especialmente provechoso un desarrollo de la Constitución.

Pero hay todavía otras maneras en que el Estado puede influir también inmediatamente sobre la situación del Derecho, sin perturbar en su marcha al Derecho mismo. En efecto: si en una larga serie de años se ha recopilado una masa de ordenanzas singulares, entre ellas habrá, ciertamente, muchas que tengan una vigencia meramente fugaz; otras muchas caerán ocasionalmente en el olvido; otras serán abolidas o modificadas por el uso; y otras, realmente vigentes, pasarán fácilmente inadvertidas ante la masa de las caducas. Así, pues, con frecuencia dependerá del azar el que sea o no descubierta y aplicada una ordenanza más antigua. Esta especie de incertidumbre jurídica, que ciertamente nadie puede alabar, puede ser eliminada de una manera muy segura. En efecto: a todos los tribunales y organismos administrativos del país se les puede exigir que informen acerca de cuáles son las ordenanzas que según la experiencia de su práctica permanecen todavía en vigor. A base de

28 Véase anteriormente pp. 103-104 [14-16].

estos informes, no será difícil hacer un resumen de lo todavía vigente, el cual podrá prescribirse de nuevo como ley con una validez excluyente. A tal *Codex Constitutionum* no se oponen los argumentos que se oponen a la redacción de códigos en el sentido ordinario; porque lo que ha surgido por la vía de la legislación puede ser reformado por la misma vía. El caso raro en el que una vieja ordenanza hubiese dado origen en comarcas singulares a la formación de un derecho consuetudinario peculiar podría dar lugar todavía a un tratamiento diferente.

Si, por ejemplo, el *Corpus Constitutionum Marchicarum* de Mylius hubiese sido refundido de este modo con todas sus Constituciones, todo hombre de negocios prusiano lo encontraría sumamente beneficioso, y ni siquiera los defensores más rigurosos del Derecho histórico podrían objetar nada en su contra.

4. Más atrás se ha observado, coincidiendo con Thibaut, la gran dificultad que surge para nosotros de la masa siempre creciente del material histórico y literario de nuestro Derecho; dificultad que es igualmente grande para la legislación y el estudio, para el profesor y el autor y para el juez escrupuloso y concienzudo. Pero la razón principal de este mal está en que los trabajos de los autores jurídicos estaban dirigidos muy poco sistemáticamente a un fin grande y determinado. Tenemos una enorme cantidad de compendios, observaciones, tratados singulares, etc., pero tenemos relativamente muy pocos libros propiamente dichos, que pudieran ser considerados como parte integrante de un balance científico (según los modos de ver de una época dada); y, sin embargo, ¡cuánto hubiera podido hacerse en este sentido si lo que había de bueno y fructífero en esas fuerzas singulares malgastadas se hubiera concentrado en fines simples y esenciales! Hace varios años iba a hacerse un código nuevo en un gran Estado alemán, para lo cual se tenía el plan de dejar en vigor, como subsidiario, al Derecho romano. En vano se trató de encontrar un manual detallado de Derecho romano que hubiera podido recomendarse a los juristas prácticos para su consulta. Por ello fue entonces preciso impulsar un manual semejante, el cual quedó, sin embargo, sin realizar, lo mismo que toda la redacción del código entonces emprendida. Ahora bien: dicho manual lo necesitamos y echamos de menos en todas las partes de nuestro Derecho y sobre todo en el Derecho romano. El hacerlo a conciencia sobrepasa las fuerzas de un individuo, pero mediante el trabajo conjunto de todos los que tienen una vocación interna para ello podría estarse en situación de hacerlo en algunos años. El modo de hacerlo sería este. De acuerdo con un plan sencillo,

fácilmente apreciable, se esbozaría un sumario tabular de todas las materias. De aquí elegiría cada participante aquellas materias en las que más hubiese trabajado. Cada trabajo singular debería contener: 1.º, historia jurídica muy en detalle y en especial con una recopilación de las fuentes; 2.º, parte dogmática, así mismo fundamentada íntegramente en las fuentes y asociada a una explicación de estas fuentes, en cuanto sea necesario; 3.º, bibliografía, con indicación del contenido y una apreciación de las obras enumeradas, tanto en conjunto cuanto en lo tocante a observaciones singulares dispersas; 4.º, finalmente, no se omitirían en modo alguno opiniones, deseos y propuestas políticas, aun cuando esto no es de tan apremiante necesidad. La lista de obras de los distintos autores que se formaría de esta manera tendría que ser considerada al propio tiempo, en virtud del cometido común que supone, como una gran obra, cuya correspondencia podría expresarse mediante la ordenación externa similar. Y no se objete que, a causa de la distinta opinión y dirección de los autores, solo surgiría en esa obra una apariencia engañosa de unidad y que el logro del fin en cada obra singular sería muy fortuito y dudoso. Si cada uno trabaja no solo con seriedad, sino con alguna abnegación, no será así en modo alguno. En efecto: tendría que encargarse explícitamente que lo puramente fáctico, probado y de validez general fuese separado de una manera visible de lo que todo el mundo encontraría bueno considerar como una opinión individual nueva, como mera hipótesis, empeño que podría ser útil incluso para el éxito de todo trabajo en sí, sin consideración a ese fin común. Evidentemente, aun con esta precaución no faltará el que muchos trabajos se nos malogren en gran parte y nos parezcan insuficientes; sin embargo, en el peor de los casos se ganará increíblemente mucho mediante la mera recopilación de las fuentes y de la literatura, y para cada caso futuro se preparará un mejor trabajo. Precisamente lo que ahora es más horroroso, la masa de lo fáctico, se hará así dominable. También se comprende que cada colaborador dejase a los demás las observaciones y explicaciones que tuviese disponibles para ellos, y especialmente las noticias bibliográficas pertenecientes a las materias de ellos. Para que la bibliografía fuese lo más completa posible, cada uno debería poner en conocimiento de los demás el índice de las obras que él conociera sobre la materia de que se hizo cargo, a fin de que pudiera ser completado por ellos. Tal empresa tendría que resultar indefectiblemente bien, con solo que fuera acometida sin egoísmo ni arrogancia personal, con amor puro por la causa. Sería un hermoso ejemplo de solidaridad el que juristas capaces de las más distintas opiniones, partidarios y adversarios de nuevos

códigos, quisieran unirse para este fin, y la excelente cooperación de Thibaut sería también de gran importancia en este terreno, lo mismo que en todos los aspectos. Con frecuencia se ha expresado la queja de que los alemanes, manteniéndose aislados unos de otros por presunciones vanas y odiosas, no querían resolver nada en común; he aquí algo común, que es propiamente nuestra vocación, para lo cual no necesitamos, o necesitamos solo transitoriamente, la cooperación de los gobiernos. La legislación se preparará así tan bien como la ciencia, e incluso aquellos que esperan de los códigos la salvación tienen que ver favorecido con ello su objetivo.

ANEXO II

Análisis de las observaciones de los tribunales de instancia y del tribunal de casación acerca del proyecto de código civil (por CRUSSAIRE).

Paris 1802, pp. 5-9.*

MONTPELLIER. El Código debe tener una sencillez que no ofrece el proyecto; nunca se halló Francia tan bien dispuesta para recibir una legislación sencilla.

En la forma en que se presenta la legislación proyectada, las formas presentan a veces un aspecto demasiado complicado. Puede temerse que, en contra del anhelo formulado en el discurso preliminar, resulte de ello tanta ganancia para el fisco como pérdida para el justiciable.

En cuanto a las cosas, las circunstancias y los lugares, son y deben ser la regla necesaria y el motivo determinante de la ley; tales son, por ejemplo, las leyes agrarias, todas aquellas que se refieren a la agricultura, a las servidumbres reales, servicios inmobiliarios, etc. Los lugares modifican de tal forma a estas leyes que las que resultan apropiadas para una región, tierra de llanura, no convienen muchas veces a la región vecina, zona montañosa.

Según estos principios, es difícil concebir un sistema de legislación uniforme relativa al aprovechamiento de las aguas para la irrigación de las tierras y la explotación industrial sin establecer ninguna distinción entre las propiedades y en contra de lo establecido por el uso, que no se regula siempre según la utilidad (como establece el proyecto), sino según la propiedad que se adquiere exclusivamente, a quienes tienen derecho de servirse.

El mismo inconveniente se presenta con respecto a la explotación y la duración de los arrendamientos de tierra y de ganado, los cuales, en ciertas regiones, conllevan estipulaciones de equidad proscritas por el proyecto de código.

Ocurre otro tanto con las servidumbres rurales, cuyo uso, tan frecuente como variado, no puede ser resuelto, como en el proyecto de código, en el cuadro de un sistema uniforme. Las excepciones deben figurar al lado de la regla y estar dictadas por un conocimiento exacto de los lugares.

Afirmar que la disposición general del proyecto de código provee a tales inconvenientes, dejando subsistir a los antiguos usos tras las nuevas leyes, supone no tomar en cuenta las dificultades que implica cada caso. Existen

* [En las ediciones alemanas, este segundo anexo aparece en francés.]

también otros usos generales que han dividido a Francia en dos grandes zonas: país de Derecho escrito y país de costumbres; en el proyecto de código, estos usos se confunden en la unidad del mismo sistema; se trata, según se dice, de una transacción entre el Derecho escrito y las costumbres.

Para valorar esta transacción y las ventajas que deben resultar de ella para ambos países, es preciso hacer algunas observaciones:

1. Lo que ha sido modificado por la fuerza de las cosas y por la propia constitución no ha podido ser objeto de dicha transacción.

De otro lado, tanto en las leyes romanas como en las costumbres hay que distinguir las que se fundan en el Derecho natural y la equidad y las que, a la vez, se derivan del orden natural y civil y del orden político, las que se derivan de las simples relaciones individuales y aquellas otras que se derivan de estas mismas relaciones con las de la sociedad; las primeras, de una equidad evidente, no pueden ser manejadas a gusto del legislador; las otras se prestan al espíritu de sistema que crea las diferentes combinaciones, entre las cuales el legislador puede elegir la que le parece más conveniente.

De este modo, los redactores del proyecto de Código han tenido que elegir entre las disposiciones del *Derecho escrito* y las disposiciones del *Derecho consuetudinario*, principalmente acerca de los aspectos sistemáticos de la patria potestad, de las tutelas, minoría de edad e interdicciones, de las sucesiones, de las donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, de los derechos de los cónyuges en el contrato matrimonial, de las prescripciones, etc.; es en estas materias donde el Derecho romano choca y se opone más a las costumbres y donde se ha impuesto la transacción.

¿Qué es lo que se ha concedido o sustraído al Derecho escrito? ¿Qué se ha concedido o sustraído al Derecho consuetudinario?

Respecto de la patria potestad, la costumbre ha logrado debilitarla poniendo junto a ella la comunidad de bienes entre los cónyuges; así, se opone en el matrimonio el crédito de una parte a la autoridad de la otra; autoridad que pierde casi toda la fuerza que deriva del Derecho escrito, debido a la ventaja concedida a la costumbre de despojar a los padres de la facultad de desheredar a sus hijos, de disponer libremente de sus bienes y de despojar a los hijos del derecho de exigir a los padres una educación adecuada.

Sí, en las tutelas, ha prevalecido el Derecho escrito en su disposición, que tan poco conviene a nuestros usos, relativa a la división de la tutela en cuatro clases, la costumbre ha triunfado en aspectos esenciales, no permitiendo distinguir entre tutor y curador ni entre pupilo menor o adulto, así como susti-

tuyendo la interdicción por causa de prodigalidad por la disposición officiosa, que tan poco adecuada resulta en su lugar.

En las sucesiones no encontramos esas grandes características de la legislación romana que solo defería la herencia a título universal por voluntad del hombre y, a falta de la misma, por disposición de la ley; principio sencillo, cuyas ventajas se hacían sentir en la práctica.

Al apartarse de este principio, la costumbre hace concurrir a la vez sucesión legítima y sucesión testamentaria, existiendo tantos títulos universales como disposiciones sobre porciones de bienes, cualquiera que sea el acto de adquisición. La distribución en dos líneas para ascendientes y colaterales contraría en la mayor parte de los casos la disposición equitativa del Derecho escrito, haciendo pasar los bienes a familias extrañas; sistema que, debido a la prolongación de las dos líneas hasta el infinito, priva a los cónyuges de todas las ventajas que les proporcionaba el Derecho escrito respecto a su sucesión recíproca.

Es cierto que este Derecho ha sido adoptado, al parecer, para las prescripciones. Pero estas reglas, que vienen a complicar innecesariamente las disposiciones, no hubieran debido mantenerse.

Vemos así que la transacción entre ambos Derechos se ha realizado dejando al imperio de la costumbre la casi totalidad de cuestiones acerca de las cuales pudiera entrar en concurrencia con el Derecho romano, y abandonando al Derecho escrito los restantes aspectos que son de escasa importancia; Derecho que, por lo demás, estaba modificado por las costumbres particulares, que lo derogaban o modificaban según las circunstancias y los lugares.

Así, tal podrá ser el destino de esas regiones que por el nuevo sistema de legislación se veían despojadas a la vez de las disposiciones del Derecho escrito y de las de su costumbre particular que les convenían; en lugar de estas leyes que habían elegido, recibirán disposiciones consuetudinarias que no les convienen y disposiciones del Derecho escrito rechazadas o modificadas por ellos mismos.

Ahora bien: cualesquiera que sean las nuevas leyes que se den a Francia, el legislador ha de prestar mucha atención a los efectos de la retroactividad y a los inconvenientes que surjan del encuentro de las nuevas leyes y de las antiguas, a fin de prevenirlos, si ello es posible, o de corregirlos sin atentar a la justicia y a la equidad.

El proyecto de Código, que establece en principio que la ley solo dispone para el futuro y que carece de efecto retroactivo, no logrará su propósito en

ciertos casos: por ejemplo, en lo que se refiere a las corrientes de agua, cuyo aprovechamiento no permitía el antiguo Derecho al propietario ribereño por el solo hecho de su utilidad privada, cuando el aprovechamiento exclusivo de las mismas estaba legítimamente atribuido a otros propietarios o poseedores de molinos; de este modo, el antiguo propietario se vería despojado, en virtud de la nueva ley, de un derecho adquirido hace siglos y después de haber llevado a cabo, bajo la protección de la ley antigua, construcciones que serían inútiles después de la pérdida de su derecho.

El Tribunal de Montpellier desea también que el legislador se explique sobre el verdadero sentido y el efecto que debe atribuirse al Decreto de ... septiembre de 1791 que declara como no puestas todas las cláusulas insertas en los actos jurídicos que sean contrarias a las costumbres, a las nuevas leyes, a la libertad religiosa, natural o civil, y a la de contraer matrimonio o volverse a casar; y la ley de 24 de octubre y de 14 de noviembre de 1792 que prohíbe en adelante las sustituciones, abroga las entonces establecidas y mantiene el efecto únicamente de las que estaban abiertas en esa fecha.

Los tribunales han considerado que el legislador no había visto efectos retroactivos en estas dos leyes; no obstante, el tribunal de casación estima que padecen este vicio. El proyecto de Código no dispone nada al respecto; sería deseable que el legislador se pronunciase con el objeto de poner fin a este conflicto y a las incertidumbres que resultan del mismo.

Aquí, las lagunas que resultarán de la abrogación de las leyes antiguas, generales o particulares y locales, presentarán gran cantidad de dificultades a la sagacidad del legislador.

Por consiguiente, reglamentar las relaciones, colmar las lagunas, regularizar los efectos complejos de las antiguas y de las nuevas leyes, suplir su silencio, penetrar su oscuridad, tal es la tarea inmensa que impone el perfeccionamiento de la gran empresa de la nueva legislación.

Los redactores del proyecto parecen remitir esta labor al arbitrio de los jueces, que deberán cumplirla a medida que apliquen las leyes a los casos particulares. ¡Tal sería la jurisprudencia que se pretende colocar junto al santuario de las leyes!

¡Buena jurisprudencia! No teniendo otra regla que el arbitrio sobre la inmensidad de objetos que hay que coordinar al sistema de la nueva legislación, ¿qué unidad, qué armonía puede esperarse de semejante jurisprudencia, obra de tantos jueces y de tantos tribunales, cuya opinión, sacudida por todos los movimientos revolucionarios, se verá todavía modificada de mil formas dis-

tintas? ¿Cuál va a ser el regulador de esta jurisprudencia dispar, que habrá de componerse necesariamente de sentencias no sujetas a casación, puesto que no reposarán sobre la base sólida de las leyes, sino sobre principios indeterminados de equidad, sobre usos indefinidos, sobre ideas lógicas y, para decirlo de una vez, sobre el arbitrio?

Por consiguiente, un sistema incompleto de legislación será complementado con una jurisprudencia defectuosa.

Para evitarlo, el legislador podrá volver sus ojos a su propia obra, completarla en la medida de lo posible y no considerar el proyecto de Código más que como las Institutas del Derecho francés, en forma semejante a lo que son las Institutas de Justiniano respecto del Derecho romano. Al igual que estas, el proyecto de Código contendría los principios generales del Derecho y, por decirlo así, el texto de las leyes. El comentario, el desarrollo y los detalles de cada materia deberían ser objeto de otros tantos tratados independientes, como lo son, en alguna medida, en el Código y en el Digesto del Derecho romano.

Otro método podría quizá conducir al legislador a un resultado no menos feliz, aunque con menos esfuerzo, trabajo y sacudidas, si la unidad del sistema legislativo es de utilidad tan evidente que debe considerarse como un dogma político del que no es permisible apartarse; es cierto también que, en su estado actual, Francia es un país demasiado extenso para que la diferencia de climas no requiera tal unidad en ciertas leyes, que la naturaleza de las cosas y la del suelo modifican necesariamente.

Por consiguiente, la tarea del legislador parece consistir en dejar subsistir las diferencias locales en cuanto no se oponen al espíritu general e imponer la uniformidad sobre el resto.

Para lograr este propósito, ¿es necesario destruir todo, abrogar todas las leyes antiguas, para recrear todo? Parece más sencillo y natural mantener el antiguo sistema, derogando las normas que deban ser remitidas a la unidad y a la uniformidad y, en especial, aquellas que nuestra nueva situación política exige su modificación o reforma.

Respecto a estos últimos aspectos, la obra parece haber alcanzado su perfección en el libro primero del proyecto del Código; relativo al estado de las personas, y en las diferentes leyes promulgadas por nuestras asambleas nacionales.

Por lo que se refiere a los demás aspectos, a los que debe afectar el cambio y la reforma exigidas por la unidad del sistema, no cabe equivocarse y no se

presentan en tan gran número. En efecto, dejando de lado todas las disposiciones o principios del Derecho natural, denominados razón escrita, cuya equidad evidente se concilia con todos los sistemas legislativos, no nos quedaría más que las cuestiones de Derecho o las materias que hemos llamado antes sistemáticas, ya que su regla se halla menos en la naturaleza invariable que en la verdadera combinación de las conveniencias particulares y generales.

Según este plan, que parece tan sencillo, las materias a tratar en el nuevo Código se reducirían, poco más o menos, a las siguientes: patria potestad y deberes de los padres hacia sus hijos; tutelas, minoría de edad e interdicciones, sucesiones y donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, derechos de los cónyuges en los contratos matrimoniales, hipotecas, ventas forzosas y prescripciones.

Todas las demás materias podrían quedar intactas y vigentes en el depósito de las antiguas leyes; y estas leyes, sean generales, particulares o locales, continuarían siendo aplicadas como anteriormente en todo cuanto no hubiera sido derogado por el Código.

Tal método podría reunir los dos propósitos de mayor importancia que el legislador debe tener en cuenta principalmente: la utilidad general de la unidad del sistema con las conveniencias particulares de los lugares. De este modo, el contacto de las leyes antiguas y nuevas en un número infinitamente menor de puntos facilitaría sustancialmente su coherencia y su relación. Con mucho menor esfuerzo, la legislación sería más completa y la jurisprudencia más segura. No le faltaría al juez norma que aplicar y la contravención de las leyes tendría un correctivo. En vez de destruir, no se haría otra cosa, por decirlo así, que reparar, y el cambio parecería menos una innovación que una conservación de lo que no es necesario destruir. En efecto, los cambios en las leyes nunca serán demasiado meditados y solo pueden justificarse por una utilidad evidente: *in rebus novis constituendis* –dice la ley romana inspirada en los textos de Platón– *evidens debet esse utilitas ut recedatur ab eo jure quod din aequum visum est*.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>

9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>

19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>

28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>