

**Historia de la codificación civil en  
Iberoamérica**

\*

**Alejandro Guzmán  
2000**

A LA MEMORIA DE  
FERNANDO FUEYO LANERI



## TABLA DE ABREVIATURAS

AHDE.	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> (Madrid)
COING, H. (ed.), <i>Handbuch</i>	COING, Helmut (ed.), <i>Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte</i> (München, Beck, 1973-1988), 3 tomos, 8 volúmenes
GUZMÁN, Alejandro, <i>Andrés Bello codific.</i>	GUZMÁN, Alejandro, <i>Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile</i> (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), Vol. I - Vol. II: <i>Fuentes</i>
PARRA ARANGUREN, Gonzalo, <i>Nuevos antecedentes</i>	PARRA ARANGUREN, Gonzalo, <i>Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)</i> , como <i>Introducción a La codificación de Páez, I: Código Civil de 1862</i> (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974), pp. XIII-LXXXIII
RAMOS NÚÑEZ, Carlos, <i>El Código napoleónico</i>	RAMOS NÚÑEZ, Carlos, <i>El Código napoleónico y su recepción en América Latina</i> (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997)
RChHD.	<i>Revista Chilena de Historia del Derecho</i> (Santiago, desde 1959)

*REHJ.*

*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso, Chile, desde 1976)

TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977)

INTRODUCCIÓN  
EL CONCEPTO DE CODIFICACIÓN

## § 1. Fijación y codificación del derecho

La expresión “codificación del derecho”, si queremos emplearla con sentido técnico, designa un fenómeno reciente, que se inició a fines del siglo XVIII, no bien haya sido preparado desde los dos siglos anteriores. Antes, pues, no hubo codificaciones. Porque esta palabra, hay que insistir que usada en sentido técnico, no debe mentar a la operación consistente en hacer códigos, sino a aquella consistente en hacerlos de una determinada manera. Correlativamente, los códigos resultantes de la codificación han sido también especies únicas en la historia y antes de su época no los hubo iguales en ninguna parte.

La codificación pertenece, en cambio, a un género más amplio de fenómenos que llamamos “fijación del derecho”. Consiste él en la sistemática reunión formal o solo material de un conjunto disperso de fuentes en un cuerpo único o código que las reemplaza. La completa explicación aquí de este concepto nos llevaría demasiado lejos<sup>1</sup>; nos limitaremos, por ende, a los esclarecimientos necesarios.

Desde luego, las nociones particulares involucradas en la definición que se acaba de ofrecer deben entenderse en un sentido muy amplio. Así, la palabra “sistema” designa con premeditación cualquier esquema de orden<sup>2</sup>, desde el elementalmente cronológico hasta el más elaborado sobre la base de criterios lógicos de conexión interna de los conceptos sistematizados. Por “reunión formal”, en seguida, se significa que la colección de fuentes no altera, al menos de manera sustancial, la originaria formulación literaria y estructura externa de cada una de las recogidas, todas las cuales conservan dentro de la fijación su autonomía e individualidad (como ocurre en las recopilaciones). Bajo “reunión material”, en cambio, queda implicado que la colección utiliza solo el contenido de las fuentes absorbidas, incluso mediante previa reelaboración de ese contenido, las que entonces quedan refundidas o confundidas y destruidas en su exterioridad e individualidad (como tiene lugar en los cuerpos que consisten en una redacción original y nueva a partir de textos anteriores, por ejemplo, en las *Siete Partidas*). Por “código”, en fin, se entiende sin más al libro resultante, o sea, al texto fijador.

La historia de la palabra “código”<sup>3</sup> se inicia en la Antigüedad y se la entiende mejor en oposición a “volumen”. Con *volumen* se designaba a un formato editorial consistente en una tira de ancho y largo variables capaz de enrollarse en torno a un eje de madera o metálico (*umbilicus*) para ser guardada y de desenrollarse paulatinamente con una mano para leer su contenido, mientras es sostenido con la otra. El material empleado para confeccionar la tira

---

<sup>1</sup> Para todo lo que sigue, remito a GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), p. 21 ss.

<sup>2</sup> COING, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (1958), ahora en EL MISMO, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1982), Vol. I, pp. 191 (= trad. cast. como *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, UNAM, 1959, p. 21).

<sup>3</sup> Sobre la historia de la palabra “código”, vid. GUZMÁN, Alejandro, “*Codex*”, en VV. AA., *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D’Ors* (Pamplona, 1987), Vol. II, pp. 591–634 = *REHJ.* 10 (1985), pp. 107–144.

generalmente era el papiro (*charta*), pero también el pergamino (*membrana*). Desde antiguo se empleó asimismo el formato *codex* (también *caudex*). Esta palabra originalmente significa “tronco de árbol”<sup>4</sup>, y después “unión de varias tablas”<sup>5</sup> o sea, un ensamblado de madera. Como tal servía para designar variados objetos, por ejemplo, una especie de cepo móvil para disciplinar a los esclavos<sup>6</sup>, y bajo formas adjetivales, aludía a ciertos navíos, que después de todo también son un ensamblado de madera (*navis codicaria*)<sup>7</sup>. Pero este sentido genérico terminó por especificarse para denominar un ensamblado de madera, de tamaño más bien reducido, compuesto por cuatro lados y un fondo, cubierto éste con cera, sobre la cual se puede escribir con un punzón (*stylus*); se trataba, en otras palabras, de las tablillas de madera encerada (*tabulae*). Aunque cada tablilla era ya un *codex*, por constituir un ensamblado, todavía la palabra se usó preferentemente para denotar al conjunto de varias de estas tablas unidas entre sí por uno de sus extremos mediante anillos metálicos o cordones, de modo que el usuario pudiera sostener el objeto con una mano y deslizar cada tabla componente con la otra, para escribir o leer. Este formato, empero, se usaba como instrumento para recibir apuntes rápidos, para la correspondencia y para reducir a escritura los actos de la vida jurídica, como los testamentos<sup>8</sup>; en diminutivo siempre plural designaba un anexo al testamento (*codicilli*); también la contabilidad era mantenida en *codices rationum*<sup>9</sup> y los banqueros llevaban sus cuentas en un *codex accepti et expensi*. Sólo muy paulatinamente el formato *codex*, que en tanto compuesto de tablillas no era apto para contener una gran densidad de escritura ni permitía una cómoda lectura, reemplazó al formato *volumen*. Ello ocurrió cuando, en vez de tablillas por unir, empezaron a usarse trozos de pergamino (*codex membraneus*) o papiro (*codex chartaceus*) cortados en tamaño uniforme, cuya unión o cosido por uno de sus extremos proporcionó ya el aspecto de nuestros actuales libros (si reemplazamos aquellos materiales por el papel, de origen chino y empezado a fabricar en España en 1150, adonde llegó por intermediación de los árabes). Esta invención estaba destinada a eliminar al formato *volumen*, debido a las indudables ventajas que ofrecía en orden a su manejabilidad y capacidad para contener una gran cantidad de escritura; lo cual explica que su difusión haya comenzado en los ambientes cristianos, necesitados de contar con ediciones de la Biblia, cuya longitud es conocida. Con todo, la generalización de ese formato en el mundo pagano se inició a fines del siglo III, de donde la necesidad de reeditar como *codices* las obras de toda especie hasta entonces circulantes en *volumenes*.

Ahora bien, en este punto de la historia de la palabra *codex*, lo único que ella denotaba era un “libro” (*liber*) de formato determinado, mas para nada aludía a un libro de contenido jurídico. Por ello cuando a fines del siglo III aparecieron las primeras recopilaciones de rescriptos imperiales debidas a un tal Gregorio o Gregoriano primero, y a un Hermógenes o Hermogeniano después, que en Oriente fueron conocidas como *codex Gregorianus* y *codex Hermogenianus*, tales denominaciones (seguramente nacidas de la práctica) sólo significaban “libro Gregoriano” y “libro Hermogeniano”, porque habían sido publicados precisamente bajo la forma editorial *codex*, que ya era la prevaleciente para toda clase de libros. El empleo de este término asociado al contenido jurídico provino de que la recopilación de *leges* programada por Teodosio II el 429 y promulgada por él mismo el 438, fue oficialmente intitulada *Codex Theodosianus*<sup>10</sup>. Ese empleo fue reforzado por Justiniano cuando denominó, también oficialmente, como *Codex Iustinianus* a su recopilación de leyes imperiales del 529, de modo que durante toda la edad media el término quedó reservado exclusivamente para esta última obra, como el código por antonomasia. Aunque en el siglo

---

<sup>4</sup> GELL., *Noct. att.* XVI, 16, 3,

<sup>5</sup> NONN. 535, 11; SEN., *De brev. vitae* XIII, 14.

<sup>6</sup> PLAUT., *Poen.* V, 3, 34; IUVENT. II, 57; PROPERT. IV, 7, 44

<sup>7</sup> NONN. 535, 11; FEST. 46; SEN., *De brev. vitae* XIII, 4

<sup>8</sup> Dig. 37.11.1.6; 43.5.3.1.

<sup>9</sup> Dig. 2.13.10.2.

<sup>10</sup> CTh. 1.1.5; 1.1.6.



XIII se promulgaron varias compilaciones legales que seguían la planta del código justiniano (por ejemplo, las *Decretales* del papa Gregorio IX en 1234), ninguna llevó la palabra *codex* en su título, bajo el concepto de que publicar un *codex* era algo propio y exclusivo del emperador romano-germánico. Todavía durante la primera época moderna, ningún monarca se atrevió a dar ese título a las muchas compilaciones de leyes que siguieron el mismo modelo (así la *Recopilación de leyes de estos reynos* o *Nueva Recopilación* de Castilla en 1567 por Felipe II, o la *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias* en 1680 por Carlos II), pese a que hubo una multitud de obras privadas, siempre jurídicas, cuyos autores emplearon el término *codex* en sus denominaciones. Sólo hacia la época de la Ilustración, en el interior del movimiento por la codificación del derecho, entendida como una legislación destinada a sustituir al viejo *Corpus iuris civilis*, la palabra, ora en latín, ora en vulgar (cast. *código*, fr. *code*, ital. *codice*, alem. *Kodex*), empezó a ser recibida en los gabinetes reales. De 1748 es el *Codex Fridericianus Marchicus* de Federico II el Grande, que recopilaba leyes procesales. Maximiliano José III de Baviera promulgó en 1751, 1753 y 1756 un *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, un *Codex Iuris Bavarici Iudicarij* y un *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* respectivamente. El proyecto que inició el proceso codificador en Austria fue el *Codex Theresianus* (1766) compuesto bajo el gobierno de la emperatriz María Teresa. Pero en el área germánica, la codificación terminó por adoptar un nombre vernáculo que traducía, empero, una antigua expresión latino-medieval: *Gesetzbuch* = *liber legum* = “libro de las leyes”. Así el ya citado *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811 y, poco menos de un siglo después, el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1900. La vieja palabra triunfó, en cambio, en el área latina con el *Code Civil des Français* de 1804, al cual asimismo se debe la expansión del adjetivo “civil” (esta vez sí adoptado por los códigos germánicos, bajo la traducción *bürgerlich*). La voz *codification*, en cambio, fue un neologismo inventado por el inglés Jeremías Bentham (1748-1832).

Así entendido el concepto de fijación, resulta, por un lado, que ésta es una constante, aunque periódica, en la evolución de todo derecho, determinada por el ciclo dispersión-unificación de fuentes; por otro, que se dan varias maneras concretas de fijación, precisadas por el específico concepto de sistema que se adopte de entre todos los posibles o disponibles; por el tipo de fuentes reunidas (ya que es diferente fijar costumbres, leyes o doctrinas); por el carácter puramente formal o material de la colección, pues la primera conduce a las recopilaciones y la segunda a obras nuevas, etc.

La historia del derecho ofrece, de esta guisa, una variada gama de fijaciones y de códigos. El examen científico del fenómeno consiste primeramente en individualizar los especímenes como tales, ya que a veces puede escaparse su carácter de fijación, como ocurre, por ejemplo, con la *Magna Glossa* de Acursio (siglo XIII), que fue una verdadera fijación del derecho de glosadores, aunque habitualmente no se la trate así<sup>11</sup>; después, en estudiarlos en conjunto para establecer los tipos abstractos de fijación en los que todos se distribuyen<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, en la historia occidental hay un tipo muy

---

<sup>11</sup> Sobre esto: GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho* cit. (n. 1), pp. 97 ss.

<sup>12</sup> Un esbozo de tipos en GUZMÁN, Alejandro, *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 86 (Madrid 1983) 1, pp. 3–22. Vid. el amplio material recogido por VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XXe siècle. Essai de définition* (Bruxelles, [1967]); vid. también VIORA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione* (3ª ed., Torino, Giappichelli, 1967); BÜHLER, Th., *Gewohnheitsrecht, Enquête, Kodifikation* (Zürich, 1977); GAUDEMET, Jean, *La codification. Ses formes et ses fins*, en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias* (s. l. [Madrid], s. d. [1988]), Vol. I, pp. 309 ss.; EL MISMO, *Codes, collections, compilations, en Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* 24 (1996) 1, pp. 3 ss.

constante, cual es el de la “recopilación” (cualquiera haya sido el nombre propio que le fue impuesto al concreto código de que se trate): se inicia en la época postclásica del derecho romano con el *Codex* o *Corpus Gregorianus* y poco después con el *Codex* o *Corpus Hermogenianus*<sup>13</sup>, sigue con el *Codex Theodosianus* y culmina ahí con el *Codex Iustinianus*. Pero estas recopilaciones postclásicas de leyes sirvieron de modelo a la Edad Media (por ejemplo, las *Decretales* de Gregorio IX), a la Epoca Moderna (así el *Ordenamiento de Montalvo*, la *Nueva Recopilación* y la *Recopilación de Indias*) e incluso a la contemporánea (como es el caso de la *Novísima Recopilación*); junto a estos ejemplos españoles, se pueden repetir muchos otros en distintos países europeos.

Ahora bien, como quedó preanunciado, la codificación es uno de los tantos tipos de fijación; en consecuencia, aquélla significa: “fijación bajo la forma de codificación”. En lo que sigue, intentaremos, pues, describir en qué consistió este último fenómeno.

---

<sup>13</sup> Sobre las variantes *codex* y *corpus* con que fueron designadas estas dos recopilaciones: vid. GUZMÁN, Alejandro, *Codex*, en VV. AA., *Estudios* cit. (n. 3), p. 591 = *REHJ.* 10 (1985), p. 120 ss.

PRIMERA PARTE  
LA MATERIA DE LA CODIFICACIÓN

## § 2. *El Corpus iuris civilis y el ius commune*

Históricamente la codificación puede ser vista desde dos puntos de vista solo en apariencia contradictorios: primeramente, como una etapa del ciclo evolutivo del *ius commune*, de forma que “codificación del derecho” en realidad significa “codificación del derecho común”; en seguida, como una operación dirigida a sustituir al mismo *ius commune* como derecho vigente. La contradicción es solo aparente, porque la sustitución consistía en dejar fuera de vigor al *ius commune* en cuanto forma y al mismo tiempo en aprovecharlo en cuanto materia para los nuevos códigos.

Ahora bien, este doble punto de vista nos obliga a iniciar el estudio de la codificación precisamente por el del *ius commune*. Como quiera, sin embargo, que el núcleo del *ius commune* (en su vertiente secular) estuvo constituido por el *Corpus iuris civilis*, preliminarmente debemos recordar algunos extremos de lo que éste fue.

### I. El *Corpus iuris civilis*<sup>14</sup>

1. Entre los años 529 y 533 d. C., en Constantinopla, la capital del Imperio Romano de Oriente, el emperador Justiniano llevó a cabo una fijación del derecho, el cual, según la concepción de la época, aparecía dividido en dos ramas formales de contenido secularmente acumulado. Por un lado, las *leges*, esto es, la legislación imperial, constituida por una variada tipología de actos normativos (principalmente *rescripta*, *decreta*, *mandata*, *epistulae*, en la época clásica; *leges generales* en la postclásica), que genéricamente recibían el nombre de *constitutiones principum*. Por otro lado, los *iura*, es decir, los libros de derecho escritos por los juristas de la época clásica y transmitidos hasta la de Justiniano, y los formados en época postclásica con materiales de libros clásicos y atribuida su autoría a los juristas de esta última época.

2. La fijación de las *leges* fue cumplida bajo la forma de una recopilación de constituciones imperiales. En esto, como antes se insinuó, Justiniano siguió una tradición recopiladora de tales constituciones que se había iniciada a fines del siglo III d. C., cuando un personaje desconocido para nosotros, de nombre Gregorio o Gregoriano, ideó componer una compilación de constituciones dadas por los emperadores desde Adriano hasta Diocleciano, que ordenó por fechas y distribuyó por materias en títulos y libros; la obra fue conocida como *Corpus Gregorianus* en Occidente, aunque prevaleció el nombre que la práctica le impuso en Oriente de *Codex Gregorianus*. Poco después, otro desconocido, Hermógenes o Hermogeniano, completó la tarea con una compilación de rescriptos de Diocleciano emitidos con posterioridad al *Codex Hermogenianus*, que ordenó cronológicamente y por materias solo en títulos.

---

<sup>14</sup> Sobre el *Corpus iuris civilis* en sí mismo hay, por cierto, una abundante literatura, que fuera excesivo citar aquí; me limito a la exposición de conjunto titulada *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione* (Torino, Giappichelli, 1983), Vol. I (al cuidado de BIANCHINI, Mariagrazia), vol. II (al cuidado de AMELOTTI, Mario); vid. también FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, *Historia del derecho romano y su recepción europea* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995), pp. 181 ss.; asimismo mi propia exposición: GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), Vol. I, pp. 50 ss.

Estas obras sirvieron de modelo a Teodosio II de Oriente para una nueva compilación, pero de la legislación imperial posterior a Diocleciano, es decir, prácticamente desde Constantino hasta sus propios días; y tal fue el *Codex Theodosianus* promulgado en el año 438. El seguía el ejemplo de Gregorio al distribuir las constituciones recogidas por orden cronológico y por materias en títulos y estos en 16 libros.

Con posterioridad, hasta Justiniano, la legislación imperial de los casi cien años intermedios (que llamamos *Novellae Posttheodosianae*) quedó, pues, extravagante. Teóricamente, Justiniano, al asumir la tradición postclásica de las recopilaciones de leyes, pudo haber concebido un cuarto *codex*, que reuniera las constituciones promulgadas después del código de Teodosio. En vez de ello, planeó una refundición de los tres códigos precedentes más dicha legislación posteodosiana en un único cuerpo, el cual, en consecuencia, no se iría a agregar a los tres anteriores, sino que los derogarían. La obra fue promulgada el 529 con el nombre de *Codex Iustinianus*. Reunía dicho cuerpo, como se planeó, las leyes que antes habían formado parte de los códigos de Gregorio, Hermógenes y Teodosio y las leyes posteriores a este último, insertadas (o reinsertadas las preteodosianas), como ya era tradicional, por orden cronológico en títulos creados para cada materia, los cuales se distribuyeron, a su vez, en 12 libros. En el año 534, este código debió ser revisado con la finalidad de integrarle la legislación que el propio Justiniano emitió con posterioridad a la primera edición del 529; y esta segunda edición fue la que se transmitió a la posteridad y ha llegado hasta nosotros.

Todavía Justiniano, que murió el año 565, continuó legislando; y ello teóricamente debió conducir a nuevas ediciones de su código, con la misma finalidad predicha, para que se cumpliera el designio imperial de que siempre las leyes estuvieran reunidas en un cuerpo único y no se dispersaran. Pero no se hicieron nuevas ediciones y las leyes justinianas posteriores al 534 se mantuvieron desunidas y se conservaron con su nombre de *Novellae Iustiniani*; a lo más se las coleccionó después, sin orden ni concierto.

3. La fijación de los *iura* obedeció a una idea diferente a aquella que presidio la de las *leges*, pues se trató de una antología. También en esto Justiniano siguió una tradición postclásica, que se había originado esta vez en las escuelas de derecho orientales, consistente en la formación de textos de doctrina jurisprudencial, no redactados originalmente, sino compuestos por fragmentos selectos extraídos de obras clásicas, conservada su textura primitiva y ordenados unos en pos de otros (“en cadena”) según secuencia de materias; en otras palabras, se trataba de antologías temáticas como se dijo, a cuya formación contribuía una pluralidad de autores, representados por diversos fragmentos de sus obras originales. También solió combinarse la selección de textos jurisprudenciales con colecciones de rescriptos imperiales. Se nos han transmitido algunos ejemplos de este género de literatura postclásica, como los *Fragmenta Vaticana* (principios del siglo IV), la *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* (fines del siglo IV) y la *Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio* (siglo V/VI).

La fijación de los *iura* fue planeada siguiendo esta tradición y su resultado fueron los *Digesta Iustiniani*, promulgados a fines del 533. Se trata de una antología inmensa de cerca de 9.000 fragmentos extraídos de 1.625 obras jurisprudenciales de autores clásicos o atribuidas a ellos, ordenados por materias en títulos y estos distribuidos en 50 libros.

Los compiladores, presididos por el ministro Triboniano, quedaron autorizados para introducir modificaciones a los escritos escogidos, que llamamos “interpolaciones”, para evitar que se contradijeran entre sí y para adaptarlos al derecho vigente y a las reformas que el propio Justiniano fue estableciendo contemporáneamente con la formación del Digesto mediante especiales constituciones imperiales.

4. Como anexo a los *iura*, y en tanto se componía el Digesto, Justiniano ordenó una tercera obra, consistente en la revisión y reedición de las viejas *Institutiones* de Gayo, que, escritas a mediados del siglo II d. C., habían venido a adquirir una notable difusión en la época postclásica y a servir de texto introductorio a los estudios de derecho en las escuelas, para los alumnos del primer año. Pero esta obra no iría a servir más a los fines de la enseñanza, no solo porque reflejaba el estado del derecho de la época de su composición, es decir, el clásico, que por natural evolución ya no era el mismo que el de la época de Justiniano, sino también por las múltiples reformas introducidas por el propio Justiniano, que las *Institutiones* no podían reflejar. Ello movió al emperador a decidir la mentada revisión, que fue encargada a una pequeña comisión, también presidida por Triboniano, la cual, casi al mismo tiempo de terminarse el Digesto, pudo presentar la nueva versión, finalmente promulgada como *Iustiniani Institutiones* a fines del 533.

Esta nueva obra se mantuvo fiel al sistema y a la técnica expositiva del original gayano. Su punto de arranque, en consecuencia, también fue la partición primordial de todo el *ius* en aquel que pertenece a las *personae*, a las *res* y a las *actiones* (procesales), previa una breve exposición sobre las fuentes del *ius civile*. En el interior de cada uno de los extremos de esta tricotomía, la correspondiente materia aparece expuesta de acuerdo con las técnicas de la división, esto es, de la distinción en géneros y especies; de la partición, o sea, de la distinción de los miembros o elementos integrantes de un todo; y de la definición de cada concepto resultante de la aplicación de las técnicas precedentes. Buena parte del texto original de Gayo fue conservado; pero se agregaron fragmentos extraídos de las *Institutiones* de Florentino, Marciano, Paulo y Ulpiano, de las *Res cottidianae* del propio Gayo, amén del contenido de ciertas constituciones de Justiniano que habían reformado el derecho expuesto por Gayo, refundido todo este material en una unidad textual continuada.

5. Este conjunto de libros justinianeos, a saber: el *Codex*, los *Digesta* y las *Institutiones*, más la colección de sus *Novellae*, fue designado con el nombre común de *Corpus iuris* por los glosadores medievales. A fines de la Edad Media, a esa expresión le fue agregado el adjetivo *civilis* por quienes editaban la obra, ya entonces por medio de la imprenta, con el propósito de distinguirlo de otro *corpus iuris* que se había venido formando durante toda dicha edad, y que concernió al derecho canónico, el cual fue así conocido como *Corpus iuris canonici*.

## II. El *ius commune*<sup>15</sup>

1. El *Corpus iuris civilis*, la memoria de la mayor parte del cual prácticamente se perdió en Occidente durante la Alta Edad Media y que solo vino a ser redescubierto a fines del siglo XI, fue considerado desde entonces como el código del renovado Imperio Romano medieval, con aspiración de vigencia universal, es decir, como un código de derecho europeo. Esto fue obra de los juristas de la escuela de Bolonia, que conocemos como “glosadores” (siglos XI a XIII), y de sus sucesores que llamamos “comentaristas” (siglos XIII a XV). En tal calidad, y puesto que de todos modos los reinos y sus ciudades y aún comarcas tenían derechos particulares suyos, de origen tradicional y consuetudinario, considerados como *iura propria*, se atribuyó el carácter de *ius commune*<sup>16</sup> al derecho del *Corpus iuris civilis*, integrado, además, por el del canónico de nombre similar. La teoría de glosadores y comentaristas, en su versión más simplificada, era que en defecto del *ius proprium* debían aplicarse subsidiariamente el *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*, aquél *in temporalibus*, éste *in spiritualibus*.

Los juristas nacionales no siempre aceptaron que el *Corpus iuris civilis* tuviera vigencia positiva (*pro auctoritate*) en sus respectivos reinos, porque sus monarcas no reconocían dependencia del Imperio Romano (*Sacrum imperium*), cuyo era el *Corpus iuris civilis*; pero terminaban por acordarle una vigencia doctrinal (*pro ratione*), que no

---

<sup>15</sup> Lit. general: ENGELMANN, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig, K. F. Koehlers, 1938); KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano* (1947, trad. cast., Madrid, Ed. Rev. de Der. Priv., 1955); CALASSO, *Medioevo del diritto*, I: *Le fonti* (Milano, Giuffrè, 1954); WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2º ed., Göttingen, Vandenhoeck u. Reprecht, 1967), pp. 45 ss. [trad. cast., pero de la 1ª ed., como *Historia del derecho privado de la edad moderna* (Madrid, Aguilar, 1957), pp. 34 ss.]; COING, H. (ed.), *Handbuch I: Mittelalter (1100-1500)*; CANNATA, Carlo Augusto-GAMBARO, Antonio, *Lineamenti di storia del diritto moderno in Europa*, Vol. II: *Dal medioevo all'epoca moderna* (Torino, Giappichelli, 1989), pp. 7 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, I: *Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, Giuffrè, 1979), pp. 33 ss.; CAMPITELLI, A., *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune* (Bari, Cacucci, 1992); CORTESE, Ennio, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il basso medioevo* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995); EL MISMO, *Il rinascimento giuridico medievale* (Roma, Bulzoni, 1996); GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval* (trad. cast. Madrid, M. Pons, 1996); BELLOMO, M., *L'Europa del diritto comune* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996) [trad. cast. como *La Europa del derecho común*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996].

<sup>16</sup> Sobre la contraposición *ius commune-iura propria*, especialmente SANTARELLI, Umberto, *Ius commune e iura propria. Strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, en VV. AA., *Studi in memoria di Mario E. Viora* (Fond. Sergio Mochi Onory, s. l., s. d.), pp. 635 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Historia de las nociones de 'Derecho Común' y 'Derecho Propio'*, en VV. AA., *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo* (Madrid, Univ. Complutense, 1996), Vol. I, pp. 207 ss. [una versión anterior como prólogo a BRAVO, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1989), pp. XI ss]. Vid. también: WOLF, Armin, *Los 'iura propria' en Europa en el siglo XIII*, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 5-6 (Murcia, 1993-1994), pp. 35 ss.; GARCÍA Y GARCÍA, *El derecho común en Castilla durante el siglo XIII*, ibíd., pp. 45 ss.

implicaba ninguna sujeción a dicho imperio<sup>17</sup>. Esta versión fue la aceptada en Castilla y todavía era defendida en pleno siglo XVIII por el Consejo de ese reino<sup>18</sup>.

En el siglo XVI, por influencia de la jurisprudencia humanista y como contrapartida de su polémica en contra del *Corpus iuris civilis*, de que luego hablaremos, se sostuvo que éste contenían tan sólo la manifestación de una equidad, interpretada como la *epiēkeia* aristotélica, es decir, como la adecuación de la ley al caso concreto ante la inevitable insuficiencia de aquélla para prever y regular todos los eventos posibles y ante la necesaria generalidad e inflexibilidad de sus disposiciones<sup>19</sup>. Esta visión, unida a la más antigua que veía en el *Corpus iuris civilis* una mera *ratio*, contribuyó a formar la opinión de que los textos del derecho romano estaban como situados fuera del ordenamiento jurídico, es decir, que, al menos en términos formales, no contenían ellos propiamente un derecho, porque el verdadero derecho era el nacional, del cual el romano no era sino un auxiliar ante el caso concreto. Cambió así el concepto de la subsidiariedad del *Corpus iuris civilis*: éste no debía recibir aplicación como derecho común situado alrededor de los derechos nacionales, sino como integrador en el caso concreto de las prescripciones de tales derechos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre esto: GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1982), pp. 51 ss. y su resumen: EL MISMO, *Razón escrita*, en *REHJ.* 4 (1979), pp. 143 s.

<sup>18</sup> Autos Acord. II, 1, 1 (de 1713). Vid. RIAZA, Román, *El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (Madrid, 1929), pp. 104 ss.; PETIT, Carlos, *Derecho común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 50 (1982), pp. 157 ss.; para otros países: LUIG, Klaus, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. II, pp. 819 ss.; MARRARA, D., *La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 13 (1984), pp. 287 ss.

<sup>19</sup> Sobre el tema de la equidad en los humanistas: KISCH, Guido, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit* (Basel, 1960). Acerca de la identificación entre derecho romano y equidad: GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* cit. (n. 17), pp. 61 ss. y su resumen cit. (n. 17), pp. 144 ss. Además, GUZMÁN, Alejandro, *Derecho romano y equidad en F. Le Duaren*, en *AHDE.* 48 (1978), p. 15 ss.

<sup>20</sup> Los textos son innumerables. Para Francia, me remito a mi libro y a su resumen cit. supra n. 19. Para Castilla cito, a título de ejemplo a: LÓPEZ, Gregorio, gl. *por las Leyes deste libro* ad Part. III, 4, 6 *Unde utendum est LL. Imperatorum tanquam ratione naturali, si fundantur in ea, non tanquam legibus...* (“por lo cual las leyes de los emperadores [= derecho romano] deben ser usadas en tanto razón natural, si efectivamente se fundan en ésta, no en tanto leyes...”), en *Los códigos españoles* (Madrid, 1848), Vol. II, p. 41; MOLINA, Luis de, *De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor* (1573, ed. Colonia, 1650), lib. III, cap. 12, núm 11 (p. 422): *Ius namque commune horum Regnorum est illud, quod in legibus Partitarum atque aliis legibus huius Regni statutum invenitur, nec leges Pandectarum nec Imperatorum in his Regnis tamquam leges, sed tamquam dicta Sapientum accipienda sunt* (“De este modo el derecho común de estos reinos es aquel que se encuentra estatuido en las leyes de Partidas y en otras leyes de este Reino, y las leyes de las Pandectas y de los emperadores no deben ser recibidas en estos reinos en tanto leyes sino en tanto doctrina de sabios”); FERNÁNDEZ, T., *Prima pars commentariorum in constitutiones Taurinas* (1566, ed. Granada 1566), lex III, pars 2, núm. 3 (p. 11): *...nec Romanorum, de quo leges Imperatorum et iuris consultorum loquuntur, omnes ligant, sed tanquam ratione observantur* (“...las leyes de los emperadores y de los jurisconsultos de que se habla no ligan a todos, sino que se observaban en cuanto doctrina [= *ratio*]”); MATIENZO, J., *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae* (1580, ed. Mantua Carpentana 1581), lib. 5, tit. 4, 1. a, gl 1, núm. 5 (p. 103 v.): *At iure regio non astringimur, etiam leges Imperatorum, ne dum communem opinionem doctorum observare in iudicando, nisi quatenus earum ratio nos impellat* (“pero, por derecho regio, no



La realidad forense, sin embargo, continuó dentro de las márgenes diseñadas en la Edad Media: el *ius commune* mantuvo en toda Europa una vigencia práctica indiscutida y tal, que fue el único enseñado en las universidades hasta fines del siglo XVII, en que se fundaron cátedras de derecho patrio. En el caso de Castilla, esa vigencia incluso se vio favorecida por la presencia de códigos patrios como las *Siete Partidas* y el *Fuero Real* (derechos propios según la teoría medieval), porque ellos mismos ya eran cuerpos de derecho romano en su mayor parte, de modo que el derecho común se presentaba como un insustituible factor interpretativo, a la luz del cual se aplicaban y ajustaban esos cuerpos, no sin protesta de los autores más críticos.

Esta situación se mantuvo hasta la época de la codificación.

2. Ahora bien, en una perspectiva histórica, pero también dogmática, el *ius commune* no se identificó con el *Corpus iuris civilis*. Este ciertamente fue su fuente y la base de su vigencia, punto de vista desde el cual el *ius commune* puede ser considerado como un derecho legal, porque dicho cuerpo fue precisamente mirado como una *lex*, que había promulgado Justiniano, un antecesor de los actuales emperadores. Pero ya desde la época de los glosadores, y sobre todo después, con los comentaristas clásicos, italianos o no, que actuaron en Italia, y con sus sucesores, los comentaristas que actuaron en diversos países europeos, el *ius commune* hubo de convertirse de hecho en un derecho de juristas<sup>21</sup>. De acuerdo con ello, el *Corpus iuris civilis* recibía aplicación no directamente, sino a través de la interpretación que le habían dado los juristas, cuyos libros, más que los textos mismos del *Corpus iuris civilis*, eran profusamente citados no solo en nuevos libros, sino en los dictámenes (*consilia*) y en los juicios.

Ello, en parte, se debió a las intrínsecas dificultades del *Corpus iuris civilis* que lo hacían directamente inaplicable en la práctica. De hecho el *Corpus iuris civilis*, si llegó a constituirse en derecho usual ello se debió a que entre sus textos y el foro actuaron como intermediarios los glosadores primero y los comentaristas después y así resultó ser la doctrina romanística elaborada por estos juristas la que recibía aplicación.

### III. Crisis del *ius commune*<sup>22</sup>

1. Por su propia naturaleza, en todo derecho de juristas el acceso al oficio jurisprudencial es libre y, por ende, teóricamente ilimitado el número de contribuyentes a la formación de opiniones jurídicas, que constituyen la fuente formal de un derecho así. Lo cual conduce a otro carácter estructural del mismo, como es la disensión y la controversia de opiniones, que si se multiplica indefinidamente, desemboca en la incerteza y en la inseguridad.

---

estamos sujetos en juicio a las leyes de los emperadores ni a la opinión de los doctores, salvo en la medida en que su doctrina [= *ratio*] nos convenza).

<sup>21</sup> Sobre el derecho común como derecho de juristas: KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano* cit. (n. 15), pp. 247 ss.; especialmente: LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano, Giuffrè, 1967), pp. 79 ss.

<sup>22</sup> ERMINI, Giuseppe, *Corso di diritto comune* (Milano, Giuffrè, 1952), Vol. I, pp. 95 ss.; TARELLO, Giovanni, *La crisi del diritto comune nel Settecento europeo: un problema storiografico* (1976), ahora en *Cultura giuridica e politica del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1988), pp. 61 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno* cit. (n. 15), pp. 193 ss.

La época de los glosadores, hacia el siglo XIII, empezó a derivar a semejante estado, pero el peligro quedó conjurado cuando Acursio fijó las glosas de sus antecesores en una obra de conjunto, que alcanzó gran autoridad en la práctica, bajo el nombre de *Magna glossa*, *Glossa ordinaria* o simplemente *Glossa* por antonomasia. Con ella se cerró dicha época, para dar lugar a una nueva, caracterizada por un estilo diferente, el de los comentaristas. Cuando el mismo peligro que había asechado al derecho de los glosadores se presentó en el de los comentaristas, hacia el siglo XIV, se inventó el correctivo de la *communis opinio doctorum*<sup>23</sup>. Según él, un juez no estaba ligado sin más a la opinión interpretativa de los juristas, sino a la que resultara ser común a todos ellos o, al menos, a los más autorizados. Tal es solo una versión simplificada de ese correctivo, que en realidad era mucho más complejo y lleno de matices y distinciones, sobre todo lo cual no podemos entrar, empero, aquí. Baste destacar que través de este mecanismo la pluralidad y diversidad de opiniones de los juristas resultaba encauzada hacia la unidad, de modo que en el momento judicial de la aplicación del derecho el juez dispusiera de criterios aceptables para escoger una opinión entre varias, precisamente la común.

2. La *communis opinio doctorum* pudo funcionar bien mientras la labor de los intérpretes siguió generalmente circunscrita a determinadas ciudades de Italia, como Bolonia o Pavía, y se vio favorecida por la aparición de juristas tan reputados, como Bartolo o Baldo, que por sí solos, con la *Glossa*, constituían opinión común. Pero al internacionalizarse la ciencia de los comentaristas, el caudal de juristas, obras y opiniones creció desmesuradamente; y estas últimas, a su vez, en mayor grado al llegar a un punto de exageración el empleo del método dialéctico, que de por sí era muy apto para generar nuevas interpretaciones, merced al uso y abuso de sutiles distinciones, subdistinciones y conciliaciones<sup>24</sup>, que hacían posible producir tantas variantes y, por ende, tantas opiniones, como autores. En el siglo XV, el derecho común de juristas entró en crisis, como consecuencia de la mole de opiniones contradictorias a que dio lugar y en el siglo siguiente esta crisis se agravó, al aparecer una nueva metodología aplicada al estudio del *Corpus iuris civilis*, fundada en el humanismo filológico y que en los ambientes académicos terminó por recibir la denominación de *mos Gallicus*, porque en Francia se la cultivó de manera especial, en oposición a la vieja metodología

---

<sup>23</sup> Sobre la *communis opinio*: BRUGI, Biagio, *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, en EL MISMO, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi* (Torino, UTET., 1921), p. 81 ss.; ENGELMANN, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur* cit. (n. 15), pp. 215 ss.; PIANO-MORTARI, Vincenzo, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, ahora en EL MISMO, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli, Jovene, 1976), pp. 77 ss.; LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* cit. (n. 21), pp. 164 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno* cit. (n. 15), pp. 146 ss.; HORN, Norbert, *Argumentum ab auctoritate in der legistischen Argumentationstheorie*, en VV. AA., *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* (Berlin- New York, De Gruyter, 1974), pp. 261 ss.; CORTESE, Ennio, *Il diritto nella storia medievale*, II cit. (n. 15), pp. 458 ss.

<sup>24</sup> Sobre esto: STINTZING, R., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1880, reimp. Aalen, Scientia, 1957), Vol. I, pp.110 ss.

dialéctica de los comentaristas, que entonces se llamó *mos Italicus*<sup>25</sup>, por haber sido Italia el país en donde más brilló, y también “bartolista”, en razón del que había sido su máximo exponente: Bartolo de Sassoferrato. El *mos Gallicus*, en efecto, creó nuevas interpretaciones al *Corpus iuris civilis*, y de cariz original, como consecuencia del moderno método aplicado a su estudio; pero ello extendió la controversia y con ello la incertidumbre.

De esta manera, la formación de verdaderas opiniones comunes resultó imposible y quedó dislocado aquel intermediario entre los textos justinianos y el foro, que era la opinión jurisprudencial destinada a hacer más fácilmente aplicable los difíciles textos romanos.

3. Aunque la jurisprudencia medieval había otorgado a los libros de derecho romano un carácter legal por haber sido promulgados por Justiniano, antecesor directo de los actuales emperadores germánicos y aunque, de conformidad con los mismos textos del *Corpus iuris civilis*, habíase reconocido al emperador la potestad legislativa para hacer nuevo derecho, en la práctica, como se dijo, el derecho común había sido un derecho de juristas y no propiamente un derecho legal. Los emperadores germánicos usaron su potestad legislativa con parsimonia y de hecho las leyes romanas no se vieron acompañadas por una legislación de nuevo cuño. Pero fue en las tierras de fuera del Imperio, en aquellas reinos que pretendían no estar sujetos a aquél, en donde este supuesto de hecho del derecho común sufrió un nuevo embate.

La reconstrucción del poder político de los reyes se hizo doctrinariamente sobre la base del derecho romano, a través de la tesis de que cada rey era emperador en su reino<sup>26</sup>, de modo que todas las potestades reconocidas por el derecho romano a aquél en el ámbito imperial, fueron reclamadas por éstos en sus respectivos reinos. Entre tales potestades, la principal era naturalmente la legislativa, y si bien durante la Baja Edad Media esta pretensión real se vio limitada por la concurrencia de los estamentos y las concepciones altomedievales que veían en los reyes más a un juez que a un legislador, ello no impidió el desarrollo de una legislación interna, que en el caso de Castilla se manifestó en cuerpos completos como el *Fuero Real*, las *Siete Partidas* o el *Ordenamiento de Alcalá*.

La tendencia culminó en la época moderna con el reconocimiento definitivo de la potestad legislativa de los reyes cual atributo específico de la soberanía. Nuevamente los humanistas jugaron aquí su papel y principalmente Bodino, el teórico moderno de la soberanía. Con el afianzamiento definitivo del estado absoluto a fines del siglo XVI y durante el XVII, la legislación real transformóse en una fuente jurídica<sup>27</sup> en seria competencia con el derecho común, cuyo volumen hizo surgir la necesidad de las

---

<sup>25</sup> No he encontrado en los autores una indicación acerca del origen preciso de las denominaciones *mos Gallicus-mos Italicus iura docendi*. Es posible que hayan tenido origen popular y quizá las difundió Mateo Gribaldi Mopha. Cfr. STINTZING, R., *Gesch. der deutsch Rechtswiss.* cit. (n. 24), Vol. I, p. 106.

<sup>26</sup> Usada también en Castilla: 7 Part. II, 1, 5; II, 1, 7; II, 1, 8.

<sup>27</sup> MOHNHAUPT, H., *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, en *Ius Commune* 4 (Frankfurt a. M., 1972), pp. 188 ss.

recopilaciones legislativas, de las cuales es ejemplo notable la *Recopilación de las leyes de estos reynos* (llamada vulgarmente *Nueva Recopilación*) de 1567 para Castilla.

4. La teoría humanista según la cual el *Corpus iuris civilis* era considerado nada más como un depósito de equidad, portaba el peligro de poder sostenerse que resultaba lícito someterlo a una especie de enjuiciamiento destinado a verificar que efectivamente la solución ofrecida por él resultara equitativa. Fue tal en efecto la consecuencia y de la formulación de que el derecho romano regía como equidad, se pasó a la que pretendía regir aquél solo en tanto se mostrara realmente equitativo. El argumento de equidad destinado a discutir la letra de los textos auténticos, que los medievales se habían esforzado por mantener por sobre toda discusión, reservando tan sólo al emperador su revisión, pero negándosela al juez y al intérprete<sup>28</sup>, entró así en los tribunales, en los libros de derecho, también en la enseñanza; y la vigencia *pro ratione* del derecho romano, que había nacido como una fórmula técnica inteligible en relación con el presupuesto político de la independencia de los reinos respecto del Imperio para expresar su carencia de vigencia legislativa, se transformó en medida o criterio de utilización del derecho romano en el foro. Cualquier abogado, todo jurista se sintió con la facultad de discutir la aplicación de ese derecho, alegando su iniquidad<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Me refiero a la vieja discusión en torno a las relaciones entre equidad y derecho, sostenida entre los glosadores de la escuela de Bulgaro y de Martino. En síntesis y esquemáticamente, mientras el primero y sus seguidores sostenían que en caso de conflicto entre la *aequitas rudis* (esto es, la equidad aún no juridizada) y el *ius*, el juez y el intérprete debían dar preferencia a este último, correspondiendo sólo al emperador zanjar el conflicto en beneficio de la equidad, esto es, transformarla en derecho y, por tanto, modificar el derecho anterior, Martino y su escuela entendían que en un tal conflicto ya el juez y el intérprete podían modificar el *ius*, aceptando una solución de equidad. La opinión que llegó a ser común, aceptada por la *Glossa* de Acursio y por la inmensa mayoría de los juristas posteriores fue aquella de la escuela de Bulgaro. Sobre este tema LEFEBVRE, Charles., *Les pouvoirs de juge en droit canonique* (Paris, Sirey, 1938), p. 170 ss.; MEIJERS, E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 17 (1941), pp. 117 ss.; ROTA, *La concezione irneriana dell'aequitas*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 26 (1949), pp. 241 ss.; BOULET-SAUTEL, M., *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XIIème siècle*, en *Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit* 2 (1951), pp. 1 ss.; LANGE, N., *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. rom. Abt.* 71 (1954), pp. 31 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* cit. (n. 17), pp. 12 ss. Vid. ahora: VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)* (Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1992), pp. 159 ss. (desde Azo): en efecto, el tema de si cabe un recurso a la *aequitas rudis* está en íntima relación con la potestad de constituir nuevo derecho.

<sup>29</sup> Testimonio de ello es, por ejemplo, esta queja del jurista francés del siglo XVIII, RANCHIN, G., *Variae lectiones*, lib II, cap. 3: *Nullum hodie regnum est, quod incerto magis iure utatur, quam hoc nostrum Hujus rei causa non una, ser praecipua, in frenis illa magistratum atque iudicium licentia, in iudicandis controversiis, quam sibi arrogant malo more, dum leges romanas, non quasi leges, sed quasi nudas rationes sibi sequendas esse autumant, dumque pro arbitrio eas conculcare et ab iis impune resilire se posse arbitrantur...* (“No existe hoy ningún reino que se rija por un derecho más incierto que el nuestro. La causa de tal situación, si no la única al menos la más importante, está en aquella desenfrenada licencia que los magistrados y jueces tienen la mala costumbre de arrogarse al juzgar las controversias, consistente en que, mientras afirman que las leyes romanas no deben observarse como leyes sino sólo como meras razones, piensan al mismo tiempo que las pueden despreciar en favor del arbitrio y apartarse impunemente de ellas...”): cit. por BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, cap. 2, párr. 50, en *Oeuvres de jurisprudence de M. Bouhier* (Dijon, 1787), Vol. I, p. 375.

5. Todos estos factores determinaron una crisis de inseguridad e incerteza en el *ius commune*, que fatalmente tenía que manifestarse en la administración de la justicia. Como debía resultar natural, la crisis desencadenó la crítica.

SEGUNDA PARTE

EL MOVIMIENTO EUROPEO  
POR LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO

### § 3. Crítica al *Corpus iuris civilis* y al *ius commune*

#### I. Crítica al *Corpus iuris civilis*<sup>30</sup>

1. El primer objeto de crítica fue el *Corpus iuris civilis* mismo, fundamento del *ius commune* en su vertiente secular. Ella corrió primeramente a cargo del *mos Gallicus*, como consecuencia de su reconocimiento de los textos justinianos como objetos históricos, concretamente bizantinos, en oposición a la visión medieval que veía en ellos a objetos dogmáticos e intemporales. Ello implicaba verificar que el *Corpus iuris civilis* en realidad había sido una obra epigonal del derecho romano, y otorgar todo su valor al hecho histórico de que la comisión compilatoria del mismo había trabajado con materiales recogidos de la multiseular experiencia jurídica romana; que, por tratarse de una compilación, su factura había implicado una selección de escritos, es decir, la aceptación de algunos textos y el repudio de otros; y que lo coleccionado habían sido fragmentos de obras más vastas y no los escritos completos, por lo cual cada pasaje aparece en el *Corpus iuris civilis* desligado de su contexto original y situado en un contexto distinto creado artificialmente por los compiladores, amén de que el emperador Justiniano había autorizado a la comisión compilatoria para introducir en esos textos retoques, adiciones, supresiones y modificaciones.

Todo esto era ciertamente sabido por los medievales; pero ellos no asumieron consecuencias metodológicas de este conocimiento y trabajaron en cambio con la idea dogmática de que el *Corpus iuris civilis* era una obra racional y no histórica, como si hubiese sido hecha por un solo hombre, en un sólo y unitario acto intelectual, sin ribetes, fisuras o contradicciones, con un mismo estilo y guiado por una única noción sistemática interna. Los humanistas, en cambio, obtuvieron todas las consecuencias de su reconocimiento del verdadero carácter del *Corpus iuris civilis* y se dieron a la tarea de restituir el texto, contexto y sentido originales de los escritos recogidos en él, intentando, por así decir, realizar el trabajo inverso al realizado por Justiniano, a fin de reconstituir el derecho clásico. Para ello se auxiliaron con los instrumentos de la filología y de la historia y se apoyaron en textos no jurídicos o jurídicos descubiertos

---

<sup>30</sup> Lit.: CHIAPPELLI, Luigi, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en *Archivio Giuridico* 28 (1882), pp. 451 ss.; BRUGI, Biagio, *I dialoghi di Alberico Gentili intorno agli interpreti delle leggi*, en EL MISMO, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi* (Torino, UTET., 1915), p. 78 ss.; RICCOBONO, Salvatore, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus iuris civilis*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis* (Roma, 1935), Vol. II, pp. 377 ss.; ASTUTI, Guido, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi 'de iuris interpretibus' di Alberico Gentili* (Bologna, Zanichelli, 1937); DE MATTEI, R., *L'esaltazione della politica, la polemica contro i Legisti e l'affermarsi dell'esigenza giuridica nel Seicento italiano*, en *Archivio Giuridico* 133 (1946) 1, pp. 15 ss.; SCHAFFSTEIN, F., *Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit im 16. Jahrhundert*, en VV. AA., *Festschrift f. H. Niedermeyer* (Göttingen, 1953), pp. 195 ss.; MAFFEI, Domenico, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (1956, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 1972), pp. 52 ss.; CARPINTERO, Francisco, *Mos italicus, mos gallicus y el humanismo racionalista*, en *Ius Commune* 6 (1977), pp. 108 ss.; ASTUTI, Guido, *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del Corpus iuris civilis*, ahora en EL MISMO, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* (Napoli, Ediz. Scient. Ital., 1984), Vol. I, pp. 421 ss.; GUZMAN, Alejandro, *Mos Italicus y mos Gallicus*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 2 (Valparaíso 1978), pp. 11 ss.

por ellos, que no habían pasado por la mano de los compiladores y reflejaban, en consecuencia, un estado jurídico anterior a Justiniano.

El nuevo carácter que los humanistas dieron al *Corpus iuris civilis* condujo a su desestimación como cuerpo de derecho vigente, en cuyo reemplazo, como ya dijimos, vióse nada más que a una equidad escondida en la letra, que al jurista tocaba descubrir. Mientras los juristas nacionales del medievo, percibiendo en el *Corpus iuris civilis* una *ratio*, no habían con ello llegado a obtener consecuencias sustanciales en torno al modo de aplicar el derecho romano y, antes bien, a través de esa idea habían llegado a coincidir con los juristas italianos en cuanto a su carácter de derecho común; los modernos deshicieron el cuerpo mismo de ese derecho para reemplazarlo por una *ratio* equitativa oculta tras los textos.

2. El desprestigio del *Corpus iuris civilis* como cuerpo dogmático no sólo fue consecuencia directa de su historización por los humanistas, sino también de la crítica positiva de éstos a la forma misma de la compilación. Si se pretendía que el *Corpus iuris civilis* era un cuerpo de derecho apto para las necesidades del tráfico jurídico, los humanistas denunciaron su total ineptitud para cumplir tal cometido, haciendo hincapié en que el Digesto y el Código recogen escritos de naturaleza casuística, procedentes de diferentes épocas, personas y situaciones, lo que determina no pocas contradicciones; en que son repetitivos, porque los materiales usados no habían sido fundidos en una nueva unidad y conservaron su autonomía y forma originales; y en que fueron colocados según una sistemática deficiente; todo ello unido al enorme volumen de los libros y al paralelismo entre el *Codex* y los *Digesta*, que, desde sus respectivos puntos de vista, legal y jurisprudencial, tratan iguales materias, con el agregado de las *Institutiones*, cuyo carácter más sistemático y elemental no obsta al hecho de agregar a la ya considerable masa de derecho de los otros dos cuerpos, un nuevo elemento, que, aumentando el volumen total es, además repetitivo respecto de ellos.

## II. Crítica al *ius commune* como derecho de juristas<sup>31</sup>

Pero también la ciencia de los comentaristas fue objeto de ácidas censuras por parte de los humanistas, como un capítulo más de su general desprecio por lo gótico y también de su ideal clasicista. Tanto por haberse ceñido dicha ciencia exclusivamente al *Corpus iuris civilis*, tal cual salió de manos de Justiniano, como por haber empleado el método dialéctico para su estudio, lo mismo que por el bárbaro latín usado para escribir, fueron razones preferidas de esta censura.

Para los humanistas era motivo de escándalo que un texto antiguo como el *Corpus iuris civilis* hubiera sido cubierto de glosas y comentarios hasta casi haberlo hecho desaparecer, de modo que en los tribunales y en la cátedra no fueran esos textos los realmente usados sino precisamente la interpretación medieval. A ello debía añadirse la naturaleza y calidad de esta interpretación. Los juristas del derecho común -decían los humanistas- desconocían el griego, por lo cual habían dejado a un lado todos los textos del *Corpus iuris civilis* redactados en esa lengua. Ignoraban el latín clásico y por ello no

---

<sup>31</sup> Vid. la nota anterior.



entendían siempre el verdadero sentido de los escritos de los juristas romanos, amén de redactar sus propios escritos en un latín bárbaro. Desconocían la historia que circundó originalmente los textos, por lo que nuevamente estaban incapacitados para entender su verdadero alcance. Carecían de todo interés por los escritos literarios y filosóficos de la antigüedad en donde se encuentran muchas alusiones jurídicas que sirven para un más cabal conocimiento del derecho. No quisieron tomar verdadera conciencia de que el *Corpus iuris civilis* fue una obra histórica, que es lo que explica la presencia de antinomias, por lo cual habían persistido en tratarlo como un texto dogmático, esforzándose por conciliar esas antinomias a través de artificiosas distinciones y subdistinciones que torturaban innecesariamente los textos y que a las dificultades ínsitas en ellos añadían otras, salidas de sus cerebros escolásticos. Tampoco era mejor —decían— el carácter de las ediciones de que se valían estos juristas, plagadas de errores de lecturas, de los cuales había surgido otra tanta variedad de opiniones falsas y sin verdadero fundamento en textos auténticos.

Por motivos de esta clase el humanismo descalificó en bloque a la jurisprudencia medieval y a sus seguidores modernos, los juristas del *mos Italicus*.

### **III. Balance**

El resultado de la crisis, aumentada por la crítica, fue la ruptura de los moldes mismos del sistema jurídico; y como ese sistema en realidad consistía en una pluralidad que los medievales se habían esforzado en reconducir a la unidad a través de mecanismos inventados y supuestos aceptados, desaparecidos esos mecanismos y esos supuestos, la pluralidad afloró. A la íntima unidad entre el derecho común y los derechos propios, ambos vigentes al mismo tiempo, pero relacionados de acuerdo con la teoría de la aplicación subsidiaria del primero, siguió una vigencia discutida del derecho romano con base en su equidad. A la unidad material a que los medievales habían conducido la pluralidad de textos recogidos en el *Corpus iuris civilis* por medio de su interpretación dogmática, sucedió la visión de un amontonamiento de textos. A la unidad de opiniones a través del mecanismo de la *communis opinio doctorum* procedió una pluralidad multiforme y abrumadora de pareceres discordantes. A la exclusividad del *Corpus iuris civilis* sucedió la pluralidad de leyes reales, etc. El resultado final tenía que ser la desorientación y la confusión, la incertidumbre y la incerteza .

#### **§ 4. La prehistoria de la codificación, I: la solución legislativa de las controversias y la limitación de las citaciones de juristas**

La temprana crítica a que fueron sometidos el *Corpus iuris civilis* y el *ius commune* condujeron a la proposición de soluciones superadoras de los defectos denunciados por dichas críticas. Las que pasamos a estudiar, empero, partían del sistema y se mantenían en sus márgenes.

## I. La solución legislativa de controversias<sup>32</sup>

Paradójicamente, una de ellas, a la que nos referiremos en seguida brevemente, fue la misma que Justiniano empleó como parte de su vasto plan de reforma jurídica: la emisión de leyes que zanjaran definitivamente las controversias agitadas entre los juristas, de modo de terminar así con la disensión.

1. Antes se aludió de paso a que después de promulgado su *Codex* el 529, Justiniano continuó legislando y a que ello obligó a una segunda edición en el 534, para incorporarle dicha legislación. Ahora bien, buena parte de ésta estuvo dirigida a zanjar las controversias que los comisionados del emperador encontraban en las fuentes jurisprudenciales a cuya compilación se abocaron después de terminado el *Codex*. Se tomó cuenta que esa compilación no sería útil si se daba acogida a fragmentos que contenían doctrinas opuestas, como las que los comisionados imperiales encontraban en los escritos antiguos, pues el derecho romano clásico, como derecho de juristas que había sido, también daba pábulo a la controversia y a la disensión entre los autores. Se hacía necesario, pues, establecer una solución única para las cuestiones debatidas; pero ello, de acuerdo con la ideología jurídica oficial del Imperio de Oriente, en cuanto implicaba sancionar un determinado derecho, solo competía al emperador<sup>33</sup>. Justiniano, en consecuencia, dictó una serie de constituciones cuya función fue la anotada de dirimir controversias; con base en tales normas, los compiladores del Digesto procedieron a interpolar oportunamente los escritos clásicos, a fin de ponerlos de acuerdo en el sentido decidido por el legislador imperial. De estas leyes Justiniano dió cuenta en la constitución *Cordi*, que sirvió para promulgar la segunda edición de su *Codex* el 534<sup>34</sup>. De donde que el propio emperador pudiera recordar, al promulgar el Digesto, que: “también nuestra majestad... enmendaba... todo lo que se encontrara dudoso e incierto”<sup>35</sup>.

2. El modelo justiniano fue recogido en diversos países europeos: desde luego por muchos autores que lo propusieron como remedio a la contradicción de opiniones existente entre los escritores de derecho; pero, lo que es más notable, también por algunos legisladores, que lo aplicaron. Así, en 1505 la reina Juana de Castilla apodada la Loca, promulgó las célebres *Leyes de Toro*, un conjunto de 83 leyes decisorias de controversias, que se habían venido preparando desde antes bajo el reinado de su madre doña Isabel la Católica. En 1529 la dieta imperial de Spira solucionó una disputa sobre derecho sucesorio y el emperador Carlos V sancionó la solución adoptada en una constitución de ese año. En 1572, el príncipe elector Augusto de Sajonia publicó unas *Verordnungen und Constitutionen des rechtlichen Process* que solucionaban 277 “casos

---

<sup>32</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*, en *AHDE*. 50 (Madrid, 1980), pp. 851 ss.

<sup>33</sup> Cod. Iust. 1.14.12.5: “solo el emperador será considerado tanto el creador como el intérprete de las leyes” (*tam conditor quam interpres legum solus imperator existimabitur*).

<sup>34</sup> IUST., const. *Cordi* 1.

<sup>35</sup> IUST., const. *Tanta pr.: nostra quoque maiestas... quidquid dubium et incertum inveniuntur... emandabat*.

controvertidos, dudosos y disputados” (*streitigen, zweifelhaften und disputirlichen Fälle*).

## II. Limitaciones a la citación de autores en juicio<sup>36</sup>

1. Un segundo tipo de solución, también con precedentes romanos, fue la limitación legislativa de los autores citables o alegables en juicio. El precedente estuvo constituido esta vez por la célebre “ley de citas”, una constitución imperial de Valentiniano III de Occidente (y Teodosio II de Oriente) dada en Ravena el 426 y recogida en el *Codex Theodosianus*<sup>37</sup> (por lo cual fue perfectamente conocida en la Edad Media y en la Epoca Moderna a través de la llamada *Lex Romana Visigotorum*). Según ella, solo podían ser “recitadas” en juicio, esto es leídas ante el juez, que era la forma postclásica de invocar textos jurídicos, las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino. En caso de encontrarse divergencias de opinión entre estos autores, el juez quedaba obligado a atenerse al parecer de la mayoría; si se hallaba haber igualdad numérica de autores con opiniones encontradas, aquél debía adoptar la que apareciera apoyada por la autoridad de Papiniano; solo de no poderse aplicar los criterios anteriores, el juez era libre de decidir, pero amoldando su decisión a alguno de los pareceres de los juristas permitidos citar.

2. Muy tempranamente, en 1328, se encuentra en los estatutos de Verona una norma que mandaba resolver los juicios, en defecto de los estatutos y las costumbres: “según los derechos romanos y las glosas ordinarias aprobadas por Acursio”<sup>38</sup>. Ella, pues, implicaba una selección legislativa de las glosas citables.

En 1427, una pragmática del Rey Juan II de Castilla prohibió citar en juicio opiniones de doctores posteriores a Juan Andrés entre los canonistas y a Bártolo entre los civilistas<sup>39</sup>. Poco después, en 1499, otra pragmática, esta vez de los Reyes Católicos, permitió que en defecto de opinión en los juristas antes indicados, se pudieran citar,

---

<sup>36</sup> Lit.: TEIPEL, G., *Zitiertgesetze in der romanistischen Tradition*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. rom. Abt.* 72 (1955), pp. 245 ss.; MARONGIÙ, A., *L'ultimo duca di Urbino e la sua Legge della citazione*, en *Studi Urbinati* 11 (1937) 3-4 (que no he podido ver); EL MISMO, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi*, en *VV. AA., Studi di storia e diritto in onore di E. Besta* (Milano, Giuffrè, 1939), Vol. III, pp. 441 ss.; EL MISMO, *Una legge delle citazioni e un nuovo Giustiniano nel Seicento*, en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile* 15 (1961), pp. 952 ss.; EL MISMO, *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, en *VV. AA., Studi in memoria di T. Ascarelli* (Milano, Giuffrè, 1969), Vol. III, pp. 1.203 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno* cit. (n. 15), pp. 247 ss.

<sup>37</sup> CTh. 1.4.3.

<sup>38</sup> *Statuta civitatis Veronae*, lib. II, cap. 2: ...*secundum iura Romana et glossas ordinarias Accursii approbatas*, cit. por LIVA, Alberto, *La gerarchia delle fonti di diritto nelle città dell'Italia settentrionale* (Milano, Giuffrè, 1976), p. 48.

<sup>39</sup> PÉREZ DE LA CANAL, Miguel, *La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427*, en *AHDE*. 26 (1936), pp. 659 ss. La pragmática se encuentra compendiada en *Ord. Reales de Castilla* I, 4, 6; y una edición crítica de la misma se ve como apéndice al trabajo precedentemente citado.

empero, al Abad Panormitano (Nicolas Tudeschis) entre los canonistas y a Baldo entre los civilistas; si bien esta norma fue derogada por la ley I de Toro en 1505<sup>40</sup>.

Por su parte, las *Ordenações Afonsinas* del Rey Alfonso V de Portugal, de 1447, mandaron guardar como derecho subsidiario (el principal estaba constituido por las leyes del reino, el estilo, la costumbre y el derecho romano) a: “*as grossas d’Acursoio encorporadas nas ditas Leyx. E quando pelas ditas grossas o caso nom for determinado, mandamos que se guarden a opiniom de Bartholo, no embargante que os outros doutores diguam o contrario*”<sup>41</sup>. Las *Ordenações Manuelinas* de 1514 establecieron algo similar, pero con modificaciones para dar entrada a la *communis opinio doctorum*<sup>42</sup>. La norma pertinente fue repetida en las *Ordenações Filipinas* de 1603.

En fin, ya en plena época moderna, en 1613, el duque de Urbino, Franciso María della Rovere, limitó la alegabilidad de obras jurídicas en juicio a las de Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Alejandro Tartagni, Jasón del Maino y Juan de Imola<sup>43</sup>.

### III. Conclusión

Estos remedios tenían algo de desesperado y no podían ofrecer carácter definitivo, porque no superaban las bases del sistema que permitía la existencia de controversias. Pero es digno de considerarse que cuando se suscitó el remedio final, o sea la codificación, aquellos estuvieron nuevamente presentes. Por un lado, dirimir las disensiones de opinión existentes en el derecho común permaneció como una de las más importantes operaciones legislativas por realizar, esta vez directamente en el interior de los códigos que se preparaban, punto de vista desde el cual estos se nos presentan también como leyes decisorias de controversias. Por otro, la limitación a la alegabilidad de autores en juicio reapareció en su forma más radical, bajo la de una prohibición de citarlos<sup>44</sup>, para salvaguardar a los códigos del peligro de que algún día llegasen a ser sustituidas por sus comentarios y de que un derecho legal se transformase en un derecho de juristas<sup>45</sup>; si bien esta última medida no pudo sostenerse en definitiva.

---

<sup>40</sup> *Leyes por la brevedad y orden de los pleitos*, cap. 37 (reimp. facsimilar en *Opera historica ad jurisprudentiam expectantiam*, serie maior, I, Granada 1973). Esta pragmática es recordada en la citada ley I de Toro.

<sup>41</sup> *Ordenações Afonsinas*, lib. II, tít. 9. Vid. ESPINOSA GOMEZ DA SILVA, Nuno, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas* (Braga, 1980), pp. 22 ss.

<sup>42</sup> *Ordenações Manuelinas* lib. II, tít. 5, párr. 1.

<sup>43</sup> Vid. los trabajos de Marongiù cit. supra n. 36. El texto de esta ley en MARONGIÙ, A., *L’ultima legge* cit. (n. 36), p. 1204.

<sup>44</sup> Así en el código prusiano de 1794 y, en el curso de la codificación austríaca, en el *codex Theresianus*, aunque éste no obtuvo vigencia. Si bien Napoléon no llegó a este extremo, es conocida la anécdota según la cual habría exclamado *¡Mon code est perdu!* al enterarse de haber aparecido un comentario al mismo, el primero de ellos, aquel de Maleville. Con ello manifestaba la desconfianza del legislador frente a los juristas.

<sup>45</sup> En realidad, este tipo de prohibición asimismo tuvo su precedente en Justiniano, quien reiteradamente había vedado que se recitasen obras de juristas en juicio, que no hubieran sido recogidas en el Digesto (IUST., const. *Summa* 3; *Deo auctore* 5; *Tanta/Dedoken* 19). También se manifestó antes de la codificación en un par de casos, como los de una norma de Vittorio Amadeo II de Piamonte-Cerdeña

## § 5. La prehistoria de la codificación, II: La proposición de substituir el *corpus iuris civilis*

Las ideas de resolver legislativamente las controversias agitadas por los autores del derecho común y de limitar su empleo forense únicamente implicaban introducir cuñas legales en un derecho de juristas, pero no modificaban su estructura. Otra solución que paulatinamente se fue perfilando y que ahora empezamos a examinar, en cambio, fue más radical y, al llevarse finalmente a cabo, resultó extremadamente radical. Fue o, mejor dicho, terminó por ser la codificación, en cuya prehistoria, empero, todavía presentóse como una mera sustitución del viejo *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo de derecho.

### I. Cicerón y el *ius in artem redigere*<sup>46</sup>

Esta idea de substituir al *Corpus iuris civilis* surgió en el interior del movimiento humanista (*mos Gallicus*). Ella fue posible porque, como antes se recordó, uno de los cánones centrales del humanismo fue el de retornar a las fuentes clásicas y en éstas aquél encontró un modelo que lo condujo a plantear dicha idea.

1. Por fuentes clásicas los juristas humanistas entendían, en cuanto juristas, las obras jurisprudenciales escritas en la última época republicana y en los dos y medio primeros siglos del imperio; en cuanto humanistas puros, agregaban las obras literarias y filosóficas del mismo período. Ahora bien, el Digesto y el Código de Justiniano en sí mismos no eran fuentes clásicas, porque habían sido formados en la última etapa de la Antigüedad, en la etapa bizantina. Ciertamente es que el Digesto, a su turno, había sido compuesto con fragmentos de obras originalmente escritas en la época clásica; pero se trataba de fragmentos y, más aun, intervenidos con toda clase de interpolaciones bizantinas. Libros jurídicos directamente provenientes de la época clásica, sin la intermediación de Justiniano, no se conservaban. En la masa de obras literarias, empero, existían ciertas reflexiones de Marco Tulio Cicerón, para los humanistas el príncipe de los escritores latinos, sobre lo que él denominó *ius in artem redigere* y que podemos

---

en 1729, insertada en las *Costituzioni di S. M. il rè di Sardegna* de ese año; de una ley del emperador José II de Austria en 1769; y de una provisión de Fernando IV de Nápoles en 1774.

<sup>46</sup> Lit.: LA PIRA, Giorgio, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, II: *L'arte sistematrice*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 42 (1934), pp. 336 ss.; VILLEY, Michel, *Recherches sur la littérature didactique de droit romain* (Paris, Montchrestien, 1945); METTE, H. J., *Ius civile in artem radactum* (Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1954), p. 50 ss.; BRETONE, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, Ed. Scientifiche Ital., 1971), pp. 183 ss.; SCHIAVONE, Aldo, *Nascità della giurisprudenza* (Roma, Laterza, 1976); D'IPPOLITO, Federico, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica* (Napoli, Ed. Scientifiche ital., 1971), pp. 95 ss.; BONA, Ferdinando, *L'ideale retorico ciceroniano e il ius civile in artem redigere*, en *Storia et Documenta Historiae et Iuris* 46 (1980), pp. 282 ss.; SCARANO USSANI, Vincenzo, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudici di Cicerone e di Pomponio*, en MANTOVANI, Dario (ed.), *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontifici alla scuola di Servio. Atti del seminario* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 229 ss.; EL MISMO, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 5 ss.; CUENA B., Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria, 1998), pp. 70 ss.

traducir aproximadamente como “reducir ordenada o sistemáticamente el derecho a arte”.

2. Para Cicerón, de lo que se trataba era de aplicar la dialéctica al derecho. En el pensamiento estoico, predominante en Roma en la época de Cicerón, la dialéctica era, junto a la retórica, una parte de la lógica o ciencia del *logos*<sup>47</sup>, la cual con la física y la ética formaban el conjunto de la filosofía<sup>48</sup>. La dialéctica era definida como el arte que atañe al bien pensar-decir<sup>49</sup> en discurso breve y dialogado<sup>50</sup>, y se le reconocían dos ramas: la relativa a los significados o contenidos de las palabras y la relativa a los significantes o sonidos de las palabras<sup>51</sup>. La dialéctica de los significados incluía lo que, con terminología moderna y abarcadora, podríamos llamar la teoría del conocimiento, la criteriología (o ciencia de los criterios para discernir de la verdad y la falsedad en las percepciones), la teoría del enunciado (sentencia, proposición, juicio) y la teoría del razonamiento y de la argumentación (válida e inválida o sofística); o sea, con exclusión de los dos primeros extremos, lo que hoy entendemos por lógica. La dialéctica de los significantes, que no nos interesa aquí, abarcaba lo que modernamente llamamos las ciencias del lenguaje o lingüística. Lo que en su terminología técnico-filosófica los estoicos llamaban dialéctica de los significantes, por división profesional había dado lugar a una ciencia cultivada por especialistas bajo el nombre de *techné grammatiké*; así, en los ambientes no estrictamente filosóficos, el nombre de dialéctica quedó reservado para el estudio de los significados, que, como ha quedado dicho, tiende a coincidir con nuestra lógica. En síntesis, pues, cuando Cicerón reclamaba la aplicación del arte dialéctica al derecho, lo que hacía era reclamar la aplicación de la lógica.

a) Cicerón expuso esta idea en su diálogo *Brutus* (46 a. C.)<sup>52</sup>, donde, en un cierto momento de la conversación, resultan comparados el pontífice Quinto Mucio Escévola

---

<sup>47</sup> Al parecer fue Zenón de Citio, el fundador de la Estoa, el primero en usar la palabra “lógica” para designar una parte de la filosofía: vid. ZELLER, E., *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtliche Entwicklung* (1923, reimp. Darmstadt, WBG, 1923), Vol. III, 1, p. 65, n. 1; pero ella era más extensa que nuestra palabra “lógica”, pues incluía a la lingüística. En nuestro sentido, “lógica” más se acerca a lo que Aristóteles llamó “analítica” y a lo que los mismo estoicos llamaron “dialéctica relativa a los significados” (como subsección de su lógica). De todos modos, una tendencia tardía tendió a designar lo que los estoicos llamaban “lógica” con el nombre de “dialéctica”, como se ve en AECIO, *Placit., proem. 2* (= VON ARNIM, J., *Stoicorum veterum fragmenta*, 1905, reimp. Stuttgart, Teubner, 1978, Vol. II, N° 35, que en lo sucesivo se abreviará *SVF.*); cfr. DIOG. LAERT. VII, 48.

<sup>48</sup> DIOG. LAERT. VII, 39 (= *SVF.* II, N° 37); SEXT. EMP., *Adv. math.* VII, 22 (= *SVF.* II, N° 44); VII, 16 (= *SVF.* I, N° 38); *Pyrron. hypot.* II, 13; SEN., *Epist.* LXXXIX, 9, 14; AECIO, *Placit., proem. 2* (= *SVF.* II, N° 35).

<sup>49</sup> Para los estoicos, *logos* significa al mismo tiempo “pensar” y “decir”, en unión indisoluble.

<sup>50</sup> DIOG. LAERT. VII, 41 (= *SVF.* II, N° 48); SEXT. EMP., *Adv. math.* II, 6-7 (= *SVF.* I, N° 75); cfr. CIC., *Orat.* 32, 113; *De fin.* II, 6, 7.

<sup>51</sup> SEN., *Epist.* LXXXIX, 17; DIOG. LAERT. VII, 43; VII, 62 in fine (= *SVF.* II, N° 122); VII, 55 y 63; SEXT. EMP., *Pyrron. Hypot.* II, 214; cfr. QUINT., *Instit. orat.* II, 20, 7.

<sup>52</sup> CIC., *Brutus* 41, 152-42, 153: “Intervino Bruto: -¿Hablas en serio?- dijo. ¿Realmente antepones a Quinto Escévola nuestro Servio? Así es, Bruto -dije. Yo pienso que Escévola y muchos otros han poseído una gran práctica del derecho civil, pero solo aquél el conocimiento del arte; al cual jamás hubiera llegado por medio del solo saber jurídico, si no hubiese aprendido aquel arte que enseña a dividir un todo en partes, a explicar los significados ocultos a través de definiciones, a aclarar lo oscuro mediante la

y el jurista Servio Sulpicio Rufo. Según Cicerón, Escévola, como muchos otros, poseyeron una gran práctica (*usus*) en el derecho civil, pero sólo uno había poseído el arte (*ars*) del mismo: Servio. Pero éste jamás habría llegado a poseerlo por medio del sólo saber jurídico (*iuris scientia*) -continúa- si no hubiera aprendido aquel arte (*ars*) que “enseña a dividir un todo en partes, a explicar los significados ocultos a través de definiciones, a aclarar lo oscuro mediante la interpretación, a percibir primeramente lo ambiguo, después a distinguir, y finalmente a formar una regla con la cual discernir lo verdadero de lo falso y con la cual saber qué consecuencias se pueden extraer y cuáles no, de determinadas premisas”. Servio, en efecto, había aplicado -dice- aquel arte “el mas importante de todos” a aquellas cosas “sobre las cuales otros confusamente daban dictámenes (*respondere*) y asesoría para los litigios (*agere*)”. Dicho arte es llamado expresamente “dialéctica” por Cicerón.

b) Todavía Cicerón volvió sobre el tema en el diálogo *De oratore* (55 a. C.)<sup>53</sup>, poniéndola en boca de L. Licinio Craso. Desde la época de Gneo Flavio – hace decir a

---

interpretación, a percibir primeramente lo ambiguo, después a distinguir y finalmente a formar una regla con la cual discernir lo verdadero de lo falso y con la cual saber qué consecuencias se pueden extraer y cuáles no, de determinadas premisas. El, en efecto, ha aplicado como una luz este arte, la máxima de todas las artes, a aquellas cosas sobre las cuales otros confusamente daban respuestas y consejos para los litigios. -Me parece que te refieres a la dialéctica - dije. - Exactamente -le respondí”. (*Hic Brutus: Ain tu? inquit. Etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit, hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit, Recte, inquam, intellegis...*).

<sup>53</sup> Cic., *De oratore* I, 41,186-I, 42,190: “Desde que, por primera vez, fueron publicadas por Cneo Flavio las fórmulas de las acciones, ninguno hubo que ordenase tal materia en un sistema de géneros. Pues, en efecto, nada hay que pueda reducirse a forma sistemática, si quien posee el saber que se quiere ordenar sistemáticamente no domina aquel conocimiento por medio del cual, de aquellas nociones aun no organizadas como sistema pueda nacer el sistema... Casi todas las nociones que ahora se encuentran reducidas a un sistema, en otro tiempo se hallaban desconectadas y desarticuladas entre sí: tal sucedía con el ritmo, los tonos y la armonía en la música; con las líneas, las figuras, los espacios, los volúmenes en la geometría; con las revoluciones del cielo, el nacimiento, el ocaso y el movimiento de los cuerpos celestes en la astronomía; con el tratamiento riguroso de los textos poéticos, la investigación histórica, el análisis de las palabras, la fonética en la gramática; la invención, la alocución, la disposición, la memoria y el gesto en la retórica misma, aparecían en otro tiempo poco conocidas y recíprocamente desconectadas. Debió, en consecuencia, venir en auxilio un conocimiento de otro género, extrínseco a aquellas ramas del saber y proveniente de un campo sobre el cual los filósofos se atribuyen un control total, el cual debía ser capaz de entrabar un saber desperdigado y fragmentario y de introducirlo en un cierto esquema. Sea, por lo tanto, éste el objeto del derecho civil: la mantención de la igualdad en los negocios y litigios de los ciudadanos, en los límites establecidos por las leyes y las costumbres. Entonces será necesario distinguir los géneros y reducirlos a un número pequeño y determinado. El género es aquello que comprende dos o más partes, poseedoras de ciertas características comunes entre sí, pero diferenciadas por su especie. Partes son aquellas comprendidas en los géneros de los cuales emanan; y será necesario expresar mediante definiciones el significado de todos los nombres de cada género y parte. Pues la definición es una explicación breve y determinada de la esencia de la cosa que deseamos definir... Sea que me fuese dado hacer aquello que pienso desde hace tiempo, sea que le corresponda a otro, por estar yo distraído por diversas cosas o muerto, de ser el primero en reducir todo el derecho civil a géneros, que son muy pocos, y de distribuirlos como miembros de un cuerpo, y de aclarar mediante definiciones la significación de cada uno, así tendríais un sistema perfecto de derecho civil, rico y fecundo y no difícil ni oscuro” (*Posteaquam est editum expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose*

Licinio-, quien había publicado las fórmulas de las acciones procesales, rompiendo así el monopolio de los pontífices, “ninguno hubo que compusiere una ordenación (*digesta*) de tal materia según las reglas del arte (*artificiose*) y por géneros (*generatim*)”. Para poder emprender la tarea de reducir algo a un arte (*ad artem redigi*) no basta empero tener el saber de que se trate, cuyos elementos todavía no han sido sistematizados en arte, pues necesario es también dominar aquella ciencia (*scientia*) mediante la cual se construye el sistema mismo (*ars*). Acto seguido Licinio explica en qué consiste éste último: casi todas las nociones que ahora se hallan encerradas en un arte (*quae sunt conclusa artibus*), en otro tiempo se hallaban dispersas y desarticuladas; tal sucedía con el ritmo, los tonos y la armonía en la música; las líneas, las figuras, los espacios y los volúmenes en la geometría; las revoluciones del cielo y el aparecimiento, el ocaso y el movimiento de los cuerpos celestes en la astronomía; el tratamiento de los textos poéticos, el conocimiento de la historia, la interpretación de las palabras y la fonética en la gramática; la invención, la alocución, la disposición, la memoria y el gesto en la retórica. En todo estos casos fué necesario -continúa Licinio- “que viniera en auxilio un arte de otro género, extrínseco (*ars extrinsecus*) a aquellas ramas del saber y proveniente de un campo sobre el cual los filósofos se atribuyen un total control, el cual debía ser capaz de entrabar un saber desperdigado y fragmentario, y de introducirlo en un cierto esquema (*ratio*)”. Enseguida Licinio aplica lo anterior al derecho. Partiendo de la base que el fin de éste es “la mantención de la igualdad en los negocios y litigios de los ciudadanos, dentro de los límites establecidos por las leyes y las costumbres”, entonces, en primer lugar, es necesario distinguir los “géneros” (*genera*) y reducirlos a un número pequeño y determinado. Dentro de cada género hay que diferenciar, enseguida, las distintas “especies” (que Cicerón, empero, llama equivocadamente *partes*); finalmente “es necesario expresar mediante definiciones el significado de todos los nombres de cada género y especie”. Licinio explica qué se entiende por género, especie y definición. Y termina aquél (Cicerón, por tanto) manifestando el deseo de llevar a la práctica un proyecto que venía pensando desde hacía tiempo, consistente en ser el primero “en reducir todo el derecho civil a géneros, que no son muchos, de distribuirlos como miembros de un cuerpo, y de aclarar mediante definiciones la

---

*digesta generatim componerent. Nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius qui illa tenet quorum artem instituere volt, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quorum ars nondum sit, artem efficere possit... Omnia fere quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometria liniamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere ignota quondam omnibus et difussa late videbantur. Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communionem quadam, species autem differentis, duas aut plures complectitur partis. Partes autem sunt quae generibus iis ex quibus manant subiciuntur; omniaque quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus quam vim habeant est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio... Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem, quam difficilem et obscuram).*



significación de cada uno” para así tener un “arte perfecto del derecho civil” (*perfectam artem iuris civilis*).

c) Estos textos plantean varios problemas históricos: en qué relación se hallan ambos, cuál era la finalidad de la reducción del derecho a arte perseguida por Cicerón, ¿realmente llegó él a escribir un tratado *De iure civili in artem redigendo* que aparece como anunciado en el *De orator*? ¿en verdad Servio aplicó el *ars dialectica* al derecho como dice Cicerón? Pero no podemos entrar en ellos con detalle.

Por ahora contentémosnos con dejar establecido que Cicerón, en todo caso, planteaba un programa sustancialmente consistente en elevar el saber jurídico, de un mero conocimiento empírico, productor de nociones inconectadas y desarticuladas y manifestado por medio de dictámenes jurisprudenciales esparcidos, a un sistema de pocos géneros, cada cual con sus respectivas especies, y todo convenientemente definido. Que esta ordenación, permitiendo formar reglas sirviese solo para fines didáctico-retóricos, es decir, para la educación del joven *orator*, que es lo más posible, o también para extraer consecuencias ciertas con que dictaminar y asesorar no lo sabemos con seguridad, aunque es más posible lo primero<sup>54</sup>. En todo caso, lo que nos interesa retener es que un tal sistema sólo la dialéctica permitiría construirlo.

---

<sup>54</sup> Así BONA, Ferdinando, *L'ideale retorico* cit. (n. 46).

## II. El programa humanista del *ius in artem redigere*<sup>55</sup>

1. Resultó lamentable para los humanistas que la obra *De iure in artem redigendo* anunciada por Cicerón en el *De oratore* y de la que, por otro lado, algunas fuentes la dan como efectivamente escrita<sup>56</sup>, no se hubiera conservado en el conjunto de sus trabajos literarios transmitidos. Pero ellos conectaron las descripciones metodológicas de aquel autor, recientemente presentadas, con el método empleado por Gayo para tratar el derecho, tal cual aparece expuesto en las *Institutiones* de Justiniano, que los humanistas sabían perfectamente haber sido una revisión de las *Institutiones* de Gayo, entre otras cosas, porque el propio Justiniano así lo dice. En efecto, el método gayano(-justiniano) de presentar al derecho obedece estrictamente a los cánones de la dialéctica antigua, sintetizados y resumidos por Cicerón en los pasajes precitados, y en tal medida, que en nuestro tiempo incluso se ha pensado en que Gayo pudo haber tenido a la vista esos textos ciceronianos para diseñar el método de sus *Institutiones*<sup>57</sup>. De esta guisa, los humanistas reconocieron que esta parte del *Corpus iuris civilis* exponía el derecho de acuerdo con un método clásico, consistente en conexiones internas de conceptos, a diferencia del empleado en el *Codex* y en los *Digesta*, meramente compilatorio, por lo

---

<sup>55</sup> Lit.: PIANO-MORTARI, V., *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI* (1955), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI* (Napoli, Jovene, 1978), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI* (1957), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica cit. ibi*, pp. 117 ss.; EL MISMO, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1967), passim; EL MISMO, *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI* (1989), ahora en *Iura iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna* (Napoli, Jovene, 1991), pp. 367 ss. = en VV. AA., *La sistematica giuridica. Storia, teorie e problemi attuali* (Roma, Ist. della Enciclop. Ital., 1991), pp. 277 ss.; ORESTANO, Riccardo, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *Atti del Primo Congresso Internaz. della Soc. Ital. di Stor. del Dir.: La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Firenze, Olschky, 1966), pp. 385 ss.; EL MISMO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna. Il Mulino, 1987), pp. 133 ss.; LOSANO, Mario, *Sistema e struttura nel diritto*, I: *Dalle origine alla scuola storica* (Torino, Giappichelli, s. d.), pp. 27 ss.; MAZZACANE, A., *Unamesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Hermann Vultejus*, en *Annali di Storia del Diritto* 12-13 (1968-1969), pp. 257 ss.; EL MISMO, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1971); TROJE, Hans Erich, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhundert*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1969) pp. 63 ss.; EL MISMO, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter der Einfluss des Humanismus*, en COING, H. (ed.), *Handbuch. II: Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Vol. I: *Wissenschaft*, pp. 741 ss.; GUIZZI, V., *Il diritto comune in Francia nel XVI secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37 (1969), pp. 1 ss.; VASOLI, C., *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. I, pp. 237 ss.; SALMONOWICZ, Stanislav, *Die neuzeitliche europäische Kodifikation (16.-17. Jahrhundert). Die Lehre und ihre Verwirklichung*, en *Acta Poloniae Historicae* 37 (1978), pp. 29 ss.; FELL, A. London, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State*, I: *Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*; II: *Classical, Medieval and Renaissance Foundation of Corasius Systematic's Methodology* (Königstein, Athenäum, 1983); SCHRÖDER, Jan, *Wissenschaftliche Ordnung. Vorstellungen in Privatrecht der frühen Neuzeit*, en *Ius Commune* 24 (1997), pp. 25 ss. Para los ideales científicos del humanismo en general: VASOLI, C., *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo* (Milano, 1968).

<sup>56</sup> GELL., *Noct. att.* I, 22,7; QUINT., *Inst. orat.* XII, 3,10; CARIS., *Gramm.* 1. Sobre el tema: DIRKSEN, H. E., *Über Cicero's untergegangene Schrift De iure civile in artem redigendo*, en EL MISMO, *Hinterlassene Schriften* (Leipzig, 1871), Vol. I, p. 11 ss.

<sup>57</sup> VILLEY, *Recherches* (n. 55); METTE, *Ius in art. red.* (n. 55).

que estos cuerpos frecuentemente fueron calificados como “centones” por los humanistas.

Fue así entonces que estos encontraron dos apoyos en las fuentes clásicas, que estimaron sólidos: los escritos ciceronianos y las *Institutiones* de Gayo en cuanto todavía podían reconocérselas en la base de las realmente transmitidas de Justiniano. Ambos fundaron el programa humanista de reforma del derecho, que entonces consistió, como quedó preanunciado, en sustituir el *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo, en el cual quedara recogido el derecho del primero reconocible como el más clásico y ordenado ahí de acuerdo con los cánones dialécticos expuestos por Cicerón y aplicados por Gayo en sus *Institutiones*<sup>58</sup>.

Si nosotros tuviéramos que interpretar el pensamiento humanista, nos atreveríamos a decir que en el fondo ellos pensaban en una suerte de libro redactado a la manera de las *Institutiones*, solo que nada de elemental, como sí lo es aquella obra, en donde el derecho aparece expuesto muy superficialmente en efecto, sino dotado con una profundidad que debía alcanzarse merced al aprovechamiento del rico y variado contenido del derecho presente en el Digesto. Debe agregarse que al menos algunos humanistas opinaban que para la confección del nuevo cuerpo propuesto también debía emplearse el contenido de obras medievales de doctrina, como aquellas de Bártolo y Baldo, a quienes dichos humanistas estaban dispuestos a reconocerles su talento jurídico, bien que criticaran el barbarismo de su estilo y de su lenguaje y la ausencia de todo método y sistema en la exposición.

2. Al parecer, el primero en sugerir una idea como la que antes ha quedado descrita fue el humanista francés G. Budaeus (1478-1540), en 1535. El texto pertinente, al que la precedente exposición sirve de comentario, reza así:

*Proinde si quis olim feliciore aliquo seculo existat, Bartholo aut alio quopiam primi nominis viro iurisperitia non inferior, dialectica atque instrumento omni philosophico mediocriter instructus, orationis facultate Ulpiani aut Iuliani Paulive aemulus, qui Principem nostro non inferiorem nactus sit, cuius exemplum atque auctoritatem sequi et in cuius leges iurare (ut antiquum verbum usurpem) bona pars Europae non dubitet; is igitur unus aut plures, si praescriptum illud Ciceronianum, aut aliud non absimile imitati, ex quinquaginta Pandectarum*

“Después, si en algún otro siglo más afortunado, llegare a haber alguien, no inferior a Bartolo o a otro en el conocimiento de la jurisprudencia, medianamente instruido en la dialéctica y en todo método filosófico, con la elocuencia de Ulpiano o émulo de Juliano o Paulo, que haya nacido príncipe, no inferior al nuestro, cuyo ejemplo y autoridad y cuyas leyes buena parte de Europa no dude en seguir ni jurar (para utilizar un antiguo vocablo); éste, pues, sea uno, sean varios, si imitando esa prescripción ciceroniana u otra no diversa,

---

<sup>58</sup> Sobre los proyectos humanistas: BARON, J., *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert* (Bernae, Collini, 1888); PIANO-MORTARI, Vincenzo, *Bodin e l'idea cinquecentesca della codificazione*, ahora en *Itera iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna* (Napoli, Jovene, 1991), pp. 81 ss.

*libris et duodecum Codicis eorumque appendicibus, adde etiam si placet ex Bartholi, Baldi reliquorumque paucorum amplissimi nominis et primariae auctoritatis commentariis, non iam centonem ut olim Tribonianus (vir alioqui doctissimus sui seculi si Sudaie credimus), sed iuris artem componant, sancionesque legum, consulta Senatus, edictorum interpretamenta, iurisconsultorum placita, interpretum decreta, in mores recepta, aequitate praegravantia, omnia nunc vaga et sparsa, ac nulla certae artis ratione circumscripita, ratis fixique iustae artis praeceptis, quatenus rei natura tulerit, quasi quibusdam cancellis circumdatis concludant*<sup>59</sup>.

a partir de los cincuenta libros de las Pandectas y de los doce del Código y de sus suplementos, añade también, si te place, a partir de los comentarios de Bártolo, Baldo y otros pocos nombres muy conocidos y de primera autoridad, compongan no ya centones, como en otro tiempo hizo Triboniano (hombre, por otra parte, el más docto de su siglo, si creemos a Suidas), sino un arte del derecho, y encierren con preceptos establecidos y fijos de un arte justa, en la medida que lo admita la naturaleza de las cosas, como circundando con ciertas rejas las normas de las leyes, los pareceres del Senado, las interpretaciones de los edictos, las opiniones de los juriconsultos, los decretos de los intérpretes, en cuanto recibidos por las costumbres y recargandolos con el peso de la equidad, todo lo cual ahora anda vago y disperso y nada circunscrito por la razón de un arte cierta”.

3. El programa humanista de reforma del derecho fue puramente metodológico y sistemático; formal, si se quiere. Sus defensores no pensaron en una reforma del fondo del derecho o en un cambio del sentido de las instituciones jurídicas. Solo indirecta y negativa aunque no declaradamente, dicho programa implicaba una reforma así. Por el objeto de sus intereses científicos, constituido por los textos clásicos y por el método filológico con que se aproximaban a éstos, los humanistas prescindían del derecho patrio y del derecho feudal, y solo atendían al derecho romano, casi con pedantería<sup>60</sup>. Ahora bien, esta prescindencia total conducía a dejar a un lado la institucionalidad de origen medieval, precisamente manifestada en el derecho patrio y en el feudal, que modificaba en puntos esenciales al más bien liberal derecho romano. Pero esto no obedeció a una crítica ideológica ni a un impulso revolucionario y de hecho tendrían que transcurrir algunos siglos antes de que un movimiento de este tipo se iniciara francamente.

---

<sup>59</sup> BUDAUEUS, G., *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libris* (Paris, 1535), p. 9-10.

<sup>60</sup> Obsérvese en el texto precitado, que su autor propone la formación de un cuerpo de derecho nuevo para su tiempo, pero los materiales que propone reunir son “las leyes, los pareceres del Senado, las interpretaciones de los edictos, las opiniones de los juriconsultos, los decretos de los intérpretes”, o sea las fuentes del antiguo derecho romano, como si fueran vivas y en vigencia en cuanto tales.

De esta manera, el aporte principal del humanismo a la futura codificación quedó reducido a la mera idea de sustituir al viejo *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo o código. En cuanto a la forma y al estilo de este cuerpo, el asunto permaneció abierto. Y la época humanista empezó su declinación sin que se hubiera insinuado ningún programa de reforma de la sustancia del derecho. Ambos extremos se empezaron a aclarar y a perfilar con posterioridad.

## § 6. La prehistoria de la codificación, III: La escuela moderna de derecho natural o iusracionalista<sup>61</sup>

### I. Los principales representantes

A principios del siglo XVII, se inició una manera de estudiar el derecho, que en cierta medida pareció novedosa, pese a las evidentes conexiones que ofrecía con métodos y enfoques usados en los siglos precedentes. Ya en pleno desarrollo, sus seguidores coincidieron en considerar como fundador de esta nueva manera al holandés Hugo Grotius (1583-1645) con su libro publicado en 1625 bajo el título *De iure belli ac pacis*. El nuevo método se expandió sobre todo por los países de Centroeuropa, en donde destacaron los alemanes Samuel Pufendorf (1632-1694), Baruch Spinoza (1632-1677), Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716), Cristián Thomasius (1655-1728) y Cristián Wolff (1679-1754); pero también por Inglaterra, con Tomás Hobbes (1588-1679) y Juan Locke (1632-1704). La escuela encontró sus vulgarizadores en el también alemán Juan Heinecio (1681-1741), el francés Juan Barbeyrac (1674-1744) y el suizo Juan Jacobo Burlamaqui (1694-1748). A fines del siglo XVIII la escuela ya estaba en decadencia, cuando Manuel Kant (1724-1804) le dio la última y más completa fundamentación filosófica; de hecho fue reemplazada por el kantismo, hasta desaparecer entre los embates de la escuela histórica y del incipiente pandectismo hacia los años 20 del siglo XIX.

---

<sup>61</sup> Lit. general: THIEME, Hans, *Die Zeit des späten Naturrechts* (1936), ahora en EL MISMO, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften* (Köln-Wien, Böhlau, 1986), Vol. II, pp. 633 ss.; EL MISMO, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* (1947), ibíd., Vol. II, pp. 822 ss.; SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado* (1939, trad. cast., Buenos Aires, Depalma, 1948), Vol. I: *La idea individual*, pp. 1-80; BOBBIO, Norberto, *Il diritto naturale del secolo XVIII* (Torino, Giappichelli, s. d. [1947]); EL MISMO, *Il modello giusnaturalistico*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. I, pp. 73 ss.; FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, II: *L'età moderna* (Bologna, Il Mulino, [1968]), pp. 93 ss.; CARPINTERO, Francisco, *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* 18 (Madrid, 1975), pp. 263 ss.; MOLITOR, Erich-SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado* (1975, trad. cast., Barcelona, Bosch, 1979), pp. 47 ss.; VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del Mundo Occidental* (1958, trad. cast. México, UNAM., 1983), pp. 159 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), p. 248 ss. [Historia, pp. 197 ss.]; WESENBERG, Gerhard, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (Lahr, Schauenburg, 1976), pp. 128 ss.; CANNATA, Carlo Augusto-GAMBARO, Antonio, *Lineamenti stor. dir. mod.* cit. (n. 15), Vol. II, p. 221 ss.; VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, Montchrestien, 1975), pp. 552 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1976), pp. 97 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno* cit. (n. 15), pp. 319 ss.; WELZEL, Hans, *Derecho natural y justicia material* (trad. cast. Madrid, Aguilar, 1957), pp. 134 ss.

Tales son los principales nombres que contribuyeron a la formación y el desarrollo de la escuela y a su divulgación; pero su fama eclipsó a una vasta masa de autores menores, pues durante el siglo XVIII se expandió una verdadera moda, sobretodo en las universidades de Europa central, de escribir sobre cualquier tema de derecho, por especializado o técnico que fuera, desde el punto de vista del derecho natural racional. Los títulos clásicos de esta clase de obras de los iusnaturalistas serán “sobre el derecho de la naturaleza” (*de iure naturae*) o “sobre el derecho de gentes” (*de iure gentium*).

En lo que sigue, nos limitaremos a exponer los principales elementos formadores del moderno iusnaturalismo, sin poder entrar en la exposición de sus sistemas conceptuales ni en sus aportes al derecho del futuro<sup>62</sup>.

## II. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, I: La idea de derecho natural como ética legal social

1. El objetivo del libro de Grocio quedó indicado en su frontispicio mismo: demostrar la existencia de un derecho natural, que igual existiría aunque Dios no existiese o, existiendo, no se ocupase de las cosas humanas<sup>63</sup>. Grocio y después sus seguidores, concibieron así la pretensión de formular un derecho puramente laico y racional, pero natural. Por tal se entiende al derecho que vale con independencia de la opinión humana, en todo tiempo y en todo lugar, y que el hombre tan sólo descubre mediante raciocinios lógicos aplicados a la esencia, que ahora se llamó naturaleza, del individuo y de la sociedad.

La idea de derecho natural perteneció a los filósofos griegos clásicos. En la época helenística obtuvo gran difusión la concepción estoica del derecho natural, que especialmente Cicerón se encargó de difundir en Roma. Ella influyó notablemente, también merced a Cicerón, en la moderna escuela del derecho natural, al punto de poder decirse que buena parte de su concepción del derecho natural, tanto formal como material, corresponde plenamente a las ideas estoicas.

2. Aristóteles había conseguido establecer una clara diferencia objetiva y material, no meramente formal, de la ética y el derecho, merced a la distinción de sentidos en las palabras *dikaíosyne* (*iustitia*) y *dikaion* (*iustum*).

---

<sup>62</sup> Sobre este último aspecto: VOLTELINE, *Die naturrechtliche Lehren und die reformen des 18. Jahrhundert*, en *Historische Zeitschrift* 3ª serie 9 (1910), pp. 65 ss.; THIEME, Hans, *L'apport du droit naturel au droit positif* (1967), ahora en *Ideengesch. und Rechtsgesch.* cit. (n. 61), Vol. II, pp. 940 ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho natural en la formación del derecho civil*, en VV. AA., *Estudios de derecho civil en honor del Profesor Castán* (Pamplona, Eunsa, 1969), vol. VI, pp. 581 ss.; VOLTERRA, Edoardo, *Influence des institutions romains sur les codes modernes*, en VV. AA., *Le droit romain et sa reception en Europe* (Varsovie, Université de Varsovie, 1978), pp. 267 ss.; LUIG, Klaus, *Der Einfluss des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung.* germ. Abt. 96 (1979), pp. 38 ss.

<sup>63</sup> GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, proleg. 11 y 12: *Et haec quidem quae iam diximus locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana ...*

a) En un sentido muy genérico, *dikaiosýne* aparece como una disposición por la que se practica, obra y quiere lo justo (*tò díkaion*)<sup>64</sup>; pero lo justo se puede entender en dos modos: sea referido a la virtud total (*hóle areté*), en el sentido de abarcar a la universalidad de las virtudes, de modo de atañer sin más al bien ajeno en todas sus posibilidades<sup>65</sup>; sea como una parte de la virtud total (*méros tçs hóles dikaiosýnes*). Esta última virtud es ora la que se practica en la distribución de honores, dinero o cualquier otra cosa repartible entre los miembros de una comunidad; ora la que se practica en la regulación y corrección de las relaciones entre partes, sean voluntarias, como ocurre en los contratos, sean involuntarias, como ocurre en los delitos<sup>66</sup>. El reparto de cosas exteriores repartibles, como honores o bienes, se rige por una analogía geométrica, porque es proporcional al mérito, sin defecto ni exceso<sup>67</sup>; las relaciones con otros se rigen por una analogía aritmética, fundada en la igualdad, también sin defecto ni exceso<sup>68</sup>. A la justicia que tiene como objeto el reparto de las cosas exteriores disputables, el máximo comentarista de Aristóteles, Tomás de Aquino, la denominó *iustitia distributiva*; y *iustitia commutativa* a la que tiene como objeto las relaciones con otro voluntarias para el cambio de cosas e involuntarias que dañan con clandestinidad o con violencia, es decir los contratos y los delitos<sup>69</sup>. Para ambas reservó la expresión común *iustitia particularis* en oposición a la *iustitia legalis*, referida a la virtud total<sup>70</sup>.

Ello porque Aristóteles había conectado insistentemente la justicia en el sentido de práctica de la virtud total con la ley (*nómos*). Esta palabra fue traducida como *lex* desde Cicerón<sup>71</sup>, aunque *nómos* no se identificaba con la norma escrita, oficialmente establecida por los órganos de gobierno según un cierto procedimiento político, como sí era la *lex* romana (y desde luego nuestra ley), que en los ordenamientos políticos griegos recibía el nombre de *thesmós*, y solo tardíamente se le extendió el nombre de *nómos*. Esta última se aplicaba (y en época más arcaica solo comprendía) a cualquier precepto de conducta socialmente exigible, de carácter tradicional y consuetudinario. De esta manera, todo el ámbito de la religión, la ética, los usos sociales, pero asimismo el derecho griegos estaba dominado por los *nómoi*, cuya traducción moderna más exacta quizá sea “norma”, atendida la gran extensión que hoy damos a esta palabra, hasta designar con ella incluso a los usos sociales (cuando hablamos, por ejemplo, de normas de urbanidad o de educación). Por esto en la antigua Grecia lo judicial, es decir, lo posible de ser planteado ante un tribunal para obtener una condena, era considerablemente más amplio que cuanto los romanos (y nosotros según su tradición), consideraron judicial y que llamaron *ius* en oposición a ética, religión y usos sociales.

---

<sup>64</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 1 (1129a).

<sup>65</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 1-2 (1129b-1130b).

<sup>66</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 2 (1130b).

<sup>67</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 3.

<sup>68</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 4.

<sup>69</sup> THOM. AQUIN., *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomacum* (ed. Spiazzi, Romae, 1949), lect. IV (p. 252 ss.), passim.

<sup>70</sup> *Ibid.*, lect. I, párr. 888 (p. 244), passim.

<sup>71</sup> CIC., *De leg.* I, 6, 19.

Los tribunales griegos estaban obligados mediante un especial juramento a aplicar los *nómoi*, y éstos regían la universalidad de las relaciones de los hombres entre sí y con los dioses, en todos sus aspectos posibles indiscriminadamente, como lo recuerda expresamente el propio Aristóteles: “Las leyes se refieren a todas las cosas, proponiendo lo que conviene en común a todos, o a los mejores, o a los jefes, o alguna otra cosa semejante; de modo que en un sentido llamamos justo a lo que es de tal índole que produce y preserva la felicidad y sus elementos para la comunidad política. Ordena también la ley hacer lo que es propio del valiente, por ejemplo, no abandonar la formación, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del hombre morigerado, como no cometer adulterio ni comportarse con insolencia; y lo que es propio del hombre de carácter apacible, como no dar golpes ni hablar mal de otro; e igualmente lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro... esta clase de justicia es la virtud perfecta, no absolutamente hablando, sino con relación a otro”<sup>72</sup>. agregando: “Por lo general, la mayoría de las disposiciones legales están constituidas por prescripciones de la virtud total, porque la ley manda vivir de acuerdo con todas las virtudes y prohíbe que se viva en conformidad con todos los vicios”<sup>73</sup>.

Todo lo cual explica que Aristóteles, en fin de cuenta, haya considerado que el sentido general de la palabra *dikaiosýne* implicara la conformidad de las acciones con las leyes, prescriptoras de todas las clases de virtudes, de donde, como dijimos, la denominación tomista de *iustitia legalis*.

Aunque el punto de vista de Aristóteles era ético, de modo que tanto la justicia general, identificada con la práctica de la virtud total según las leyes, cuanto la justicia particular, consistente en la práctica de la virtud especial de distribuir las cosas exteriores respetando la proporcionalidad, o la igualdad al contratar (o juzgar contratos) o al imponer penas por los delitos, su distinción de justicia general y particular contenía en germen una distinción material –no meramente formal- de moral y derecho, cuando el asunto se lo observa no desde el punto de vista del sujeto que actúa éticamente, sino desde el punto de vista del objeto de la virtud general o particular, o sea de lo que es justo (*tò dikaíon*); porque, en efecto, el objeto material de la justicia general o lo justo como objeto de ella es toda la virtud, o sea la ética; mientras que el objeto de la particular o lo justo como objeto de ella es solo la correcta atribución de las cosas exteriores, vale decir el derecho. En sentido estricto, pues, *tò dikaíon* equivale a este último<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 1 (1229b).

<sup>73</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 2 (1130b).

<sup>74</sup> Aristóteles dice expresamente que la justicia y lo justo generales y la justicia y lo justo particulares son al mismo tiempo cosas homónimas (*Eth. ad Nichom.* V, 1-1229a) y sinónimas (*Eth. ad Nichom.* V, 2-1130a). Por homónimas se entienden “las cosas de las que solo el nombre es común, pero la definición de la entidad correspondiente al nombre es otra; por ejemplo, animal es tanto el hombre como el grabado” (ARIST., *Categ.* 1), porque si bien es aceptable decir que ambos son un hombre, la definición del hombre real es una y la definición de la figura de un hombre grabada es otra. Por sinónimas se entienden “las cosas de las que tanto el nombre es común, como la definición misma de la entidad correspondiente al nombre; por ejemplo animal es tanto el hombre como el buey” (ARIST., *Categ.* 1), porque la definición de animal y solo de animal, efectivamente conviene a la entidad hombre y a la entidad buey. Ahora bien, la



b) La idea de derecho natural la introduce Aristóteles en el siguiente texto: “Lo justo político es de una parte natural y de otra legal; natural, lo que en todos los lugares tiene la misma potencia, independientemente de la opinión que se tenga o no se tenga [sobre ello]; legal, aquello que al principio es indiferente que sea de una manera u otra, pero que una vez establecido ya no es indiferente, por ejemplo, que el rescate [de los prisioneros] cueste una mina, o que se deba sacrificar [a los dioses] una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes establecidas para casos concretos, como ofrecer sacrificios a Brasidas y todo lo que viene prescrito por los decretos”<sup>75</sup>.

Dos cosas han llamado la atención en este pasaje a los comentaristas modernos: en primer lugar, que lo justo o derecho natural (*physikón díkaion*) venga considerado como parte de lo justo o derecho “político” (*politikón díkaion*)<sup>76</sup>, igual que lo justo o derecho legal (*nomikón díkaion*); en seguida, que Aristóteles ofrezca ejemplos o casos de derecho legal, pero que no haga lo propio con el derecho natural.

Que el derecho natural sea una parte del derecho político muestra que Aristóteles no tenía una concepción idealista del derecho natural ni dicotómica en relación con el positivo, vale decir, que no lo consideraba como un derecho situado fuera del ordenamiento positivo y opuesto a él, sino más bien como un derecho vigente en la *pólis*, de donde su carácter *politikón*<sup>77</sup>.

Sobre la segunda cuestión: la ausencia de ejemplos o casos de derecho natural, la explicación se conecta con la dada para la primera: puesto que el derecho legal se constituye sobre la base del natural, los ejemplos o casos del primero son al mismo tiempo del segundo. Aristóteles había ofrecido estos ejemplos: que el rescate de los prisioneros cueste una mina y no más, y que se deba sacrificar a los dioses una cabra y no dos ovejas. En esas figuras, pertenecen al derecho natural que se deba pagar un rescate por los prisioneros y que se deba sacrificar a los dioses; pero la determinación de que el rescate sea de una mina y no de más, y que el sacrificio sea de una cabra y no de dos ovejas, eso pertenece al derecho legal<sup>78</sup>.

c) No fue extraña a Aristóteles la idea de una “ley según la naturaleza”, que aparece inserta en su distinción de un *ídios nómos* (*lex propria*) y un *koinós nómos* (*lex communis*). El filósofo entendía por ley propia a la que cada ciudad se ha constituido para sí misma y, por ende vale para ella; por ley común, en cambio entendía la que es

---

justicia general y la particular son homónimos en cuanto ambas tienen el nombre común de justicia, no obstante que las cosas designadas tienen una definición distinta. Son sinónimos en cuanto ambas cosas tienen un nombre común y genéricamente aceptan la misma definición. En efecto, la justicia general y la particular son diferentes entre sí, pero ambas son justicia.

<sup>75</sup> ARIST., *Eth. ad Nichom.* V, 7 (1134b).

<sup>76</sup> La expresión *politikón díkaion* significa lo que vale como derecho o es justo en la *pólis*, y no hay que entenderla, por cierto, en el sentido en que nosotros usamos la misma expresión para designar el derecho de organización política. La expresión griega en lenguaje latino es *ius civile*, o sea el derecho de la *civitas*, expresión aquélla que tampoco debemos entender en sentido moderno, es decir no como derecho privado general.

<sup>77</sup> Así correctamente ZANETTI, Gianfrancesco, *La nozione di giustizia in Aristotele* (Bologna, Il Mulino, s. d. [1993]), pp. 51 ss.

<sup>78</sup> Así ZANETTI, Gianfrancesco, *La nozione* cit. (n. 77), pp. 60 ss. Pero esto ya había sido visto por THOM. AQUIN., *In decem libros Ethicorum* cit. (n. 69), lect. XII, párr. 1023 (p. 280).

admitida como válida en todas las ciudades<sup>79</sup>. Ahora bien, esta última es una ley “según la naturaleza” (*katà phýsin*)<sup>80</sup>, de modo de no cambiar, lo que explica que sea admitida en todas las *póleis* y les sea común precisamente. Aristóteles plantea esta distinción en sede retórica, entre otros, a propósito del *nómos* como “prueba atécnica” (*pístis atéchnos*), o sea extrínseca a la *techné rhetoriké*. Se recordará que en los derechos griegos no regía el principio *iura novit curia*, de modo que la ley debía ser alegada (y probada), y es en ese sentido en que Aristóteles la considera como “prueba” en juicio, igual que los testigos o la confesión. Podía ocurrir, por ejemplo, que una parte alegara cierta ley vigente en la ciudad, claramente desfavorable a la otra; entonces esta última podía defenderse contraalegando una ley aceptada en todas partes, con el argumento de estar fundada en la naturaleza; de esta manera quedaba planteada la distinción ley propia-ley común, como una suerte de antinomia u oposición de leyes, con la esperanza de que los jueces se decidieran por dar preeminencia a la ley común.

En tales circunstancias se plantea el problema de determinar qué relación existe en Aristóteles entre el *nómos katà phýsin* y el *physikón díkaion*. Aristóteles no trató directamente el punto. Pero teniendo presente su sistema conceptual, es fácil pensar que con el *nómos katà phýsin* él aludía al ámbito de la *dikaíosýne* y del *díkaion* en sentido general, aunque también quedarán incluidos, por ende, la justicia y lo justo particulares o propiamente jurídicos. Con la idea de un *nómos katà phýsin*, pues, Aristóteles daba entrada a la posibilidad de una ética natural.

d) La doctrina aristotélica que hemos reseñado, históricamente, pues, debe ser mirada como un esfuerzo científico por discernir al menos dos estratos diferentes en el interior del caos normativo de las antiguas ciudades griegas, cuyos ordenamientos tradicionales de base por lo general consuetudinaria regulaban tanto el comportamiento ético de los ciudadanos, cuanto su comportamiento social y jurídico, lo mismo que religioso. Con su distinción de justicia legal y particular, en la terminología tomista, Aristóteles circunscribió certeramente el ámbito de lo jurídico merced a la identificación de su materia u objeto: el reparto, conmutación y restitución de cosas exteriores, cuya corrección aparece regida por criterios objetivos de proporcionalidad e igualdad, no dependientes de la opinión de los hombres sino fundados en la naturaleza de las cosas, aunque a veces la opinión de los legisladores establezca una cierta determinación<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> ARIST., *Rhet.* I, 10 (1368b): “La ley es propia o común. Llamo propia a aquella que, escrita, gobierna [vale] en cada ciudad; común, la que parece, sin estar escrita, admitida en todas partes”; *Rhet.* I,13 (1373b): “Llamo ley, de una parte, la que es propia, y de otra, la que es común. Es ley propia la que cada pueblo se ha señalado para sí mismo, y de éstas unas son no escritas y otras escritas...”.

<sup>80</sup> ARIST., *Rhet.* I,13 (1373b): “Común es la conforme a la naturaleza”; *Rhet.* I, 15 (1375a): “Y es evidente...que la equidad permanece siempre y no cambia nunca, como tampoco la ley común, porque es conforme a la naturaleza...”.

<sup>81</sup> La doctrina de Aristóteles ha sido denominada “derecho natural clásico” por Michel Villey, quien dedicó buena parte de su siempre novedosa obra científica a exponerla y a defenderla con pasión noble y casi apostólica. Se pueden ver las siguientes colecciones de sus trabajos: VILLEY, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1962); *Seize essais de philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1969); y *Critique de la pensée juridique moderne* (Paris, Dalloz, 1976); su exposición histórica de conjunto: *La formation de la pensée juridique* cit. (n. 61), pp. 36 ss.; y su exposición sistemática: *Philosophie du droit, I: Définitions et fins du droit* (3ª ed., Paris, Dalloz, 1982); II: *Les moyens du droit* (2ª ed., Paris, Dalloz, 1984): de ésta última obra hay trad. cast. como *Compendio de filosofía del derecho*

3. Si atendemos al lenguaje de los estoicos<sup>82</sup>, no observaremos ninguna diferencia entre sus doctrinas llamémoslas solo para entendernos “jurídicas” y las de Aristóteles: también los estoicos hablaban de *dikaiosýne*, *díkaiion*, *nómos*, *phýsis*, *physikón díkaiion*, *nomikón díkaiion*, *ídios nómos*, *koinós nómos*, *nómos katà phýsin*. Solo que ellos siempre se referían al ámbito que Aristóteles había identificado como aquel de la justicia legal, no a aquel de la particular, dejando así lo jurídico en plano secundario y al trasluz.

a) En esa actitud incluso lograron seducir a Cicerón, que, a fuer de buen romano, practicaba una de las profesiones nacionales de su pueblo, la abogacía, y de esta manera él se atrevió a decir al comienzo de un libro suyo sobre “las leyes”, que, saturado de estoicismo, trata no de las leyes jurídicas sino de las éticas, lo siguiente cuando en el diálogo en que ese libro consiste, uno de sus interlocutores le pide expresar su pensamiento sobre el derecho civil: “...hubo en Roma grandes figuras que se dedicaron a la interpretación pública del derecho civil y a despachar consultas, pero que, pese a la amplitud de sus declaraciones, se contentaron con pequeñas cosas. En efecto, ¿hay algo tan importante como el derecho de la ciudad? Y, sin embargo, ¿hay algo más mezquino que el oficio de los que despachan consultas por más que sea de pública necesidad?... Así, pues, ¿a qué me invitas y qué es lo que pides? ¿Qué redacte unos apuntes sobre las servidumbres de aguas pluviales y las medianeras? ¿qué confeccione un formulario de las estipulaciones y de las demandas? Esto no solo está recogido muy bien por muchos autores, sino que también me parece de rango inferior a vuestras expectativas”<sup>83</sup>. Unos temas como los de las servidumbres de aguas pluviales y las medianeras o de los formularios de las estipulaciones y de las demandas precisamente constituyen la materia propia de la justicia particular. Pero Cicerón, con los estoicos, creía que “no nos interesa en este discurso el modo de prevenir cautelas procesales o la manera de despachar una consulta cualquiera...nosotros debemos abrazar en esta disertación el fundamento universal del derecho y de las leyes, de suerte que el llamado derecho civil quede reducido a una parte de proporciones muy pequeñas”<sup>84</sup>; pues de lo que se trataba era de

---

(Pamplona, Eunsa, 1979), 2 vols. Sobre el pensamiento de Villey: RABBI-BALDI, Renato, *La filosofía jurídica de Michel Villey* (Pamplona, Eunsa, 1990).

<sup>82</sup> Sobre las doctrinas legales del estoicismo: POHLENZ, Max, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* (1959, trad. ital. Firenze, La Nuova Italia, 1967, reimp. 1978), Vol. I, pp. 267 ss., 274 s., 415 ss., 546 ss.; II, pp. 289, 410 ss.; VILLEY, Michel, *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 31 (1953), pp. 186 ss.; EL MISMO, *La formation de la pensée juridique moderne* cit. (n. 61), pp. 428 ss. El tema exige una investigación especial, conducida no solo sobre los testimonios ciceronianos, mas también sobre aquellos griegos, aunque escasos, que se ven en la compilación de von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*.

<sup>83</sup> CIC., De leg. I, 4, 14: Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint, sed eos magna professos in parvis esse versatos. Quid enim est tantum quantum ius civitatis? Quid autem tam exiguum quam est munus hoc eorum qui consuluntur? Quamquam est populo necessarium... Quam ob rem quo me vocas, aut quid hortaris? Ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam? Quae et conscripta a multis sunt diligenter, et sunt humiliora quam illa quae a nobis exspectari puto.

<sup>84</sup> *Ibíd.* I, 5, 17: non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus... niobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est universi iuris ac legum, ut hoc civile quoid dicimus in parvum quendam et angustum locum concludatur.

“explicar la naturaleza del derecho deduciéndola de la naturaleza del hombre” (*natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura*)<sup>85</sup>.

b) Como punto de partida, podemos valernos de uno de los conceptos básicos de la ética estoica, cual es el de “acción (perfectamente) recta” (*katóρθoma*)<sup>86</sup>, entendida como aquella que se cumple con base en la recta razón (*katà tòν orthòn lógon*)<sup>87</sup>. En el pensamiento estoico, empero, “razón” y “ley”, lo mismo que “naturaleza”, se confunden, como se ve desde luego en esta definición que nos trasmite Cicerón: “la ley es la suma razón, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario”<sup>88</sup>. De esta guisa, la “recta razón”, o sea la “ley”, o sea la “naturaleza” es la fuente de las acciones rectas (*katóρθoma*), lo cual es dicho expresamente, por lo demás, en el siguiente pasaje: “Afirman [los estoicos] que la acción recta (*katóρθoma*) es un mandato de la ley y el pecado una prohibición de la ley...”<sup>89</sup>.

Entre los diversos *katorthómata* se encuentra el “comportarse justamente” (*dikaioprageîn*), junto a muchos otros: ser sabio, ser temperante, ser alegre, hacer beneficios, ser sereno<sup>90</sup>. Pero en las fuentes estoicas se nos dice, además, que ejercer todos los *katorthómata* es operar acciones justas: “Toda acción recta (*katóρθoma*) es tanto obediencia a la ley como también una acción justa; pero la acción cumplida según templanza, constancia, sabiduría fortaleza es acción recta, por lo tanto es también una acción justa”<sup>91</sup>. Y asimismo: “Todas las acciones rectas (*katorthómata*) son también acciones justas y acciones conforme a la ley...”<sup>92</sup>. Es lícito creer que con esta idea de ejercer todos los *katorthómata* en obediencia a las leyes que los ordenan los estoicos pensaban en la llamada justicia legal de Aristóteles. Pero si retornamos a que ellos además sostenían existir un singular y diferenciado *katóρθoma*, consistente en “comportarse justamente”, ahora es lícito creer que con esto pensaban en la justicia particular de aquel filósofo. En apoyo de lo cual se nos presenta una definición estoica de la justicia como *aponemetikèn tçs axías ekásto*<sup>93</sup>, que Cicerón reprodujo literalmente como *suam dignitatem cuique tribuere*<sup>94</sup>, esto es “atribuir a cada uno su dignidad”<sup>95</sup>;

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> POHLENZ, Max, *La Stoa I* cit. (n. 82), pp. 263 ss.

<sup>87</sup> *SVF*. III, N° 501 (lín. 20).

<sup>88</sup> CIC., *De leg.* I, 6, 18 (*SVF*. III, N° 315): *lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria.*

<sup>89</sup> *SVF*. III, N° 520. Quizá este pensamiento ya hubiera sido formulado por el mismo Zenón, del que se nos conserva el siguiente testimonio: “Zenón opina que la ley natural es divina y que su valor consiste en mandar cosas rectas y prohibir lo contrario” (*SVF*. I, N° 162).

<sup>90</sup> *SVF*. III, N° 501 (lín. 20).

<sup>91</sup> *SVF*. III, N° 297

<sup>92</sup> *SVF*. III, N° 501.

<sup>93</sup> *SVF*. III, N° 262 (lín. 27); N° 125 (lín. 23).

<sup>94</sup> CIC., *De inv.* II, 53, 160.

<sup>95</sup> Los romanos adoptaron esta definición, pero le introdujeron una modificación especificadora, que cambió totalmente su sentido: en vez de *suam dignitatem cuique tribuere*, ellos dicen *ius suum cuique*

teniendo presente que de la palabra *axía= dignitas*, que en la ética estoica tiene varios sentidos, en cuanto incluida en esta definición viene expresamente dicho en las fuentes que significa “aquello que corresponde”<sup>96</sup>, es decir “lo merecido”. Esta específica definición de la justicia recuerda ahora a la justicia particular de Aristóteles, consistente en distribuir y conmutar sin excesos y sin defectos, lo que dicho en general equivale, podemos interpretar, a atribuir según lo que corresponda.

Así, pues, aparentemente los estoicos habrían conservado las distinciones de Aristóteles.

Pero en materia de justicia llamada particular, aquél había señalado concretamente, como vimos, que el objeto de la atribución se refiere a la distribución y conmutación de cosas exteriores disputables entre los miembros de una comunidad, con lo cual pensaba en el derecho. Ahora bien, tal no era el caso de los estoicos: ellos solo decían “atribuir a cada uno su dignidad”, y de esta manera excedían con mucho el campo de lo meramente jurídico, vale decir, de las cosas exteriores repartibles, para admitir como materia del comportarse justamente, entendido como especial *katóρθoma*, y no ya como la suma de todos ellos, a cualquier cosa merecida por otro, para atribuírsela, aunque no se tratara de cosas exteriores, objeto de lo jurídico. Por tal razón los estoicos sostenían que las virtudes subordinadas de esta justicia son la piedad, la honradez, la sociabilidad, la afabilidad<sup>97</sup>.

Con esto, la distinción aristotélica de justicia general y particular, cuyo sentido último era distinguir material y objetivamente la ética del derecho, vino a ser sustituida por los estoicos por una justicia que, para entendernos nada más, llamaremos general y otra particular, que tienen lugar, sin embargo, en el interior de la ética. La estructura externa de ambas justicia sigue siendo la misma: la general atañe al cumplimiento de las leyes y al ejercicio de todas las virtudes, la particular, a la atribución de lo que corresponde a cada cual. Pero mientras en Aristóteles lo atribuible se refería a las cosas exteriores disputables, en los estoicos atañe a todo lo que alguien merezca (lo que incluye a dichas cosas, por cierto), con lo que esa justicia particular adquiere un inconfundible aire puramente moral. Con ello, lo jurídico quedó en un segundo plano.

b) Por lo tanto, el *nómos* estoico y la *lex* ciceroniana, que en esta materia sigue sendas estoicas, es con todo esto una ley moral, una recta razón de las conductas debidas, que “ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario”. La celeberrima descripción que Cicerón formuló de la ley de la naturaleza en su tratado *De republica*, en efecto, por ningún lado que se la mire atañe al tema de la justicia particular de Aristóteles: “Existe, pues, una verdadera ley, que es la recta razón congruente con la naturaleza, difundida en todos, constante, sempiterna, que mandando llama al deber, y prohibiendo aparta del fraude; pero que, aunque no inútilmente ordena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley no es lícito suprimirla ni derogarla parcialmente ni abrogarla por entero, ni podemos quedar

---

*tribuere* (Dig. 1, 1, 10 pr.; Inst. 1, 1 pr.), poniendo, pues, al derecho como su objeto, igual que había hecho Aristóteles.

<sup>96</sup>*SVF*. III, N° 125 (lín. 24).

<sup>97</sup>*SVF*. III, N° 264.

exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio como aclarador o intérprete, ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable...”<sup>98</sup>.

En resumen, los estoicos y su vocero latino Cicerón no llegaron a formular una doctrina del derecho natural, que solo aparece en Aristóteles; aquéllos presentaron en cambio una ética social fundada en la naturaleza concebida como norma directiva o ley.

4. La tradición estoico-ciceroniana de la ley de la naturaleza llegó hasta Santo Tomás de Aquino por intermediación de los Padres de la Iglesia; pero aquél recibió también la tradición aristotélica de la justicia particular y del derecho natural. Esta doble tradición quedó muy bien plasmada en su *Summa Theologiae*, pero al mismo tiempo perfectamente diferenciada e inconfusa.

De la ley natural Tomás de Aquino trata en la I<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, quaest. 94, en el interior de un más vasto examen de la ley, que forma parte, a su vez, del estudio de los actos humanos, de los cuales la ley es causa formal. Del derecho, en cambio trata en la II<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, quest. 57, dentro del tratado de la justicia, considerada como virtud, de la cual aquel es su objeto. Santo Tomás sigue las orientaciones de Aristóteles, de modo que la justicia a que se refiere es principalmente la particular, de la cual es objeto el derecho.

5. Todavía los neoescolásticos principalmente españoles del siglo XVI respetaron la sistematización tomista; pero ella desapareció en los tratados de derecho natural de los siglos XVII y XVIII.

Pero lo más interesante de verificar es la confusión de ley y derecho y la definición de la ley y del derecho natural como una norma ética que entonces encontramos. Nos limitaremos a exponer el pensamiento de Grocio y Pufendorf a este respecto.

a) Al examinar los sentidos de la palabra *ius*<sup>99</sup>, Grocio aún reconoce, con la tradición aristotélico-tomista, que ella significa en primer lugar “aquello que es justo”<sup>100</sup>, pero despoja de todo contenido a esta fórmula al entenderla en el sentido negativo de “aquello que no es injusto”<sup>101</sup>, preparando así el segundo significado, del que hablaremos. Por “injusto”, Grocio entiende vagamente “lo que repugna a la naturaleza racional de la sociedad”<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> CIC., *De rep.* III, 22, 33 (SVF. III N° 325): *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterrat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec inprobos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis...*

<sup>99</sup> Todo lo que sigue en GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis* lib. I, cap. 1.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, párr. 3, 1: *jus hic nihil aliud quam quod justum est significat.*

<sup>101</sup> *Ibíd.*: *ius sit quod injustum non est.*

<sup>102</sup> *Ibíd.*: *quod naturae societatis ratione utentium repugnat.*

El segundo sentido de la palabra *ius* corresponde a aquel que desde fines del siglo XVIII se denominó “sentido subjetivo” y desde el siglo siguiente, “derecho subjetivo” en forma directa, es decir la *facultas*, que define como: “cualidad moral que compete a una persona para tener o hacer algo justamente”<sup>103</sup>.

Hay todavía un tercer sentido de *ius*, en cuanto significa lo mismo que *lex*, la cual Grocio entiende como una “regla de los actos morales que obliga a aquello que es recto”<sup>104</sup>. De esta definición, Grocio expresamente remarca haber dicho “a aquello que es recto” y no “a aquello que es justo”, porque bajo este concepto el derecho no solo atañe a la materia de la justicia sino a la de las otras virtudes<sup>105</sup>. En nota pone como ejemplo, con humanística pedantería, una ley de Zaleuco, el arcaico legislador de los locrios en la Magna Grecia, con la que se penaba al que bebiese vino contra el precepto de un médico.

En seguida divide Grocio al derecho en natural y voluntario, y define al primero como “el dictado de la recta razón, que indica que alguna acción porta consigo ilicitud moral o necesidad moral, según su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional misma”<sup>106</sup>. Y es interesante examinar las referencias que ofrece Grocio en nota a esta definición, porque sobresalen ahí las fuentes estoicas<sup>107</sup>.

b) Pufendorf ya desconoce el primer sentido de *ius*, que ni menciona<sup>108</sup>; y simplemente verifica que esa palabra además de tomarse como ley y complejo o sistema de leyes homogéneas, o como sentencia pronunciada por el juez, se toma frecuentemente como “aquella cualidad moral por la cual rectamente imperamos sobre las personas y tenemos las cosas o por cuya fuerza algo nos es debido”, o sea el derecho subjetivo<sup>109</sup>. El primer y tercer sentidos son los que habitualmente emplea. Su definición de ley = derecho es, empero, formal: “un decreto por el cual un superior obliga a aquellos que le están sujetos, a adecuar sus acciones a la prescripción de

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 4: *qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*.

<sup>104</sup> *Ibid.*, párr. 9, 1: *regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est*.

<sup>105</sup> *Ibid.*: *diximus autem ad rectum obligans, non simpliciter ad justum, quia jus hac notione, non ad solius iustitiae, qualem exposuimus, sed et aliarum virtutum materiam pertinet*.

<sup>106</sup> *Ibid.*, párr. 10,1: *Jus naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem*.

<sup>107</sup> En primer lugar un pasaje de Filón de Alejandría, que von Arnim incluye en sus *SVF*. III, N° 360, lín. 44 ss.: “La ley exenta de falsedad es la recta razón, que no ha sido impresa por este o aquel hombre mortal en cartas de papiro o en estelas inanimadas, sino que fue impresa indestructiblemente por la naturaleza inmortal en el entendimiento inmortal”. También otro de Marco Aurelio, *Solil.* II, 16: “El fin de los vivientes dotados de razón es seguir la razón y la ley de la más antiguas de las ciudades y de las repúblicas” (con alusión al universo entero). En fin, aparece CIC., *De rep.* III, 22, 33 (*SVF*. III, N° 325), pasaje transcrito supra n. 98. Grocio cita además a TERTULIANO, *De corona militis* 6 y IOHAN. CHRYS., *Hom.* XII y XIII; en fin, sorprendentemente recomienda a Santo Tomás de Aquino, *STh.* IIa-2ae, quest. 57 art. 2, en donde se trata de la división del derecho en natural y positivo.

<sup>108</sup> Todo lo que sigue en PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. I.

<sup>109</sup> *Ibid.*, cap. 1, párr. 20. Vid. además cap. 6, párr. 3, en el mismo sentido.

aquél”<sup>110</sup>. Expresamente acepta Pufendorf la idea de Grocio, en cuanto a que la ley no solo respecta a las cosas concernientes a la justicia, más también a las demás virtudes, por lo que es posible, por ejemplo, hacer leyes sobre la ebriedad y otras intemperancias y leyes suntuarias sobre gastos en víveres, vestidos, edificios y otros similares<sup>111</sup>. Por su lado, la *lex naturalis* aparece definida como “aquella que es de tal modo congruente con la naturaleza racional y social del hombre, que fuera de ella no sería posible una honesta y pacífica sociedad en el género humano; o, si así se prefiere, la que tiene una bondad como natural o utilidad a partir de una eficacia nativa, en orden a todo el género humano”<sup>112</sup>. Pufendorf identifica en forma expresa la *lex naturalis* con el *ius naturale*<sup>113</sup>.

6. La ley y el derecho naturales de Grocio y Pufendorf, y por influencia de ambos lo mismo se podrá decir del resto de los iusnaturalistas modernos, no obedecen, pues, a ideas jurídicas sino éticas. Sus sistemas de derecho natural son en verdad sistemas de ética social, fundadas en la ley, que contienen por cierto lo jurídico, pero considerado por lo mismo como objeto de la ética. El interés de estos autores no era, pues, dogmático objetivo, sino prescriptivo. Thomasius, por ejemplo, que quiso diferenciar la ética, el derecho y la sociabilidad con base en la triple categoría del *honestum, justum, decorum*<sup>114</sup>, por lo demás de origen estoico, consideraba que el principio supremo del *justum* es: “lo que no quieres que se haga a ti, no lo hagas a otro”<sup>115</sup>; y de ello concluía estas reglas concretas: “no estorbarás o impedirás a otros el uso de su derecho, sean superiores, inferiores o iguales a ti, pues todos los hombres son iguales”<sup>116</sup>; además: “no herirás, no matarás, no afrentarás, no lastimarás con la mentira, no hurtarás, no dañarás, no violarás la fe empeñada”<sup>117</sup>. Estas son reglas éticas, que el derecho por cierto presupone como un dato, pero no funda. Una vez que la institucionalidad propiamente jurídica ha sido establecida, se puede considerar la existencia de una ética aplicada a ella, según la cual, por ejemplo, no se debe impedir a otro el ejercicio de sus derechos, mas no por ello ésta es una regla de derecho, ni por ello deja de ser ética.

Fue la concurrencia de otros elementos formadores los que salvaron al derecho natural estoico de los iusnaturalistas modernos de permanecer en su estado original de

---

<sup>110</sup> *Ibíd.*, cap. 6, párr. 4: *Decretum, quo superior sibi subiectum obligat, ut ad istius praescriptum actiones suas componat.*

<sup>111</sup> *Ibíd.*, cap. 6, párr. 4.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, cap. 6, párr. 18: *quae cum rationali et sociali natura hominis ita congruit, ut humano generi honesta et pacifica societas citra eandem constare nequeat; aut, si ita mavis, quae bonitatem velut naturalem seu utilitatem ex nativa sua efficacia in ordine ad genus humanum in universum habet.*

<sup>113</sup> *Ibíd.*, lib. II, cap. 3, párr. 1.

<sup>114</sup> Que integran el derecho natural en sentido amplio: THOMASIUS, Christian, *Fundamenta iuris naturae et gentium* lib. I, cap. 5, párr. 30.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, lib. I, cap. 6, párr. 42: *Justi: quod tibi non vis fieri, alteri non feceris.* Como se sabe, este *dictum* se inspira en uno atribuido al emperador Alejandro Severo (*Scrip. Hist. August., Vita Alex. Sev.* 51, 8, de Lampridio).

<sup>116</sup> *Ibíd.*, párr. 62.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, párr. 63.



pura ética social y jurídica, confiriéndole un contenido propiamente dogmático y algo técnico y permitiéndole influir en los ordenamientos del futuro.

### III. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, II: La escolástica española<sup>118</sup>

En Grocio no hubo novedad, por cierto, en el recurso a la idea de un derecho natural, porque, como acabamos de ver, sobre ella los griegos ya habían formulado suficientes teorías, que retomaron los juristas romanos y que los escolásticos colocaron en el centro mismo de su filosofía político-jurídica. Pero tampoco hubo novedad en el desarrollo de un sistema detallado de este derecho natural, ni siquiera en contraste con los medievales, que al tratar de éste se limitaron a su fundamentación y a la exposición de sus principios más generales, sin la pretensión de avanzar hasta sus consecuencias y aplicaciones particulares. En este punto Grocio encontró el terreno roturado para su trabajo en otra escuela<sup>119</sup>, a la cual sí se debe que por vez primera se desarrollara un completo y detallado sistema de derecho natural, cuyos representantes expusieron en libros notablemente más voluminosos que el de Grocio: se trata de la llamada segunda escolástica o neotomismo, los cultores de la cual fueron casi todos españoles. Los inicios de esta escuela son coetáneos con la maduración del humanismo en Francia; se deben al dominico español Francisco de Vitoria (1483-1546); pero la escuela culminó con los jesuitas también españoles Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617).

Sin perjuicio de que esta escuela tiene su lugar propio en la historia del derecho europeo, aquí la consideramos en cuando influyente en la formación del iusnaturalismo moderno. Este, en efecto, encontró uno de sus fundamentos en la escolástica renacida, lo mismo en sus aspectos privatísticos que en su vertiente del derecho de gentes. De ella recogió la idea de la racionalidad de un sistema de derecho natural y muchos materiales de éste debidamente ordenados y sistematizados. Así, por ejemplo, cuando se examina cuanto escribió Grocio en materia de interpretación de las promesas y de los tratados en

---

<sup>118</sup> Amplio panorama: KOHLER, Josef, *Die spanische Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhundert*, en *Archiv für Recht und- Wirtschaftsphilosophie* 10 (1916-1917), pp. 235 ss.; THIEME, H., *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik* (1953), ahora en EL MISMO, *Ideengesch. und Rechtsgesch.* cit. (n. 61), Vol. II, pp. 871 ss. = *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del derecho natural*, en *Revista de Derecho Privado* 38 (1954), pp. 597 ss.; EL MISMO, *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la Seconde Scolastique spagnole?* (1973), *ibid.*, Vol. II, pp. 908 ss.; FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, II: *L'età moderna* (Bologna, Il Mulino, [1968]), pp. 77 ss.; DUFOUR, Alfred, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIIIème siècle. Les sources philosophiques de la Scolastique aux Lumières. La doctrine* (Paris, LGDJ., 1972), pp.19-82; VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne* cit. (n. 61), pp. 338 ss.; BERGFELD, Chr., *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, en COING, H. (ed.), *Handbuch II: Neuere Zeit (1500-1800)*, 1. Teilband: *Wissenschaft*, pp. 999 ss., con extensa literatura en pp. 1029 ss.; CARPINTERO, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca, 1977); AMBROSETTI, Giovanni, *Il diritto naturale cristiano* (Milano, Giuffrè, 1985), pp. 187-210; cfr. EL MISMO, *Il diritto naturale della Riforma Cattolica* (Milano, Giuffrè, 1951),

<sup>119</sup> FEENSTRA, Robert, *L'influence de la Scolastique spagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans les questions de fond et de forme concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause* (1973), ahora en EL MISMO, *Fata iuris romani. Études d'histoire de droit* (Leyde, Presses Universitaires, 1974), pp. 338 ss.

su *De iure belli ac pacis*, se comprobará que en la base de todo el tratamiento se encuentra la exposición que sobre la hermenéutica legal había ofrecido Suárez en su tratado *De legibus ac Deo legislatore* (1612), bien que resumida y comprimida por Grocio, lo mismo que, a fuer de humanista, salpicada de citas de autores literarios en sustitución de los pasajes del *Corpus iuris civilis y canonici* y de autores medievales, que en cambio predominan en Suárez.

La razón de esta continuidad está en que el problema histórico con que Grocio se enfrentó, a saber: encontrar un derecho superior, pero puramente racional, de convivencia entre pueblos que habían perdido la antigua unidad de la fe común, como consecuencia de la Reforma protestante y de las consiguientes guerras de religión, ese problema ya lo habían enfrentado los españoles desde el comienzo de la conquista de América, porque debieron relacionarse con pueblos no-cristianos, frente a los cuales no podían invocar el *ius commune*; ello los obligó a buscar el regulador de la novísima relación en un derecho superior de carácter puramente racional.

Como se sabe, fue a tal problema que Vitoria intentó dar una respuesta. Después de él, todavía continuó la discusión entre los juristas españoles en una rama que podemos considerar propiamente indianista con intereses prácticos y concretos concernientes al planteamiento de la conquista del Nuevo Mundo; pero al mismo tiempo se desarrolló una rama propiamente filosófico-ético-jurídica, que es la que ahora interesa, para la que la conquista no era un problema inmediato por resolver. Y con todo, mantuvo el planteamiento inicial de buscar un derecho racional.

Por ello no es extraño que en buena parte de los escolástico ya aparezca la hipótesis que Grocio hizo célebre, de valer el derecho natural aunque Dios no existiese o no se ocupase de los asuntos humanos. Porque una especulación así fue un tópico frecuente de la última escolástica medieval y desde luego en la neoescolástica española. Solo que Grocio le introdujo un matiz que estableció una gran diferencia: para sus predecesores, la afirmación de existir el derecho natural aun en la hipótesis de no existir Dios, era imposible; para Grocio, en cambio, era meramente falsa, porque él, por cierto, afirmaba como verdadera la existencia de Dios. El asunto, pues, era antes considerado como una *quaestio iuris*, mientras que para Grocio era solo una *quaestio facti*, con lo cual abrió la posibilidad de que realmente pudiera haber un derecho natural sin Dios, lo que para los escolásticos no era posible y solo constituía una hipótesis eurística<sup>120</sup>.

Es cierto que el interés preponderante de los escolásticos era moral, en el sentido de la determinación de aquellas condiciones bajo las cuales el poder político y su derecho positivo obligan *in foro conscientiae*. Pero esa perspectiva la desarrollaron no sólo en el orden general, sino también en el detalle técnico; y ello les llevó a examinar todos los campos del derecho. El resultado de sus investigaciones, normalmente vertido en voluminosos tratados titulados “sobre la justicia y el derecho” (*de iustitia et iure*) o “sobre las leyes” (*de legibus*), fue el de unos sistemas de derecho muy tecnificados, pese a esos títulos que harían pensar en haber sido su contenido puramente especulativo y filosófico. De hecho, por ejemplo, el tratado *De iustitia et iure* (1593-1609) de Luis de

---

<sup>120</sup> Sobre todo esto: HERVADA, Javier, *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis ‘etiamsi daremus’ de Grocio*, en *REHJ.* 7 (Valparaíso, 1982), pp. 351 ss.

Molina es una exposición completísima de lo que hoy llamaríamos derecho civil, y tanto que, para ofrecer un caso significativo, Andrés Bello, el codificador chileno, pudo usarlo eficazmente en una materia tan técnica y especializada, y asaz alejada de la filosofía, como es la novación, según dejó constancia él mismo en las notas a su proyecto de Código Civil de 1853<sup>121</sup>.

#### **IV. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, III: El humanismo jurídico**

Nuevamente nos vemos conducidos a tratar del humanismo jurídico, aunque para meramente señalarlo también como factor formador del iusnaturalismo moderno. Aquél, en efecto, no ofrecía flancos que contradijeran las premisas que fueron del iusnaturalismo, por lo que éste careció de razones para repudiar sus resultados. De hecho ocurrió que Grocio, el fundador de la nueva escuela, había sido educado en los cánones del humanismo<sup>122</sup>, cuando éste ya se había empezado a trasladar desde Francia a Holanda, como consecuencia de las persecuciones que sufrieron en aquel país los hugonotes, a la cual secta pertenecían connotados humanistas, que entonces se exiliaron en la liberal Holanda.

1. Esta asunción del legado humanista por parte de los iusnaturalistas se observa primeramente en el común recurso metodológico, destinado a justificar sus teorías jurídicas, al pensamiento, a la historia y a los ejemplos transmitido por las fuentes filosóficas y literarias de la Antigüedad, en un pie de igualdad con el recurso a los escritos de los juristas romanos, que son citados como tales y no por figurar en el *Corpus iuris civilis*. Así, ya el propio Grocio explica haber usado “los testimonios de filósofos, historiadores, poetas y, en fin, también de oradores” para probar el derecho natural<sup>123</sup>, bajo los cuales entendía, por cierto, a los de la Antigüedad.

Lo cual, empero, no debe conducir al engaño de pensar que la sustancia del derecho natural pudo ser recogida de las fuentes no jurídicas, lo que hubiera sido imposible.

2. En seguida, también se advierte esa influencia humanista sobre el iusnaturalismo en la idea de sistema aplicada al derecho (*ars, methodo, ordo iuris*), con gran inclinación a concretarla en el sistema gayano-justiniano o a aprovechar algunos de sus componentes. Solo que los iusnaturalistas desarrollaron la idea hasta convertir el sistema de meramente dialéctico en apodíctico-axiomático, a lo que nos referiremos después.

Nuevamente el mismo Grocio nos sirve de ilustración en este punto, cuando recuerda los frustrados esfuerzos de los humanistas: “Muchos antes intentaron imponerle [sc. a la jurisprudencia] la forma de un arte; ninguno lo consiguió, ni puede conseguirse, a no ser

---

<sup>121</sup> BELLO, Andrés, *Proyecto de código civil*, en *Obras completas* (Santiago, 1888), Vol. XII, p. 429, notas a los art. 1.810 (= art. 1.634 CC.) y 1.812 (art. 1.635 CC.).

<sup>122</sup> SPÖRL, Johannes, *Hugo Grotius und der humanismus des 17. Jahrhundert*, en *Historisches Jahrbuch* 55 (1935), pp. 350 ss.

<sup>123</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 40: *Usus sum etiam ad juris probationem testimoniis philosophorum, historicorum, poetarum, postremo et oratores...*

que se separen correctamente las cosas que derivan de la convención y las naturales, de lo cual hasta ahora no se ha tenido suficiente cuidado; pues las naturales, como siempre son las mismas, se pueden fácilmente coaligar en un arte; aquellas que, en cambio, vienen de la convención, como no solo se mudan frecuentemente, sino también se alteran de lugar en lugar, quedan fuera del arte, tal cual ocurre con otros conocimientos de cosas singulares”<sup>124</sup>; debido a lo cual Grocio declara proponerse tres objetivos en su obra: “...dar las razones más evidente al definir; disponer en un orden cierto las cosas que deben ser tratadas; y distinguir claramente las cosas que entre sí pueden parecer ser las mismas y que no lo son”<sup>125</sup>. Es ostensible aquí la influencia del modelo ciceroniano del *ius in artem redigere*, que podemos resumir en las tres operaciones de definir, ordenar y distinguir.

3. En fin, alguna parte de los resultados dogmáticos y sistemáticos alcanzados en el interior del humanismo fueron recogidos por los iusnaturalistas para ser incorporados en sus propias exposiciones, a través de las cuales llegarían hasta las codificaciones. Grocio empero lo niega. Después de clasificar en tres grupos a los estudiosos del derecho romano, a saber: los juristas romanos mismos; los glosadores y comentaristas y los humanistas, que define como aquellos que “unieron las letras y las humanidades con el estudio de las leyes” (*humaniores litteras cum legum studio conjunxerunt*)<sup>126</sup>, dice de estos últimos que “apenas ofrecen alguna utilidad para nuestro tema” (*vix ullum habent usum qui nostri fit argumento*)<sup>127</sup>. Este testimonio directo debe ser aceptado al menos para Grocio mismo; y esta inutilidad quizá se deba a que Grocio se refería con “nuestro tema” en los pasajes citados al *ius gentium*, para el cual tema, en efecto, nada podía encontrar en los humanistas, que no lo trataron. Pero no vale en cuanto a las influencias jurídicas generales. Un ejemplo muy significativo es la adopción por los iusnaturalistas posteriores de la reinterpretación que el humanista francés François Connan (1508-1551) dio a la expresión *actiones* de la tricotomía gayano-justiniana *personae res actiones*. En Justiniano, el extremo *actiones* significa las acciones procesales. Pero Connan afirma que Justiniano había sustituido el sentido original de Gayo, el verdadero autor de la tricotomía, por aquel; y que dicho sentido original era el de *facta et acta*. Esta reinterpretación de *actio* por *actum* fue retomada por Jean Bodin, el célebre político, también un consumado humanista y otros colegas de escuela; pero solo fructificó cuando llegó al iusnaturalismo, en donde, junto a los otros dos extremos: *personae res*, dio origen nada menos que a la parte general de las exposiciones de derecho de la última época iusnaturalista, fundadas en la tricotomía *personae res actus*, en cuyo último ítem obtuvo su lugar sistemático la teoría general del *actus iuridicus*

---

<sup>124</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 30: *Artis formam ei imponere multi antehac destinarunt, perficit nemo; neque vero fieri potest, nisi, quod non satis curatum est hactenus, ea quae ex constituto veniunt a naturalibus recte separentur; nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi; illa autem quae ex constituto veniunt, cum et mutantur saepe et alibi alia sunt, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones.*

<sup>125</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 56: *In toto opere tria maxime mihi proposui, ut definiendi rationes redderem quam maxime evidentes; et ut quae erant tractanda, ordine certo disponerem; et ut quae eadem inter se videri poterant nec erant, perspicue distinguerem.*

<sup>126</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 53.

<sup>127</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 55.

(*negotium iuridicum*). Tal fue la influencia de este sistema, que todavía la célebre parte general (*allgemeiner Teil*) del Código Civil alemán de 1900 se divide precisamente en *Personen (personae) Sachen (res) Rechtsgeschäfte (negotium iuridicum)*<sup>128</sup>.

## V. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, IV: La revolución científica.

1. En el siglo XVI empezó a desarrollarse un fenómeno cultural de grandes dimensiones, que los historiadores denominan la “revolución científica”. Sus raíces lejanas se encuentran en Guillermo de Ockam, pero inmediatamente se asociaron a él nombres como Nicolás Copérnico, Juan Kepler, Galileo Galilei, Francis Bacon y Renato Descartes hasta culminar en Isaac Newton. Fueron características del movimiento, en primer lugar, el abandono de la pregunta por la esencia de los fenómenos, en que hasta entonces había consistido la ciencia influida por el aristotelismo, y en su reemplazo con la pregunta por el cómo de cada fenómeno y por sus regularidades; en segundo lugar, el tratamiento de dichos fenómenos aislados de sus circunstancias de hecho, o sea en condiciones abstractas o ideales (como ocurre al prescindirse del roce al estudiar las leyes del deslizamiento de los cuerpos por sobre un plano inclinado); en tercer lugar, en la aspiración a establecer relaciones mensurables entre los fenómenos, que pudieran reducirse a fórmulas. Ello condujo naturalmente al empleo de la matemática; y de este modo la matemática se transformó en el paradigma de ciencia. Pero debe advertirse, con todo, que habiendo quedado fuera de las posibilidades tecnológicas de la época el estudio de la constitución interna de la materia, la nueva ciencia quedó acotada en la mecánica y no pudo dirigirse a la investigación de los fenómenos eléctricos, electrónicos y menos atómicos. De esta manera, ella puede ser considerada como una mecánica matematizada.

2. La influencia de este nuevo planteamiento de la ciencia en los juristas radicó en que estos concibieron la posibilidad de aplicarlo al derecho, esto es, de mecanizarlo y de matematizarlo, por así decir. Esta idea floreció en el seno de la escuela del derecho natural racionalista<sup>129</sup>.

a) Como ejemplos característicos del intento de entender el derecho según el modelo mecánico podemos recordar a Tomás Hobbes, cuyo mecanicismo es propiamente de base física o material; y a Samuel Pufendorf, quien, al revés, intentó fundar el mecanicismo jurídico sobre una realidad diversa de la naturaleza material, ideando para

---

<sup>128</sup> Sobre esto: GUZMÁN, Alejandro, *Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema de derecho*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* 34 (Córdoba, 1995), pp. 41 ss.

<sup>129</sup> Lit.: SCHÜLING, H., *Die Geschichte der axiomatischen Methode im 16. und beginnenden 17. Jahrhundert* (Hildesheim-New York, Olms, 1969); STEPHANITZ, Dieter von, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweierhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss* (Berlin, De Gruyter, 1970), pp. 52 ss.; RÖD, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert* (München, 1970); DUFOUR, Alfred., *L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l'École du Droit Naturel moderne* (Grotius, Hobbes, Puffendorf) (1989), ahora en EL MISMO, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du droit historique* (Paris, PUF., 1991), pp. 93 ss.

ello una teoría de los “entes morales” (*entia moralia*)<sup>130</sup>, como paralelos a los *entia physica*, de los cuales son *modi* (accidentes), creados por “imposición” (*impositio*) de algún ser inteligente. Como los *entia physica* necesitan un “espacio” (*spatium*) en que ejercer su movimiento local, también los *entia moralia* requieren de algo semejante, que corresponde al *status* en el que se los concibe para desplegar su actividad<sup>131</sup>. Como el espacio físico se divide en un “donde” (*ubi*) y un “cuando” (*quando*), también el *status* se divide primeramente en un *ubi moralis* y en un *tempus (moralis)*. El primero para el ejercicio de las *qualitates morales* (*iura, obligationes, potestates*), que pueden ser un *status naturalis* (en que se considera al puro individuo en sí) y un *status adventitius* (en que se lo considera en cuando marido o mujer, padre o hijo, amo o servidor y subdito o gobernante). El *tempus (moralis)* se conecta con las *quantitates morales*, bien relativas a la juventud o vejez: infancia, puericia, adolescencia, juventud, edad viril, etc.; bien concernientes a la minoridad, que hace estar sometido a tutela o curaduría, o a la mayoría de edad, que hace ser plenamente capaz<sup>132</sup>; y así sucesivamente, de modo que, como puede observarse, esta teoría de los *entia moralis* constituye un reflejo en el plano de la voluntad y de la libertad del modelo mecánico del mundo, en el que los principales conceptos jurídicos encuentran su lugar.

En Pufendorf esta teoría cumple varios objetivos; pero uno de ellos es proporcionar certidumbre a la ciencia del derecho; y dice así el autor: “Y aunque por esto las acciones humanas sean llamadas morales, porque no son necesarias sino libres, de ello empero no se sigue que, después de haber sentado principios ciertos, no puedan competer ciertas cosas a estas acciones acerca de las cuales quepa una indudable demostración. Es claro que los actos acerca de los cuales se dispone por la ley natural tienen una fuerza intrínseca hacia la sociabilidad, aunque su existencia la produzca una libre voluntad de los hombres. Pero, mientras que deliberamos, con razón los consideramos libres y los efectos que habrán de provenir de nuestros actos con respecto a aquella libertad se los llama rectamente contingentes; pero después que nos determinamos a la acción, el ligamen que hay entre nuestros actos y todos los efectos de ellos dependientes es necesario y enteramente natural y en consecuencia suceptible de demostración”<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Expuesta en su *De jure naturae et gentium* lib. I. Sobre ella: WELZEL, Hans, *Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs* (1930, reimp. Berlin-New York, 1986), cap. II; BRUFAU PRATS, Jaime, *La actitud metódica de Pufendorf* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968), pp. 69 ss.; DUFOUR, Alfred, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne* cit. (n. 118), pp.103-124; LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle* (Paris, Vrin, 1982), pp. 119-132; SCHINO, Anna Lisa, *Il pensiero politico di Pufendorf* (Bari-Roma, Laterza, 1995), pp. 12-19; KOBUSCH, Theo, *Pufendorfs Lehre vom moralische Sein*, en VV. AA., *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung* (Berlin, Akad. Verlag, 1996), pp. 63 ss.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>132</sup> *Ibid.*, párr. 10.

<sup>133</sup> *Ibid.*, lib. I, cap. 2, párr. 5: *Et si vel maxime actiones humanae ideo morales dicantur, quod sint non necessariae, sed liberae, ex eo tamen non consequitur, positis certis principiis, non posse competere illis actionibus eiusmodi, quae de iis indubio possint demonstrari. Sane enim constat actus, de quibus naturali lege disponitur, intrinsecam habere vim ad socialitatem, etsi ut isti actu existant, libera hominum voluntas efficiat. Ac dum deliberemus, merito liberi dicimur et effectus e nostris actibus proventuri respectu illius libertatis recte dicuntur contingentes; postquam tamen nos ad agendum determinavimus, nexus inter actus nostros et effectus omnes inde pendentes necessarius est, et plane naturalis eoque demonstrationis capax.*

b) Los afanes sistemáticos del humanismo en cierta medida habían preparado una sensibilidad para acoger el modelo. La posibilidad de construir sistemas jurídicos de base dialéctica demostró, en efecto, que el derecho opera sobre fundamentos lógicos, y al fin y al cabo la matemática también funciona lógicamente. Sólo que ahora los juristas quisieron dar un paso más adelante, e intentaron la construcción de sistemas apodícticos y axiomáticos. Para ello les fue menester encontrar las premisas necesarias de que descendieran todas las proposiciones formulables en el ámbito jurídico; y esas premisas últimas y necesarias las encontraron muy fácilmente en unos pocos principios pertenecientes a la vieja categoría del derecho natural, a partir de los cuales, mediante el raciocinio deductivo, se obtienen sucesivamente nuevas normas, hasta conformar un sistema completo de ellas, el cual, por su carácter natural y racional, ofrece una coherencia interna que se manifiesta externamente en el modo de presentarse ese derecho, es decir, a través de proposiciones rigurosamente interconectadas desde las más generales hasta las más especiales, desde las más comunes a las más propias, desde las más universales hasta las más particulares; por lo cual el derecho natural racional se presenta como un inmenso silogismo, o si se quiere, como un sistema de silogismos, apoyados unos en los otros, y todos en las primeras premisas. De esta manera, a diferencia del derecho natural medieval, que se contentó con permanecer en los principios universales sin avanzar en el desarrollo de las figuras jurídicas, porque entendía que ello era competencia del derecho positivo, los modernos, investigando el derecho natural, descendieron hasta los menores detalles. Por ello sus tratados de derecho de la naturaleza en realidad fueron obras de derecho (bien que muy moralizado) no menos que de filosofía del derecho.

Este método ya se observa en el propio Hugo Grocio (1583-1645), el iniciador de la nueva escuela. En él, en efecto, encontramos afirmaciones como las que siguen: “confieso... que del mismo modo en que los matemáticos consideran a las figuras como separadas de los cuerpos, así yo, al tratar del derecho, he separado mi entendimiento de todo hecho singular”<sup>134</sup>; y también, como justificación por haber recurrido a la cita de filósofos, historiadores, poetas y oradores: “que lo que muchos afirman como cierto en diversos tiempos y lugares, debe ser referido a una causa universal; la cual en nuestras cuestiones no puede de ser de otra manera que o una recta ilación procedente de los principios de la naturaleza o un cierto consenso común; aquella indica al derecho de la naturaleza, éste al derecho de gentes...”<sup>135</sup>; aun cuando en él todavía se adviertan el empleo de la dialéctica, un estilo algo discursivo y el gusto por el recurso a las fuentes literarias de la Antigüedad, igual que en los de los humanistas, ya que, después de todo, Grocio fue también un humanista, como se ha visto.

Pero en los grandes tratados de derecho natural racional del siglo XVIII el modo silogístico de presentar el material y el estilo conciso y breve, hasta sentencioso, lo

---

<sup>134</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 58: *...profiteor sicut mathematici figuras a corporibus remotas considerant, ita me in jure tratando ab omni singulari facto abduxisse animum.*

<sup>135</sup> GROTIUS, *Ibíd.*, proleg. 40: *...quod ubi multis diversis temporibus ac locis idem pro certo affirmat, id ad causam universalem referri debeat; quae in nostris quaestionibus alia esse non potest, quam aut recta illatio ex naturae principiis procedens, aut communis aliquis consensus; illa jus naturae indicat, hic jus gentium...*

mismo que la prescindencia de las circunstancias de hecho, son ya una característica plena, que por lo demás anuncia lo que vendrían a ser los futuros códigos civiles. En este sentido resultan paradigmáticas las obras del alemán Cristián Wolff (1679-1754), quien, por ejemplo, en 1750 publicó una obra significativamente titulada: “Institutiones de derecho de la naturaleza y de gentes en las cuales todas las obligaciones y todos los derechos son deducidos de la misma naturaleza humana con nexo continuo” (*Institutiones juris naturae et gentium in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*). En consonancia, en dicha obra encontramos la siguiente definición: “Existe un invariable vínculo de todos los derechos y obligaciones entre sí, de modo que los unos puedan deducirse de los otros a través de un hilo continuo de raciocinios y que constituyan una estructura de verdades recíprocamente conectadas, todo lo cual se llama sistema”<sup>136</sup>.

En este ambiente se enmarcó la prosecución que de los los esfuerzos sistemáticos iniciados por el humanismo hicieron los iusnaturalistas<sup>137</sup>.

## **VI. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, V: El liberalismo**<sup>138</sup>

1. Habitualmente la expresión “liberalismo” es empleada para designar una ideología política y también económica. Pero aquí la usaremos en un sentido aun más abarcador, pues el liberalismo también irradió los campos social, jurídico y aun ético y religioso.

---

<sup>136</sup> WOLF, Chr., *Institutiones juris naturae et gentium*, pars I, cap. 2, párr. 62: *Constans nimirum omnium obligationum ac jurium inter se nexum est, ut alia ex aliis deduci continuo ratiocinationis filo possint et veritatum inter se connexarum compagem constituent, quod systema appellatur*.

<sup>137</sup> Sobre esto: BLONDEAU, H., *Des méthodes de classifications qui ont été suivies ou proposées à diverses époques pour faciliter l'étude du droit privé et notamment de celles qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des Universités d'Allemagne*, en *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte* 3 (Bruxelles, 1824), pp. 217 ss.; RATJE, H., *Die Ordner des römischen Rechts*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 8 (1869), pp. 277 ss.; SCHWARTZ, Andreas B., *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems* (1921), ahora en EL MISMO, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (Karlsruhe, Müller, 1969), pp. 1 ss.; EBRARD, Friedrich, *Über Methoden, Systeme, Dogmen in der Geschichte des Privatrechts*, en *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 67 (1948), pp. 95 ss.; COING, Helmut, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem* (1963), ahora en EL MISMO, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1982), Vol. I, pp. 297 ss.; STRÖMHOLM, Stig, *Lo sviluppo storico dell'idea di sistema*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 52 (1975), pp. 468 ss.; LOSANO, Mario, *Sistema e struttura nel diritto, I: Dalle origine alla scuola storica* (Torino, Giappichelli, s. d.), pp. 56 ss.; ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino, 1987), pp. 133 ss.; WOŁODKIEWICZ, Witold, *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain* (Wroclaw y otras, 1978).

<sup>138</sup> Lit.: RUGGIERO, G. de, *Historia del liberalismo europeo* (trad. cast., Madrid, Pegaso, 1944), pp. I-CXVI; LASKI, H. J., *El liberalismo europeo* (1936, trad. cast., México, Fondo de Cultura Económica, 1953); LABROUSSE, R., *Introducción a la filosofía política* (trad. cast., Buenos Aires, s. d.), pp. 164 ss.; PRÉLOT, M., *Historia de las ideas políticas* (trad. cast., Buenos Aires, 1971), pp. 421 ss.; JARDIN, A., *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo político a la constitución de 1875* (1985, trad. cast., México, Fondo de Cultura Económica, 1989), pp. 13-185; TOUCHARD, J., *Historia e las ideas políticas* (trad. cast., Madrid, Tecnos, 1987), pp. 279 ss. Para los aspectos más jurídicos: SOLARI, Gioele, *Filosofía del derecho privado* cit. (n. 61), Vol. I, pp. 3-58; PASSERIN D'ENTREVES, Alessandro, *Derecho natural* (trad. cast., Madrid, Aguilar, 1972), pp. 59 ss.



El liberalismo es un pensamiento que históricamente se explica como una reacción a las condiciones generales imperantes en la vida social de la Epoca Moderna, que podemos sintetizar así: en lo político, el absolutismo monárquico; en lo social, la división de las personas en estamentos con estatutos diferenciados o no igualitarios de deberes y prerrogativas; en lo económico, el mercantilismo, el dirigismo y el intervencionismo estatales; en lo jurídico (nos limitamos al derecho privado), la pluralidad de sujetos de derecho, las vinculaciones de la propiedad inmueble, las limitaciones sucesorias y la reglamentación publicística de la negocialidad y la contratación; en lo ético, la intervención del poder secular y eclesiástico en los aspectos morales de la conducta particular; en lo religioso, la unión de la Iglesia y el Estado, con las consiguientes prerrogativas acordadas a esta última.

Correlativamente, el programa liberal podemos sintetizarlo así: en lo político, la división de los poderes, la representación popular en una cámara periódicamente elegida y el establecimiento legal de un catálogo de libertades públicas; en lo social, la abolición de los estamentos y sus efectos y su reemplazo por las clases sociales de base económica, con libre acceso, pero sin reglamentación jurídica; en lo económico, la libertad interna e internacional de industria (*laissez faire*) y de comercio (*laissez passer*), con libertad de precios; en lo jurídico, la unificación del sujeto de derecho en la persona sin más, la abolición de las vinculaciones de la propiedad y la libertad de su circulación, la libertad de testar a lo más limitada por las legítimas en favor de los parientes más directos, y la libertad de contratación; en lo ético, el reconocimiento de una esfera moral de autonomía y, por ende, independiente de toda intervención externa; en lo religioso, la separación de Iglesia y Estado y la libertad de conciencia y culto.

2. Ahora bien, todo este vasto programa, que hemos incluido bajo el rótulo de “liberalismo”, en buena medida fue obra de la escuela iusnaturalista y en realidad representa precisamente una parte del contenido de su derecho natural. A él llegó merced a una rigurosa aplicación del modelo de la nueva ciencia a la sociedad, es decir, mediante el análisis o descomposición de los fenómenos sociales y su posterior recomposición o síntesis; de esta manera los iusnaturalistas pudieron formular un modelo teórico explicativo de la estructura y el funcionamiento de la sociedad, similares a los de los físicos, como Newton, por ejemplo, con respecto al universo.

Los puntos principales del modelo iusnaturalista<sup>139</sup> fueron los siguientes:

a) El análisis de la sociedad condujo a descubrir que su elemento primordial o irreductible es el individuo humano, que en cuanto tal es siempre igual a los demás; y a suponerlo en una teórica condición no social, es decir sin gobierno, ley coercitiva ni instituciones políticas, de modo que cada uno viviera aisladamente y, por ende, con ilimitada libertad de hacer lo que le placiera. En la terminología de la escuela, esta situación fue denominada “estado de naturaleza”<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto, *Il modelo giusnaturalista*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. I, pp. 73 ss.

<sup>140</sup> Una amplia visión de las diferentes interpretaciones de ese estado en: DERATHÉ, R., *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps* (Paris, Vrin, 1995), pp. 125-171.

b) Al “estado de naturaleza”, empero, correspondió un “derecho natural”. Para su definición fue muy importante, aunque no tanto todavía en Grocio, la acogida que dió la escuela al concepto subjetivista de derecho, que se remontaba a Guillermo de Ockam<sup>141</sup> y que fue difundido por la neoescolástica española<sup>142</sup>. De acuerdo con esta concepción, el *ius* es definido como una *potestas* o *facultas* o, más ampliamente, como una *qualitas*<sup>143</sup>; se aluden pues, a los poderes o facultades de hacer o actuar y, en definitiva, a la libertad. En este sentido fue paradigmática la definición de Hobbes: “El derecho de la naturaleza, que los escritores comúnmente llaman *jus naturale*, es la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como él mismo quiera, para la preservación de su propia naturaleza”<sup>144</sup>.

Estos poderes o derechos naturales, por ser tales, son innatos<sup>145</sup>; por lo mismo, se predicán de cada uno, es decir son iguales; y de este modo su ejercicio conduce a la

---

<sup>141</sup> Sobre esto: FOLGADO, Avelino, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI* (San Lorenzo de El Escorial, 1969), vol I (único), pp. 96-146; VILLEY, Michel, *Droit subjectif*, I: *La genèse chez Guillaume d’Occam*, en *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire* (Paris, Dalloz, 1969), pp. 140 ss. [trad. castellana en el volumen: VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), pp. 149 ss.]. Más en general, sobre la formación del concepto de derecho subjetivo: VILLEY, Michel, *Les Institutions de Gaius et l’idée du droit subjectif*, ahora en *Leçons d’histoire de la philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1962), pp. 167 ss. [trad. castellana en el volumen: VILLEY, Michel, *Estudios cit. ibi*, pp. 71 ss.]; EL MISMO, *Les origines de la notion de droit subjectif*, *ibid.*, pp. 221 ss. [pp. 23 ss. de la trad. cit.]; GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia del derecho subjetivo*, en *Revista Chilena de Derecho* 2 (Santiago, 1975) 1-2, pp. 55 ss. = *Anuario de Derecho Administrativo* 1 (Santiago, 1975-1976), pp. 51 ss.

<sup>142</sup> Vid. FOLGADO, A, *Evoluc. hist. cit.* (n. 141), pp. 177 ss.

<sup>143</sup> OCKHAM, G., *Opus nonaginta dierum* VI, 4, lo definió *communissime* como “toda potestad lícita” (*omnis licita potestas*) y así mismo quedó entre sus seguidores más inmediatos, por ejemplo, en GERSON, *De vita spiritualis* 3: “derecho es una potestad o facultad actual que conviene a alguien según dictamen de la recta razón” (*jus est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*); SUÁREZ, Francisco, *De legibus ac Deo legislatorem* lib. I, cap. 2, párr. 5: “cierta facultad moral que tiene cada uno con respecto a una cosa que es suya o a una cosa que le es debida” (*facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*); GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis* lib. I, cap. 1, párr. 1: “cualidad moral que compete a una persona para tener o hacer algo justamente” (*qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum* (1,1,4); PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. 1, párr. 20: “se entiende como aquella cualidad moral, por la cual rectamente mandamos sobre personas, o tenemos cosas o por fuerza de la cual algo nos es debido” (*accipiatur pro qualitate illa morali, qua recte vel personis imperamus vel res tenemus aut cuius vi aliquid nobis debetur*).

<sup>144</sup> HOBBS, Th., *Leviathan*, cap. 14: *The Right of Nature, which Writers commonly call Jus Naturale, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature*. Sobre el concepto de derecho subjetivo en Hobbes: VILLEY, Michel, *Droit subjectif* II: *Le droit de l’individu chez Hobbes*, ahora en *Seize essais cit.* (n. 141), pp. 179 ss. [trad. cast. en *Estudios cit.* (n. 141), pp. 191 ss.].

<sup>145</sup> Sobre esto: THIEME, Hans, *L’apport du droit naturel au droit positif* (1967), ahora en EL MISMO, *Ideengesch. und Rechtsgesch.* cit. (n. 61), Vol. II, pp. 944 ss.; GARBER, Jörn, *Vom ‘ius connatum’ zum Menschenrecht. Deutsche Menschenrechtstheorien der Spätaufklärung*, en BRANDT, Reinhard (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (Berlin-New York, De Gruyter, 1982), pp. 107 ss.; DUFOUR, Alfred, *Les avatars des droits de l’homme entre droit naturel et droit historique* (1988), ahora en EL MISMO, *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*. cit. (n. 129), pp. 11 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Los orígenes de la doctrina de los derechos innatos*, en *Cuadernos de Historia* 6 (Córdoba, 1996), pp. 121 ss. = como *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos*, en *Revista de*

guerra de todos contra todos en torno a todo, no habiendo un poder superior que reparta y garantice la segura posesión de lo repartido. Esta situación de beligerancia, empero, fue interpretada de distinta manera por los autores: el más extremo fue Hobbes, quien sostuvo una beligerancia radical y permanente; otros, como Locke o Pufendorf, sostuvieron que la guerra no es un estado constante sino una posibilidad, aunque muy frecuente. No podemos entrar en los detalles<sup>146</sup>.

c) En el estado de naturaleza existe, además, una “ley natural”<sup>147</sup>. Esta noción aparece concebida como un dictamen de la razón que prescribe la sociabilidad entre los hombres, como se ve, por ejemplo, en Hobbes, quien dice que “una ley de la naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida o que le arrebate los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla”<sup>148</sup>; y en Pufendorf, quien la define como la “que de tal manera resulta congruente con la naturaleza racional y social del hombre, que sin ella el género humano no podría tener una sociedad honesta y pacífica”<sup>149</sup>.

De esta manera, pues, mientras el derecho natural (subjetivo) conduce o puede conducir a la guerra, la ley natural ordena la paz, la asociación y la mutua colaboración.

d) Para evitar la recíproca destrucción como efecto de la guerra e iluminados por la ley natural, los individuos acuerdan salir del estado de naturaleza mediante un convenio de todos, que solió ser denominado “contrato social”<sup>150</sup>. Mediante él, pues, se crean la sociedad, el gobierno y la norma coercitiva, dándose paso, así, al “estado civil”. Ahora Locke nos sirve de ilustración: “Si el hombre es tan libre en el estado de naturaleza, como hemos explicado; si es señor absoluto de su propia persona y de sus bienes, igual al hombre más alto, y no sujeto a cuerpo alguno, ¿por qué quiere compartir esa libertad? ¿por qué quiere renunciar a ese poder supremo y a la sujeción de sí mismo para someterse al gobierno y al control de algún otro poder? La respuesta evidente es que, a pesar de disponer de tales derechos en el estado de naturaleza, es muy inseguro el

---

*Ciencias Sociales* 41 (Valparaíso, 1996, número dedicado al tema: “Positivismo jurídico y doctrinas del derecho natural”), pp. 245 ss.

<sup>146</sup> Para ellos: DERATHÉ, R., *Jean-Jacques Rousseau* cit. (n. 140), pp. 131-141.

<sup>147</sup> DERATHÉ, R., *Jean-Jacques Rousseau* cit. (n. 140), pp. 151-171; DUFOUR, Alfred, *La notion de loi dans l'École de droit naturel moderne. Etude sur le sens du mot loi chez Grotius, Hobbes et Pufendorf* (1980), ahora en EL MISMO, *Droits de l'homme* cit. (n. 129), pp. 111 ss.

<sup>148</sup> HOBBS, Th., *Leviathan*, cap. 14: *A Law of Nature (Lex Naturalis) is a Precept, or generall Rule, found out ty Reason, by which a man is forbidden to do, that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same; and to omit, that, by which he thinketh it may be best preserved.*

<sup>149</sup> PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. 6, párr. 18: *quae cum rationali et sociali natura hominis ita congruit, ut humano generi honesta et pacifica societas citra eandem constare nequeat.*

<sup>150</sup> DERATHÉ, R., *Jean-Jacques Rousseau* cit. (n. 140), pp. 207-247. También: ATGER, Frédéric, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social* (Nimes, 1906), pp. 134 ss.; GOUGH, John, *Il contratto sociale. Storia critica di una teoria* (1936, trad. ital. Bologna, Il Mulino, 1986), pp. 147-224.

disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres”<sup>151</sup>.

e) Al estado civil corresponden ahora el “derecho civil” y la “ley civil”. También aquél es concebido subjetivamente, vale decir como “derechos civiles”. Pero no hay una diferencia de esencia entre éstos y los naturales o innatos, sino de intensidad, y esta diferencia puramente cuantitativa queda establecida merced a la intervención de la ley civil. Esta, en función de la sociabilidad, puede imponer límites al ejercicio de los derechos naturales y es así como se convierten en civiles. De esta manera, la ley civil aparece concebida como un ordenamiento protector y garantizador de los derechos civiles, si bien asimismo limitador, en función de su interrelación. Nuevamente Locke nos ilustra: “El primer poder, es decir, el de hacer lo que le parece bien para su propia salvaguardia y la de los demás, lo entrega a la reglamentación de las leyes que dicta la sociedad, en la medida que su propia salvaguardia y la de los demás miembros de la sociedad lo requiere; las cuales leyes de la sociedad restringen en muchas cosas la libertad que le ha sido otorgada por la ley de la naturaleza...”<sup>152</sup>. Y continúa: “Sin embargo, aunque al entrar en sociedad renuncian los hombres a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo de que disponían en el estado de naturaleza y hacen entrega de los mismos a la sociedad... el poder de la sociedad política o de los legisladores instituidos por ella nunca puede extenderse a otra cosa que al bien común, hallándose obligados a asegurar las propiedades de cada uno mediante medidas contra los tres defectos arriba señalados, que hacen tan inseguro e intranquilo al estado de naturaleza”<sup>153</sup>.

3. En el pensamiento iusnaturalista, pues, la función de la ley civil consiste en salvaguardar los derechos innatos, que, no obstante, también puede limitar en función del bien común. En este punto radicó la fuerza crítica, reformista y finalmente revolucionaria del iusnaturalismo. Sus corifeos, al comparar el derecho natural subjetivísticamente interpretado, de modo de aparecer otorgando una serie de derechos innatos de libertad, iguales para todos, con el derecho positivo de su tiempo, no pudieron menos que criticar a este último por estar muy lejos de reconocerlos. De la actitud crítica fue fácil el tránsito al remedio, que consistía simplemente en reconocer y proteger tales derechos. Ahora bien, este remedio se aplicó de dos modos. Por un lado,

---

<sup>151</sup> LOCKE, J., *An Essay concerning the True Original, Extent and End on Civil Government*, cap. 9, párr. 123: *If Man in the State of Nature be so free, has had been said; If he be absolute Lord of his own Person and Possessions, equal to the greatest, and subject to no Body, why will he part with his Freedom? Why will he give up this Empire, and subject himself to the Dominion and Controul of any other Power? To which 'tis obvious to Answer, that though in the State of Nature he hath such a right, yet the Enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others.*

<sup>152</sup> LOCKE, J., *An Essay concerning the True Original, Extent and End on Civil Government*, cap. 9, párr. 129: *The first Power, viz. of doing whatsoever he thought fit for the Preservation of himself, and the rest of Mankind, he gives up to be regulated by Laws made by the Society, so far forth as the preservation of himself, and the rest of that Society shall require; which Laws of the Society in many things confine the liberty he had by Law of Nature.*

<sup>153</sup> LOCKE, J., *An Essay concerning the True Original, Extent and End on Civil Government*, cap. 9, párr. 131: *But though Men when they enter into Society, give up the Equality, Liberty and Executive Power they had in the State of Nature, into the hands of the Society... the power of the Society, or Legislative constituted by them, can never be suppos'd to extend farther than the common good; but is obliged to secure every ones Property by providing against those three defects above-mentioned, that made the State of Nature so unsafe and uneasy.*

algunos monarcas absolutos, embuidos de iusnaturalismo, creyeron su deber proceder a legislar según las exigencias del derecho natural, y esto dio lugar a lo que históricamente suele denominarse el “Absolutismo (mejor que despotismo) ilustrado”. Por otro, fue la reacción popular la que impuso el reconocimiento, por medio de la violencia antigubernamental, primero en las colonias americanas de la Corona inglesa, bajo la forma de una revolución de independencia; después, y sobre todo, en Francia, en el fragor de una *Grande Révolution*.

## VII. Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, VI: El derecho romano<sup>154</sup>

1. Una especulación fundada sobre el derecho natural se puede lícitamente mantener en el nivel de los primeros principios sin descender a sus aplicaciones más particulares. Así lo había hecho Aristóteles en la Antigüedad, como se ve en el libro V de su *Ethica ad Nichomachum*. Lo contrario, esto es, descender a las aplicaciones más particulares del derecho natural, puede significar resolver casos concretos de acuerdo con los principios y asimismo ilustrar estos con tales casos; o bien construir un completo sistema de derecho natural en el que la totalidad de la vida de relaciones humanas susceptible de ser jurídicamente examinada encuentre su tipologización, de modo de resultar paralelo al sistema del derecho civil. La primera vía fue la que siguieron los escolásticos medievales, como se ve, por ejemplo, en Tomás de Aquino<sup>155</sup>. Por la segunda optaron los iusnaturalistas. Pero, antes que ellos, como vimos, también se habían visto inducidos a seguir esa misma vía los escolásticos españoles; y en realidad fue porque ellos, al iniciarse el siglo XVII, ya tenían formulado un muy completo sistema de derecho natural, que los iusnaturalistas pudieron recoger su patrimonio sin necesidad de empezar a formarlo desde la nada.

Pero cuanto los escolásticos propiamente hicieron no consistió realmente en deducir un completo sistema de figuras, reglas e instituciones jurídicas a partir de los primeros principios del derecho natural. Su labor consistió en justificar y explicar las figuras, reglas e instituciones del derecho positivo con los principios del derecho natural. Y esta fue la precisa razón de haber sido capaces de construir un sistema de tal derecho. Les ayudó a ello la convicción, ya presente en el derecho romano antiguo y renovada por los escolásticos medievales, de que no hay oposición necesaria, más que en contados casos,

---

<sup>154</sup> KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano* cit. (n. 15), pp. 349 ss.; THIEME, Hans, *Naturecht und römisches Recht*, 1977), ahora en EL MISMO, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*. cit. (n. 61), Vol. II, pp. 923 ss.; LAUTNER, Julius, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht* (Zürich, Juris-Verlag, 1976), pp. 46 ss.; ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna. Il Mulino, 1987), pp. 37 ss.; SÓJKA-ZIELINSKA, Katarzyna, *Le droit romain et l'idée de codification du droit privé au siècle des Lumières*, en VV. AA., *Le droit romain et sa réception en Europe* (Varsovie, Université de Varsovie, 1978), pp. 181 ss.; GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta* (n. 17), pp. y su resumen cit. (n. 17), pp. 135 ss.; STEIN, Peter, *Römische Rechts und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur* (Frankfurt a.M., Fischer, 1996), cap. IV. Una visión no exclusivamente referida a las codificaciones iusnaturalistas: KNÜTEL, Rolf, *Derecho romano y codificación del derecho civil*, en *Revista de Derecho Privado* 6 (México, 1995) 16, pp. 65 ss.

<sup>155</sup> BAGNULO, Roberto, *Il concetto di diritto naturale in Santo Tommaso d'Aquino* (Milano, Giuffrè, 1983).

ni paralelismo entre el derecho natural y el positivo; y de que, al revés, buena parte de este último en realidad refleja al derecho natural.

Lo anterior no significa que las exposiciones neoescolásticas de derecho natural asumieran fielmente y sin modificaciones el sistema del derecho positivo y la versión histórica de sus figuras e instituciones. Por el contrario, ambos solieron salir modificados de manos de esos autores, no solo por el talante filosófico que estos desplegaban en su tratamiento, que los llevaba a prescindir de la parte de contingencia, historicidad y artificialidad que el sistema y las instituciones del derecho positivo portaban consigo, sino también porque su visión iusnaturalista conducía casi siempre a la generalización y a la abstracción de lo que el derecho positivo consideraba más particularizado y concreto, nuevamente determinados en la tarea también en esto por su talante filosófico que les incitaba a operar en ese sentido. De esta manera, el derecho natural de la neoescolástica ofreció un sistema expositivo que se apartaba en varios puntos del sistema del derecho positivo y muchas de sus soluciones jurídicas difirieron de las que ofrecía éste; el cual, en todo caso, aparece expuesto en un alto nivel de generalidad y abstracción y desprovisto de sus contingencias históricas

Ahora bien, para los escolásticos, su derecho positivo fue el derecho romano y el canónico, o sea el *ius commune*, en el que llegaron a ser expertos. De esta manera puede decirse que, bajo el aspecto en que ahora estudiamos el asunto, el derecho natural de la neoescolástica fue, en realidad, derecho común iusnaturalizado.

2. Otro tanto puede decirse del derecho natural de la escuela fundada por Grocio. Ya éste utilizó directamente las obras de los neoescolásticos, que eran, como se dijo, tratados de derecho romano (-canónico) iusnaturalizado; Grocio fue además, como también se ha visto, un romanista de corte humanista, lo cual le hizo participar del convencimiento generalizado en esa escuela acerca de la intrínseca equidad del derecho romano<sup>156</sup>. Ambas circunstancias aseguraron que para Grocio también fuera el romano el derecho positivo de que él había de partir cuando diseñó su proyecto de construir un completo y desarrollado tratado de derecho natural, de modo que en definitiva su *De iure belli ac pacis* no dejó de ser él mismo una exposición de derecho romano, bien que generalizado, ampliado, abstraído y depurado, y en fin enmarcado en un sistema de ética social.

a) Para ilustrar este asunto, por lo que al sistema respecta, se puede hacer un breve análisis del mencionado tratado de Grocio. El se inicia con un discurso preliminar al que siguen tres libros. El discurso está destinado a sentar las bases metodológicas del tema. En el libro I se examina la noción de guerra, su justicia y sus clases, y los sujetos legitimados para emprenderla. El libro II considera las causas de la guerra, que Grocio

---

<sup>156</sup> Vid. lo que dice en su carta de 16 de noviembre de 1633 a L. Aubéry du Maurier [en MEULENBROEK, B. L., *Briefwisseling van Hugo Grotius* (Gravenhage, M. Nijhoff, 1966, p. 205): “En fin, es tan evidente la equidad de su derecho en la mayoría de sus partes, máxime en aquellas pertinentes al contrato o al daño causado con injuria, que las leyes romanas, sin ninguna otra fuerza llegaron triunfantes por la fuerza de su justicia, incluso a aquellos pueblos a los que las armas romanas jamás pudieron alcanzar, como Polonia y los países vecinos” (*Tam evidens denique est ejus iuris in plerisque partibus, iis maxime, quae ad contractus aut damnum injuria datum pertinet, aequitas, ut ad quod populos Romana arma pertingere numquam potuerunt, ut in Poloniam vicinasque gentes, eo leges Romanae sine vi ulla, justitiae suae vi triumphantis pervenerint*).

ve en la violación de los derechos, por lo cual, en realidad, de lo que viene a tratar ahí es precisamente de ellos; y de esa manera los temas concretos que se encuentran estudiados en este libro II son: los modos de adquirir el dominio de las cosas entre vivos, que Grocio clasifica en originarios y derivativos; los modos de adquirir los poderes sobre personas, es decir, los poderes de padre, marido, amo y soberano; la sucesión por causa de muerte en el dominio; y las obligaciones y sus fuentes: la promesa, el contrato, los tratados y los hechos ilícitos. En el libro III, su autor examina los procedimientos bélicos, es decir, las reglas que rigen las contiendas.

Una observación incluso superficial de este esquema permite advertir que el libro Grocio lo redactó siguiendo el sistema de las *Institutiones* de Justiniano, fundado en la tricotomía personas, cosas y acciones; las cosas, a su vez, clasificadas en corporales e incorporeales, con inclusión dentro de las últimas a los derechos reales, la herencia y las obligaciones; éstas, a su vez, derivadas bien de un delito o bien de un contrato. El sistema de Grocio, en efecto, es: sujetos de la guerra, es decir, personas; objetos, esto es, los derechos reales, sucesorios y obligatorios cuyo origen es bien una convención, bien un ilícito; y finalmente los procedimientos bélicos, equivalentes a las acciones procesales de Justiniano<sup>157</sup>.

b) Por lo que atañe a la doctrina jurídica misma ahora, como ejemplo puede examinarse el de las promesas. Grocio trata el tema en el capítulo XI del libro II. Su problema consiste en saber si una promesa engendra o no obligación, al cual da una respuesta afirmativa, siempre que la promesa sea perfecta, de modo que el asunto queda reconducido a determinar cuándo una promesa es tal. El autor dice que ello acaece al reunirse determinados requisitos, que son: (i) el uso de la razón; y (ii) la ausencia de error, de dolo o fraude, y de temor. Enseguida analiza Grocio lo que llama la materia de las promesas, es decir, la naturaleza que deben tener las cosas que se prometen, respecto de la cual vienen estudiados todos los problemas de determinación, posibilidad y licitud. Finalmente entra el autor en la cuestión de la causa<sup>158</sup>.

Es fácil reconocer en esta exposición las bases de la moderna teoría general del contrato, pues lo que Grocio llama uso de la razón viene a corresponder a lo que llamamos capacidad; la ausencia de error, dolo o temor, a la teoría de la voluntad sin vicios; el concepto de materia de las promesas no es otro que el del objeto; y, en fin, la causa incluso ha conservado modernamente el mismo nombre.

---

<sup>157</sup> Todo lo anterior ha pasado desapercibido para FEENSTRA, Robert, *La systématique du droit dans l'oeuvre de Grotius*, en VV. AA., *La sistemática giuridica. Storia, teorie e problemi attuali* (Roma, Ist. della Enciclop. Ital, 1991), pp. 333 ss., en donde, empero, bajo otros respectos se encuentra un exacto análisis del detalle del sistema grociano.

<sup>158</sup> Sobre esto: DIESELHORST, Malte, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (Köln-Graz, Böhlau, 1959); WIEACKER, Franz, *Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, en VV. AA., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Milano, Giuffrè, 1973), pp. 223 ss.; EL MISMO, *Die Vertragliche Obligation bei den klassikern des Vernunftrechts*, en VV. AA., *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* (Berlin- New York, De Gruyter, 1974), pp. 7 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, II: Estudio histórico acerca de los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad en el Código Civil chileno y en sus proyectos*, en *REHJ. 2* (Valparaíso 1977), pp. 101 ss.;

Tampoco la idea de agrupar estas nociones del derecho romano en torno a un tópico central de imputación fue demasiado original, porque la teoría iusnaturalista de las promesas encuentra su matriz en la doctrina romana de la estipulación; y el esquema iusnaturalista relativo a aquéllas está tomado del esquema con que Gayo, seguido por Justiniano, expusieron la doctrina de ese acto tan típico del derecho romano. Hay sí una preferencia nominativa distinta: mientras los romanos hablaban de estipulación, Grocio, siguiendo a los escolásticos, habló de promesa. Pero la *promissio* no es otra cosa que una *stipulatio* mirada desde el punto de vista del deudor que promete.

La doctrina iusnaturalista sobre las promesas es presupuesto para una segunda doctrina, la de los contratos, también, como se comprenderá, expuesta sobre bases romanísticas; y ésta, finalmente, es antecedente de la doctrina de los tratados entre soberanos. Este esquema de promesa-contrato-tratado persistirá en todas las grandes obras de la escuela, tal como se ve en Samuel Pufendorf, Cristián Thomasius y en Cristián Wolff; sólo tenderá a desaparecer a fines del siglo XVIII, con Emeric de Vattel (1714-1767), el epígono del moderno derecho de gentes; pero ello porque ya estaba consolidada una doctrina autónoma sobre los tratados, que se había nutrido de esos antecedentes que eran la promesa y los contratos.

Ahora bien, apenas cabe recordar que la doctrina general del contrato, que empezó a aparecer en códigos como el francés de 1804, se nutrió de estas fuentes iusnaturalista, porque los juristas del siglo XVIII, como Roberto José Pothier (1699-1772), se aproximaban al derecho romano también con una perspectiva iusnaturalista, que era la dominante en la época; y de juristas de este género fue que se alimentaron codificaciones como la indicada.

3. La caracterización del derecho natural de Grocio, de ser un derecho romano abstraído, generalizado, ampliado y depurado de sus contingencias históricas es algo que puede afirmarse, pues, de toda la escuela. La antigua convicción de no haber oposición necesaria entre derecho natural y positivo fue transformada en una convicción sobre la identificación del derecho romano con el natural, es cierto que preparada por la idea humanista de ver en el Digesto un depósito de la equidad<sup>159</sup>.

Esta seguridad puede observarse en decenas de autores, pero limitémosnos a algunos ejemplos, como el del romanista francés Jean Domat (1625-1696)<sup>160</sup>, autor de un tratado célebre que se tituló *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, precedido de un *Traité des lois*. Por “leyes civiles” entendía Domat a las romanas, siguiendo la tradición medieval de llamar así a los fragmentos y a las constituciones que integran las compilaciones del Digesto y del Código de Justiniano respectivamente. A tal concepto, Domat superponía la distinción entre leyes naturales o inmutables y leyes arbitrarias. Las primeras son aquellas de tal modo justas que ninguna autoridad las puede cambiar ni abolir; y las segundas, aquellas que una autoridad legítima puede cambiar y abolir según las necesidades<sup>161</sup>. Después de establecer esta distinción aparentemente teórica, Domat

---

<sup>159</sup> Vid. supra § 2, II.

<sup>160</sup> Sobre lo que sigue: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Ratio scripta* cit. (n. 17), p. 114 ss.

<sup>161</sup> DOMAT, Jean,, *Traité des loix*, cap. 11, párr.1.



escribe: “...las leyes naturales cuyo detalle tenemos en los libros del derecho romano”<sup>162</sup>, es decir, en el *Corpus iuris civilis*; o bien: “Es pues en el derecho romano que estas reglas naturales de la equidad han sido recogidas”<sup>163</sup>; asimismo: “Pero las reglas que se extraen de las decisiones contenidas en el Derecho Romano... tienen el carácter de leyes naturales por los principios de la equidad natural de donde ellas han sido sacadas”<sup>164</sup>. Con esta convicción se explica la idea domaciana de que las leyes civiles o romanas inmutables tienen un orden natural, distinto del legal que Justiniano les había dado en sus compilaciones.

Otro ejemplo lo proporciona Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716)<sup>165</sup>, quien con todo convencimiento escribió: “Cuando se explora el Digesto, casi la mitad de lo que ahí se halla es derecho natural”<sup>166</sup>; o bien: “Opino que no existe ahora libro alguno en el cual más cosas sobre derecho natural se encuentren demostradas con mayor elegancia y claridad... que en el *Corpus Iuris*”<sup>167</sup>.

Finalmente se puede recordar a Gustavo Hugo (1764-1844), el precursor de la escuela histórica alemana, quien en vísperas mismas del ocaso del iusnaturalismo racionalista, percibió correctamente la esencia de lo que había sido esa escuela, cuando escribió: “Thomasius y otros se quejan de la recepción del derecho romano, [diciendo] que no habría sido útil para nada, y quieren ocuparse de un derecho natural, que ellos, empero, sólo extraen del derecho romano”<sup>168</sup>. Hugo alude aquí, en efecto, a las críticas que solían dirigirse al *Corpus iuris civilis* por ser una compilación caótica, casuística y asistemática; alude a las lamentaciones que solían proferir los juristas alemanes ante el hecho consumado de la recepción del derecho justiniano en el *Reich*; y recuerda al célebre Cristián Thomasius, uno de los campeones de la crítica antiromanística<sup>169</sup>, pese a que él no hizo otra cosa en toda su vida que escribir sobre derecho (natural) romano; pero ve claro Hugo cuando dice que, no obstante esas críticas formales, los mismos

---

<sup>162</sup>DOMAT, Jean, *Traité des loix*, cap. 11, párr. 19: *...pour les loix naturelles, comme nous n'avons le detail dans les livres du Droit Romain.*

<sup>163</sup>DOMAT, Jean, *Traité des loix*, cap. 13, párr. 10: *Comme c'est donc dans le Droit Romain que ces régles naturelles de l'équité ont été réunies...*

<sup>164</sup>DOMAT, Jean, *Traité des loix*, cap. 11, párr. 29: *Mais les régles que se tirent des décisions rapportées dans le Droit Romain... ont le caractère de loix naturelles par les principes de l'équité naturelle d'où elles sont tirées..*

<sup>165</sup>STURM, Fritz, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz* (Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968).

<sup>166</sup>LEIBNIZ, G. G., carta de 1670, en *Sämt. Schrift. u. Brief.*, Vol. II, 1, p. 40: *...Quando exploratum est prope dimidiam partem Digestorum juris naturale esse...*

<sup>167</sup>LEIBNIZ, G. G., carta de 1671, *ibid.* Vol. I, 1, p. 156: *...opinor non extare nunc librum in quo plura de jure naturali majoreque elegantia et claritate... sint demonstratas quam Corpus Juris...*

<sup>168</sup>HUGO, G., *Lehrbuch der Rechtsgesch.*, p. 142: *Thomasius und andere klagten sich über die Annahme des römischen Rechts, das von jeher nicht getaugt habe, und wollen sich mit einem Naturrecht behilfen, das sie erst aus dem römischen Recht bereichern.*

<sup>169</sup>EBNER, Wolfgang, *Kritik des römischen Rechts bei Christian Thomasius* (diss. Frankfurt am Main, 1971).

censores no sabían formular otro derecho natural que no fuera el mismo romano, se entiende que una vez depurado de sus contingencias históricas.

3. Ahora podemos sintetizar la operación de iusnaturalización a que la escuela de Grocio sometió al derecho romano, que fue doble. Primeramente, una reelaboración de carácter lógico-formal, consistente en su sistematización racional y su abstracción, generalización, ampliación y depuración. En segundo lugar, una inserción de las premisas ideológicas del liberalismo, ya estudiadas y que podemos resumir bajo la rúbrica de “la libertad y responsabilidad del individuo aislado”. De esta segunda operación nació la nueva visión de un sistema de derechos subjetivos, que gira en torno a las ideas de propiedad ilimitada y absoluta y de libre contratación.

## § 7. La crítica al derecho positivo

### I. Crítica externa e interna

Los juristas medievales habían considerado al *Corpus iuris civilis* como un código intangible, idea esta que quedó plasmada en la significativa expresión “don de Dios” (*donum Dei*) con que solían calificarlo y que sintetiza su actitud de sumo respeto y reverencia ante él. Otra fue la perspectiva de los humanistas, quienes hicieron objeto de toda clase de críticas a la obra justiniana, al mismo tiempo que iniciaron la crítica a la jurisprudencia medieval misma. Esta doble censura les llevó a proponer sustituir el *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo. De todo esto se habló en su lugar<sup>170</sup>.

También en esta conducta del humanismo la escuela del derecho natural fue su seguidora. Durante los siglos XVII y XVIII, pues, la crítica iniciada por aquél fue sostenida e incluso incrementada por el movimiento iusnaturalista. Debido a la intensificación de la crisis del *ius commune* durante los mismos siglos, la crítica, además, traspasó los límites del mundo académico y erudito y se hizo patrimonio de los operadores prácticos del derecho y también de los intelectuales no especialistas<sup>171</sup>.

Esta censura admite ser dividida en interna y externa.

La primera fue la dirigida al modo de ser de las instituciones y soluciones del derecho<sup>172</sup>, de la que son ejemplos la lucha en contra de las vinculaciones de la propiedad inmueble o las observaciones que solían hacer los autores de la escuela del derecho natural moderno en contra de determinadas figuras del derecho romano, a veces calificadas de sutilezas contrarias al derecho natural.

La segunda, en cambio, miraba a la estructura formal del sistema de fuente y al estilo de éstas<sup>173</sup>. Se formaron verdaderos tópicos de crítica externa, que pueden verse repetidos de autor en autor; muchos de estos tópicos, por lo demás, fueron tomados de las críticas que a su tiempo el propio Justiniano había formulado contra el estado a que

---

<sup>170</sup> Supra § 3, I.

<sup>171</sup> Sobre la crítica al derecho romano: CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa* cit. (n. 15), pp. 193 ss.

<sup>172</sup> KOSELLECK, Reinhart, *Critica illuminista e crisi della società borghese* (1959, trad. ital. Bologna, Il Mulino, 1972).

<sup>173</sup> WOŁODKIEWICZ, Witold, *Un dialogo di Fenelon e le critiche settecentesche al diritto romano*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 3ª ser. 30 (1989), pp. 237 ss.

había llegado el derecho romano en sus días, para justificar la fijación y reforma de éste emprendida en los diversos libros que integraron su *Corpus iuris civilis*, de las cuales críticas dejó constancia en las constituciones preparatorias y promulgatorias de los mismos libros<sup>174</sup>. Los principales de dichos tópicos fueron: la multitud de leyes existentes, el carácter recopilatorio de los cuerpos o códigos legales, los vicios de lenguaje verificable en las leyes, el desuso en que habían caído amplios sectores de la legislación, la multitud de glosas y comentarios a las leyes, las dificultades tenidas para el acceso al derecho vigente y su conocimiento; el efecto de todo eso, se decía, eran el pésimo estado de la administración de la justicia y la inseguridad y la incerteza jurídicas reinantes.

Ahora bien, por lo que atañe a la crítica externa, el iusnaturalismo se limitó a continuar por los caminos que antes había abierto el humanismo; fue la crítica interna que resultó obra propia de aquel movimiento y de la Ilustración, para la cual los humanistas no habían sentado ningún precedente importante.

## II. La literatura crítica<sup>175</sup>

1. Esta doble crítica se manifestó en una vasta literatura destinada precisamente a denunciar las incongruencias y desajustes en que había caído el derecho vigente, esto es el *ius commune*. Esta literatura llegó a convertirse en una especie de género autónomo, distinto, en todo caso, de los embates que se encontraban dispersos en los escritos de los humanistas, de los cuales, no obstante, se nutrió el nuevo género, a modo de síntesis de cuanto por aquí y por allá habían dicho los primeros humanistas y aquellos del siglo XVI y siguientes, sin perjuicio, por cierto, de desarrollar sus ideas y de aportar otras nuevas. Aquí nos limitaremos a señalar los momentos más importantes de dicha literatura.

2. El primero en presentar un escrito orgánico de esta naturaleza fue el francés François Hotman<sup>176</sup> en su libro *Antitribonien ou discours sur les loix* (1567). La influencia de Hotman en Europa fue grande y su libro sirvió de modelo para otras obras del género<sup>177</sup>. En Alemania el movimiento crítico, que tenía una larga tradición iniciada

---

<sup>174</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*, en *AHDE*. 50 (1980), pp. 876 ss.

<sup>175</sup> PESET REIG, Mariano, *Una propuesta de Código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *VV. AA., Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia, 1974), Vol. II, pp. 217 ss.; CLAVERO, Bartolomé, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos* 6 (Sevilla, 1979), p. 49 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los 'Discursos críticos' de Juan Francisco de Castro*, en *REHJ*. 5 (Valparaíso, 1980), pp. 373 ss.

<sup>176</sup> De la literatura sobre la compleja figura de Hotman, selecciono los siguientes trabajos, más específicamente concernientes a su postura crítica: BARON, J., *Franz Hotmanns Antitribonian.. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI bis zum XVIII Jahrhundert* (Bern, 1888); VAN KAN, J., *François Hotman en de Codificatiepolitiek van zijn Tijd*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 3 (1921-1925) 1-2, pp. 117 ss.; MESNARD, Pierre., *François Hotman (1524-1590) et le complexe de Tribonien*, en *Bull de la Société de Histoire du Protestantisme Français* 101 (1955), pp. 117 ss.; VOGEL, W., *Franz Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit* (diss. Münster, Wesph. 1960).

<sup>177</sup> Sobre esto vid. especialmente BARON (n. 176), pp. xv ss.

en la época misma de la recepción, encontró también su sintetizador en el *De origine iuris germanici* (1643) de Hermann Conring, cuyos capítulos 34 y 35 están dedicados al tema<sup>178</sup>. Debe considerarse también en este mismo sentido a Gódfredo Guillermo Leibniz con su *Ratio corporis iuris reconcinandi*<sup>179</sup> (1688) y su epístola *De naevis et emendatione jurisprudentiae romanae*<sup>180</sup>. En el siglo XVIII, Christian Thomasius se destacó por su crítica, que resumió en su *Naevorum jurisprudentiae romanae antejustinianae libri duo* precedida de un *Praefatio (qui) indicat summan naevorum jurisprudentiae Justinianae et hodierna Romano-germanicae* (1707)<sup>181</sup>. Italia no produjo un escrito similar sino algo tardíamente, presentándose así Ludovico Antonio Muratori y su célebre *Dei difetti della giurisprudenza* (1742)<sup>182</sup>; exponente también italiano de la actitud crítica, si bien no expresada ella en un escrito orgánico, había sido el Cardenal de Luca, quien insistentemente anota los defectos del derecho común en sus escritos, particularmente en su *Theatrum veritatis et justitiae* (1669-1673)<sup>183</sup>.

3. También España contó con una literatura de este tipo. Ya Elio Antonio de Nebrija (1444-1514) había tempranamente publicado en 1506 un tratado –en realidad el primero de su género– sobre los errores de la *Glossa: Sanctissimi iuris civilis lexicon adversus quosdam dico insignes Accursii errores*; Juan Luis Vives (1492-1540)<sup>184</sup>, un humanista de relieve europeo, dedicó a la crítica del derecho el libro VII, significativamente rubricado: *Qui est de iure civili corrupto*, de la parte titulada *De causis corruptarum*

---

<sup>178</sup> Sobre él me limito a citar a WOLF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Tubingen, 1963), pp. 220 ss. con lit.

<sup>179</sup> Esta obra se encuentra reeditada en LEIBNIZ, G. W., *Samtliche Schriften und Briefe* (Hrgn. Deutsch. Akad. der Wiss. zu Berlin), 6. Reihe, 2. Band (Berlin, 1966), pp. 93 ss. De la rica literatura sobre este genio, me limito a señalar la más concretamente concerniente a su postura reformadora del derecho positivo: HEINRICHS, H. F. W., *Über die Bemühungen Leibnizens um die Rechtserkenntnisse überhaupt*, en *Magazin für Rechts- und Staatswiss.* 3 (Prag, 1851) 1, p. 253 ss; 4 (1851), p. 137 ss; TRENDELENBURG, A., *Leibnizens Anregungen zu einer Justizreform*, en *Kleine Schriften* (Leipzig, 1871) 1, p. 241 ss.; ISAACSOHN, S., *Leibniz als Förderer der preussischen Justizreformbestrebungen von 1698*, en *Zeitschrift für Preussische Geschichte und Landeskunde* 14 (Berlin, 1877), p. 413 ss.; HARTMANN, G., *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, en *VV. AA., Festgabe Herrn Dr. Rudolph von Ihering zum Doktorjubiläum* (Tubingen, 1892), p. 3 ss. Vid. además la lit. citada infra n. 211.

<sup>180</sup> En LEIBNIZ, G. G., *Opera omnia* (ed. L. Dutens, Genevae, 1768), Vol. IV, pp. 230 ss.

<sup>181</sup> Sobre este aspecto de Thomasius: EBNER, W., *Kritik des römischen Rechts bei Christian Thomasius* (diss. Frankfurt a. M., 1971).

<sup>182</sup> DONATI, B., *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* (Modena, 1935); ROBERTI, M., *Ludovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 9 (1936) 1, pp. 12 ss.; MOR, G. G., L. A. Muratori fra interpreti e codificazione, en *Annuario della Università di Modena* (1942-1943), pp. ss.; PECORELLA, C., *Studi sul Settecento giuridico*, I: L. A. Muratori e i difetti della giurisprudenza (Milano, Giuffrè, 1964); EL MISMO, L. A. Muratori e gli studi giuridici (separata, Modena, Mucchi, 1977); FALASCHI, P. L., *Il problema della certezza del diritto nel trattato 'Dei difetti della giurisprudenza' di L. A. Muratori* (Milano, 1964); PATTARO, E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica* (Milano, Giuffrè, 1974).

<sup>183</sup> GIUSTINIANI, L., *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli* (Napoli, 1787), Vol. II, pp. 188 ss.

<sup>184</sup> Sobre él: CAMACHO-EVANGELISTA, Fermín, *Humanismo y derecho romano en Nebrija* (Granada, Univ. de Granada, 1969).

*artium* de su obra *De disciplinis libri XX* (1531)<sup>185</sup>; el también humanista, aunque de mucho menor envergadura que Vives, Pedro Simón Abril (1540-1594), en 1589 editó en Madrid unos *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas, para reducirlas a su antigua entereza y perfección, de que con la malicia del tiempo y con el demasiado deseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias de ellas, han caído*. En él, Abril criticaba al derecho civil, de acuerdo con los tópicos usuales del humanismo, pero además proponía la dicha sustitución del *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo de derecho<sup>186</sup>. También cabe citar, por la notable influencia que tuvo en toda Europa, a Jerónimo de Zevallos<sup>187</sup>, autor de un *Speculum aureum communium opinionum contra communes* (1599), destinado a recopilar aquellos temas del derecho común (*quaestiones*) para los que unos afirmaban haber solución elevada a la categoría de *communis opinio*, mientras que otros, oponiendo la opinión contraria, reivindicaban para ésta el mismo carácter. El libro de Zevallos fue un extraordinario documento demostrador de la crisis misma del sistema de la *communis opinio*<sup>188</sup>. En seguida es necesario recordar la obra de Pablo de Mora y Jaraba, *Tratado crítico sobre los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos* (1748)<sup>189</sup>, también los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* (1765) de Juan Francisco de Castro<sup>190</sup>. No abundaremos en los reparos no resumidos en libros especiales que se encuentran dispersos en las obras<sup>191</sup> de Melchor de Macanaz, en sus *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica*<sup>192</sup> y en sus *Avisos políticos*<sup>193</sup> de 1746; José del Campillo, en su opúsculo de 1741 titulado *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, hablaba de la necesidad de “formalizar un

---

<sup>185</sup> En *Opera omnia* (Valencia, 1785), Vol. VI, pp. 222 ss.; hay traducción en *Obras completas* (Madrid, Aguilar, 1948), Vol. II, pp. 510 ss. Sobre Juan Luis Vives y el derecho: SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Un capítulo de Luis Vives, 'De iure civile corrupto'*, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia* 167 (Madrid, 1935), pp. 510 ss.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Ética y derecho en la doctrina de Juan Luis Vives*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 13 (1943), pp. 43 ss.; GIBERT, Rafael, *Luis Vives ante el derecho*, en *Revista General de Derecho* 7 (Madrid, 1950), pp. 549 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *El derecho civil en la obra de Luis Vives*, en *Anuario de Derecho Civil* 11 (Madrid, 1958) 2, pp. 411 ss.

<sup>186</sup> Sobre esto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del derecho*, I: *Un humanista español frente al derecho de su época: Pedro Simón Abril*, en *REHJ.* 9 (Valparaíso, 1984), pp. 167 ss.

<sup>187</sup> No hay, al menos que yo conozca, literatura sobre este jurista y se echa ella de menos.

<sup>188</sup> Así, por ejemplo, pasajes de Zevallos son citados por CONRING, H., *De origine iuris germanici*, cap. 34 (ed. Helmestadt, 1695, pp. 224-228) y por MURATORI, *Dei difetti della giurisdizione*, cap. 11 (ed. Venecia, 1743, pp. 107, 111), en apoyo de sus propias consideraciones críticas.

<sup>189</sup> PESET, M., *Una propuesta de código romano-hispánico inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *VV. AA., Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia, 1974), Vol. II, pp. 217 ss.

<sup>190</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los 'Discursos críticos' de Juan Francisco de Castro*, en *REHJ.* 5 (Valparaíso, 1980), pp. 373 ss.

<sup>191</sup> Vid. PUY, Francisco, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII. 1700-1760* (Granada, 1962).

<sup>192</sup> En VALLADARES, Antonio, *Semanario erudito* 5 (Madrid, 1787), p. 238.

<sup>193</sup> En VALLADARES, Antonio, *Semanario erudito* 8 (Madrid, 1788), p. 235.

código”<sup>194</sup>; Pablo Forner, Benito Feijoo, D. Saavedra Fajardo, en *El pensador*<sup>195</sup>; Gregorio Mayans<sup>196</sup>; y solo recalcaremos a Francisco Martínez Marina<sup>197</sup>, quien se encargó de encauzar la desilusión producida por la promulgación de la quizá anacrónica *Novísima Recopilación*, primero incidentalmente en su *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, publicado en Madrid, en 1808, y después, metódica y sistemáticamente, en su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, escrito en 1817 y editado en 1820, también en Madrid. Como su título ya lo anunciaba, esta última obra constituyó toda ella un alegato destinado a hacer ver los múltiples vicios y defectos de la compilación de 1805 a la luz de los cánones de la moderna ciencia de la legislación.

Por lo que respecta a Portugal, es necesario citar a Luis A. Verney apodado el Barbadinho<sup>198</sup>, autor de un *Verdadeiro metodo de estudar para ser util a republico e Igreja* (1746), traducido al castellano en 1776 y en el cual se contienen algunas secciones dedicadas al tema crítico.

---

<sup>194</sup> *Letrados y leyes*, párr. 24: edición de Antonio Elorza (Madrid, 1969), p. 164.

<sup>195</sup> Ed. Madrid, 1762, p. 88.

<sup>196</sup> Vid. PESET REIG, Mariano, *Una propuesta* cit. (n. 189), p. 255 ss.

<sup>197</sup> Sobre este jurista: RIAZA, Román, Las ideas políticas y su significación dentro de la obra científica de F. Martínez Marina, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 16 (Madrid, 1933), pp. 511 ss.; ALBERTI, Jaime, *Martínez Marina: derecho y política* (Oviedo, Biblioteca Académica Asturiana, 1980).

<sup>198</sup> Especialmente la carta decimotercera. Sobre él: vid. RICARD, R., *Verney et l'esprit réformateur au Portugal au XVIIIème siècle*, en *Revue de la Méditerranée* 29 (1949) pp. 304 ss.; CABRAL DE MONCADA, L., *Un iluminista português do século XVIII: Luiz Antonio Verney*, en *Estudos de historia do direito* (Coimbra 1948) 3, pp. 1 ss.; PUY, *Las ideas jurídicas* cit. (n. 191), passim; ANDRADE, A.A., *Vernei e a cultura de seu tempo* (Coimbra, 1965)

## § 8. La ciencia de la legislación y la codificación<sup>199</sup>

A impulso de la crítica al derecho vigente y como consecuencia constructiva de ella, se fue paulatinamente perfilando una suerte de teoría general sobre la correcta formulación de las leyes. Esta teoría solió ser conocida con el nombre de “ciencia de la legislación” y de hecho fue bajo el título de *Scienza della legislazione* que entre 1780 y 1785<sup>200</sup> apareció publicado un célebre e influyente libro (sobre todo en materia penal) del italiano Gaetano Filangieri (1752-1788)<sup>201</sup>. Dicha teoría general de la legislación – de la cual la codificación formó su principal capítulo- concernía tanto a la técnica sobre redacción de las leyes cuanto al contenido ideal que éstas debían asumir. A su formación contribuyeron todos los autores de la época; pero en el tránsito del siglo XVIII al XIX destacaron las obras del inglés Jeremías Bentham (1748-1832), quien prácticamente dedicó su vida a la reforma de las leyes y fue autor de numerosos tratados concernientes, en que sistematizaba la ciencia de la legislación<sup>202</sup>. La mayoría de esos tratados, empero, alcanzó difusión gracias a la traducción al francés que hizo su editor el

---

<sup>199</sup> GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en *Revista de Estudios Políticos* 37 (Madrid, 1951), pp. 15 ss., 40 (1951), pp. 33 ss., 43 (1952) 63, pp. 37 ss.; COING, Helmut, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. II, pp. 797 ss. [= EL MISMO, *Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII*, en *RChHD*. 9 (Santiago, 1983), pp. 249 ss.]; ASTUTI, Guido, *La codificazione del diritto civile*, ahora en EL MISMO, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* (Napoli, Ediz. Scient. Ital., 1984), Vol. II, pp. 803 ss.; TARELLO, Giovanni, *Le idee della codificazione*, en RODOTÁ, Stefano (ed.), *Il diritto privato nella società moderna* (Bologna, Il Mulino, 1971), pp. 49 ss.; EL MISMO, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), ahora en *Cultura giuridica e politica del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1988), pp. 41 ss.; DILCHER, Gerhard, *Gesetzgebung und Naturrecht*, en *Juristenzeitung* 1 (1969), pp. 1 ss.; ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Razón y codificación*, en *Anuario de Derecho Civil* 30 (Madrid, 1977), 3, pp. 557 ss.; HÜBNER, Hans, *Kodifikations und Entscheidungsfreiheit des Richters* (Königstein, Hanstein, 1980), pp. 22 ss.; STÜHLER, Hans-Ulrich, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815* (Berlin, Duncker u. Humblot, [1978]), pp. 64 ss.; DUFOUR, Alfred, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIIIème-XIXème siècle*, en *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* 24 (1996) 1, pp. 45 ss.; CARONI, Pio, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación* (Madrid, M. Pons, 1996) = EL MISMO, *Saggi sulla storia della codificazione* (Milano, Giuffrè, 1998), con vasta literatura.

<sup>200</sup> Hay edición modernal cuidado de V. Frosini (Roma, 1984),

<sup>201</sup> Sobre este autor: COTTA, Sergio, *Gaetano Filangieri e il problema della legge* (Torino, Giappichelli, 1954); VENTURI, Franco, *Europe des Lumières. Recherches sur le 18ème siècle* (Paris-La Haye, Mouton, 1971), pp. 193 ss. (cap. 10: *Gaetano Filangieri*). Sobre su influencia en España: LALINDE ABADÍA, Jesús, *el eco de Filangieri en España*, en *AHDE*. 54 (1984), pp. 477 ss. Su obra fue traducida al castellano y publicada entre 1787 y 1789.

<sup>202</sup> Lit.: HATSCHER, J., *Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems*, en *Archiv für öffentliches Recht* 24 (1909) pp. 442 ss.; LUKAS, J., *Benthams Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation*, en *Archiv für öffentliches Recht* 26 (1910), pp. 67 ss.; VANDERLINDEN, J., *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire du Droit* 32 (1964) 1, pp. 45 ss.; TEUBNER, W., *Kodifikation und Rechtsreform in England* (Berlin, 1974), pp. 132 ss. Para una visión de conjunto: EL SHAKANKIRI, Mohamed, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* (Paris, LGDJ., 1970); PENDAS GARCÍA, Benigno, *J. Bentham: política y derecho en los orígenes del estado constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988); MORESO, J., *La teoría del derecho de Bentham* (PPBV, Barcelona); DINWIDDY, John, *Bentham* (trad. cast. Madrid, Alianza Editorial, [1995]), con literatura en lengua inglesa; BARANGER, Denis, *Bentham et la codification*, en *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* 27 (1998) 3, pp. 17 ss.

suizo Etienne Dumont. Por lo demás, fue Bentham el introductor del neologismo *codification*, rápidamente adoptado en las principales lenguas.

Las más importantes exigencias técnicas que contenía esta ciencia de la legislación, algunas de las cuales terminaron por convertirse en verdaderos lugares comunes, incluso popularizados, fueron las siguientes<sup>203</sup>:

Las leyes deben ser pocas, con lo cual se establecía contraste con la multitud y abundancia de leyes existentes en el *ius commune*. Pero es necesario advertir que por “ley” no siempre ni frecuentemente se entendía lo que ahora entenderíamos, a saber: un texto normativo sobre determinada materia que por lo general consta de varias unidades que suelen llamarse artículos en la tradición francesa<sup>204</sup> y párrafos en la germánica; de modo que la mencionada exigencia no consistía en que hubiera pocos de estos textos. Ella en realidad atañía a las unidades mismas, y el lenguaje usado se explica por la tradición medieval que denominaba “leyes” a cada uno de los fragmentos recogidos en el Digesto y de las constituciones imperiales compiladas en el Código, lo mismo que a cada sección de las Instituciones. En un lenguaje moderno, pues, esta exigencia significaba leyes con pocos artículos, o sea, breves, que era, por lo demás, otra expresión que solía ser usada.

La exigencia de pocas leyes en el sentido actual de la palabra ley, en cambio, atañía a la petición de pocos códigos e, incluso, de uno solo; y con ello se entraba en la idea misma de codificar.

La ley debe ser clara, redactada en un lenguaje no demasiado técnico y en idioma vernáculo (esto es, no en latín), de modo de hacerla accesible al pueblo sin la necesidad de intermediarios. La ley debe ser precisa y concisa, desprovista de consideraciones, ratiocinios y fundamentaciones. La ley debe ser unívoca, de guisa de no dar pábulo a varias interpretaciones ni, en consecuencia, a controversias. La ley debe ser general y abstracta, formulada en el nivel de principios y debe huir, por ende, de la casuística. La ley debe ser completa y sin lagunas, de modo de resolver todos los casos reales posibles. La ley debe ser ordenada y sistemática. La ley no debe dar lugar a interpretaciones.

Para ilustrar estas exigencias se podría citar a una multitud de autores. Nos limitaremos a recordar a Montesquieu, quien escribió al respecto: “Aquellos que tienen un genio tan extenso como para poder dar leyes a su nación o a otra, deben poner cierta atención en la manera de formarlas. El estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas, que es necesario abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser simple: la expresión directa se comprende siempre mejor que la expresión figurada... Es esencial que las palabras de las leyes despierten las mismas ideas en todos los hombres... Cuando la ley debe hacer alguna fijación, es necesario, en tanto se pueda, evitar hacerla en dinero. Miles de causas cambian el valor de la moneda y con la misma denominación no se tiene la misma cosa... Cuando se han fijado bien las ideas de las cosas en la ley, no es necesario volver sobre ellas con expresiones vagas... Las leyes no

---

<sup>203</sup> Para lo que sigue se puede ver: COING, Helmut, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation* cit. (n. 199), pp. 797 ss. [trad. cast. *Sobre la prehistoria de la codificación* cit. (n. 199), pp. 249 ss.].

<sup>204</sup> Vid. D'ORS, Alvaro-GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Article*, en *AHDE*. 48 (1978), pp. 621 ss.



deben ser sutiles; ellas son hechas para la gente de entendimiento mediano; ellas no son un arte de lógica, sino la razón simple de un padre de familia... Si las excepciones, limitaciones, modificaciones no son absolutamente necesarias, es mejor no introducirlas. Semejantes detalles conducen a más detalles... No se debe hacer modificaciones en una ley sin una razón suficiente... Cuando se llega hasta señalar la razón de la ley, es necesario que esta razón sea digna de ella... Como las leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias, aquellas que se pueden eludir debilitan la legislación. Una ley debe tener su efecto y no debe permitirse derogarla por una convención particular....Es necesario cuidar que las leyes sean concebidas de manera que no pugnen con la naturaleza de las cosas...”<sup>205</sup>.

También, casi como un símbolo, merece ser citado el notable título del proyecto de código redactado por Samuel Cocceji por encargo de Federico II de Prusia y empezado a publicar en 1749, pues resume de manera admirable las principales exigencias de la ciencia legislativa de la época de la Ilustración, aunque como título resulte demasiado extenso. Reza así: “Proyecto del cuerpo de derecho Fridericiano, esto es, del derecho territorial de Su Real Majestad de Prusia fundado en la razón y en las leyes territoriales, en el cual el derecho romano es llevado a un orden natural y a un sistema correcto según los tres objetos del derecho; fijados los principios generales que se fundan en la razón para cada uno de dichos objetos; deducidas de ahí las conclusiones necesarias como también muchas leyes; derogadas todas las sutilezas y ficciones, no menos que aquello ya no aplicable a la situación alemana; decidido todo el derecho dudosos que aparece en las leyes romanas o producido por los doctores; y estauído un derecho cierto y universal en todas sus provincias”<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), lib. XXIX, cap. 16: *Ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre, doivent faire de certaines attentions sur la manière de les former. Le style en doit être concis. Les lois des Douze Tables sont un modèle de précision: les enfants les apprennent par coeur. Les Nouvelles de Justinien sont si diffuses, qu'il fallut les abrégées. Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie... Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées... Lorsque la loi doit faire quelque fixation, il faut, autant qu'on le peut, éviter de la faire à prix d'argent. Mille causes changent la valeur de la monnaie; et avec la même dénomination on n'a plus la même chose... Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut pas point revenir à des expressions vagues... Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails. Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante...Lorsqu'on fait tant que de rendre raison d'une loi, il faut que cette raison soit digne d'elle... Comme les lois inutiles affoiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affoiblissent la législation. Une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière... Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses...*

<sup>206</sup> *Project des corporis juris Fridericiani, das ist Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründetes Land-Recht worinn das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema, nach den dreyen objectis juris gebracht: Die General-Principia, welche in der Vernunft gegründet sind, bey einem ieden Objecto festgesetzt, und die nöthige Conclusiones, als so viel Gesetze, daraus deduciret: Alles Süttilitäten und Fictions, nicht weniger was auf den Teuschen Statum nicht applicabile ist, ausgelassen: Alle zweifelhafte Jura, welche in den Römischen Gesetzen vorkommen, oder von den Doctoribus gemacht worden, decidiret und solchergestalt Ein Jus certum und universale in allen dero Provintzen statuirt wird.*

Como hemos señalado, cada una de estas exigencias estaba en contraste con las correlativas críticas dirigidas al viejo derecho (como también se aprecia en el título precedente); en último término resultaban ser condiciones para la certeza y seguridad del derecho objetivo (que asimismo vienen afirmadas en dicho título). Cumplidas tales condiciones, al juez no le quedaría más que aplicar casi mecánicamente las prescripciones de la ley al caso concreto sometido a su conocimiento. Montesquieu pudo entonces proclamar que: “los jueces de la nación no son... sino que la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor [de la ley]”<sup>207</sup>; y Beccaria explicar la función jurisdiccional como el desarrollo de un único silogismo: “En todo delito, el juez debe hacer un [solo] silogismo perfecto: la [premisa] mayor debe ser la ley general; la [premisa] menor, la acción que es conforme o no a ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez es constreñido a hacer, o quiere hacer aunque sean solo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre”<sup>208</sup>. En este texto, en efecto, no es tan destacable la presentación del oficio judicial como silogístico, cuanto su presentación como consistente en un único silogismo; con ello Beccaria daba a entender, en el fondo, que si el juez se ve obligado a formular varios silogismos para emitir su sentencia razona demasiado y que ello solo se explica porque la premisa mayor, o sea la ley, no es clara, precisa, unívoca, completa; de tener los atributos contrarios, solo basta un único silogismo, o sea, un mínimo de razonamiento. De esta manera, la futura codificación habría de cambiar radicalmente la función del juez<sup>209</sup>

## § 9. Las codificaciones iusnaturalistas

### I. El iusnaturalismo, la Ilustración y la codificación<sup>210</sup>

1. La idea primordial del movimiento por la codificación fue, naturalmente, la de sustituir el *Corpus iuris civilis* por un nuevo cuerpo o código; pero ella había sido planteada ya en el siglo XVI por los humanistas, si bien bajo un esquema distinto. También en esto, pues, los iusnaturalistas continuaron la tradición anterior, solo que

---

<sup>207</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), lib. XI, cap. 6 *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*

<sup>208</sup> BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764), párr. IV: *In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.*

<sup>209</sup> Sobre esto: BRAVO LIRA, Bernardino, *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*, en *Revista de Ciencias Sociales* 32-33 (Valparaíso, 1988), pp. 65 ss.; EL MISMO, '*Judex minister aequitatis*'. *La integración del derecho antes y después de la codificación*, en *AHDE*. 61 (1991), pp. 111 ss.; EL MISMO, *Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial*, en *VV. AA., Homenaje a Ismael Sánchez Bella* (Pamplona, EUNSA, 1992), pp. 163 ss.

<sup>210</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione* (Milano, Giuffrè, 1966); TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), passim.

bajo el diseño impuesto por los nuevos elementos formadores de su doctrina de que antes hemos tratado.

El primero en unir la vieja idea humanista de sustituir el *Corpus iuris civilis* con dichos elementos y, por ende, en adelantarse a proponer la codificación bajo moldes renovados, fue el alemán Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716)<sup>211</sup>, uno de los últimos genios universales que han existido.

Ya en su obra de juventud, que bajo el título de *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* publicó en 1667 puede leerse lo que sigue: “Que las controversias existentes sean decididas por la autoridad pública y se forme un nuevo cuerpo de derecho cuidadosamente dispuesto”<sup>212</sup>. Con la revisión que el autor realizó hacia el final de su vida, el texto quedó así: “Si las controversias existentes fueran decididas por la autoridad pública y se formara un nuevo cuerpo de derecho o ciertamente un novísimo código que, para decirlo con pocas palabras, fuese redactado completa, breve y ordenadamente, así la incertidumbre [es decir, la oscuridad y la contradicción] y lo superfluo [a saber la repetición y la multitud de cosas inútiles] estarían ausentes”<sup>213</sup>. Una íntegra teoría de la codificación en sentido moderno aparece en su escrito de 1678 que ha sido editado como *Praefatio novi codicis*<sup>214</sup> y que Leibniz redactó a modo de constitución promulgatoria de un *Codex Leopoldinus* que a la sazón proponía al emperador Leopoldo I; lo propio hizo en numerosas cartas dirigidas a intelectuales de la época, algunas de las cuales fueron publicadas después de su muerte.

2. Antes de Leibniz no se encuentran diseños codificadores en los autores clásicos de la escuela del derecho natural. Pero a partir de él el asunto penetró y tendió a convertirse en un tema recurrente, acerca del cual se escribieron muchos opúsculos, sobre todo en los países germánicos, hasta transformarse en un lugar común generalizado e incluso popularizado en otras tierras, como se vio en Francia en los días en que se preparaban los Estados Generales convocados por el Rey para 1788: entonces fue frecuente que en los manifiestos de quejas y peticiones que cada estamento presentaba en su provincia (*cahiers de doléances*) para dar materia a la discusión en la reunión de los estados,

---

<sup>211</sup> Sobre los planes legislativos y codificadores de Leibniz: DICKERHOF, K., *Leibniz Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit* (diss. Freiburg i. Br., 1941-inédita); MOLITOR, E., *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, en VV. AA., *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker* (Milano, Giuffré, 1954) Vol. I, p. 359 ss.; LUIG, K., *Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen*, en *Ius Commune* 5 (Frankfurt, 1975), pp. 56 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), pp. 133 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Leibniz y la codificación del derecho*, en *Revista de Derecho Público* 19-20 (Santiago 1976), pp. 63 ss.

<sup>212</sup> LEIBNIZ, G. G., *Nova meth.* 2ª parte, párr. 21: *Si extantiores controversiae publica auctoritate decidantur, formeturque novum juris corpus accurate dispositum.*

<sup>213</sup> LEIBNIZ, G. G., *Nova meth.* 2ª parte, párr. 21: *Si extantiores controversiae publica auctoritate deciderentur, formareturque novum juris corpus vel certe novissimum codex, qui, ut paucis dicam, conscribendus esset plene, breviter, ordinate; ita incertitudo (adeoque obscuritas et contradictio) et superfluous labor (adeoque repetitio et multitudo inutilis) abforent.*

<sup>214</sup> En GRUA, G., *G. W. Leibniz. Textes inédits* (Paris, 1948), Vol. II, pp. 624 ss. Una traducción castellana en: G. W. LEIBNIZ, *Escritos de filosofía jurídica y política* (Madrid, 1984), pp. 157 ss.

apareciera un capítulo dedicado a la necesidad de formular nuevos códigos<sup>215</sup>; ello es prueba de la difusión social que ya había alcanzado la idea.

3. La crítica al *ius commune* tuvo su epicentro en los países germánicos; no es extraño, por ende, que la idea codificadora no solo haya florecido ahí mismo, con Leibniz, mas que también ahí haya empezado a ser puesta en práctica. Pero el impulso decisivo vino dado por una suerte de alianza entre el iusnaturalismo, la teoría de la legislación y la ideología de la Ilustración.

La Ilustración puede ser examinada desde varios puntos de vista<sup>216</sup>. Además, hay que reconocer que acaso resulte impropio hablar de alianza de ella con el iusnaturalismo y la teoría de la legislación, por cuanto puede decirse que estos últimos en realidad se hicieron elementos componentes de la Ilustración misma, de manera que una separación está destinada solo a facilitar la exposición. Pero, para los efectos que aquí interesan, la circunscribiremos a la Ilustración política, que, si se debe reducir a esencia última, aun a riesgo de simplificar, hay que decir que fue un modo de ser que alcanzó el absolutismo en el siglo XVIII, por lo cual, bajo este aspecto, suele hablarse también de “absolutismo (mejor que de despotismo) ilustrado”. El absolutismo no renunció a ninguna de sus prerrogativas supremas, pero asumió como oficio y deber promover el bienestar y tranquilidad de sus súbditos, su educación y cultura, su salud, su economía privada, todo lo cual solía ser resumido bajo el amplio rótulo de la “felicidad del pueblo”<sup>217</sup>. El instrumento para lograr estos objetivos era la (buena) legislación; y es en este punto en donde se produjo la alianza de que antes se habló, porque uno de los ámbitos en que debía cuidar el monarca ilustrado que hubiera “felicidad” era precisamente el de la justicia. Ahora bien, ésta venía siendo criticada desde la época del humanismo; en consecuencia, los monarcas ilustrados consideraron como uno de los primeros capítulos de la promoción del bienestar público que atender precisamente el de la reforma de la legislación vigente, tan criticada, mediante una nueva buena legislación que se adaptara a los cánones de la razón, el derecho natural y la ciencia de la legislación. Ello condujo

---

<sup>215</sup> CAUVIÈRE, Henry, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil* (Paris, Rousseau, 1919), pp. 65 ss.; VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique* (Paris, Rousseau, 1929), pp. 208 ss.; WILHELM, Walter, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* 1 (1967), pp. 259 ss.

<sup>216</sup> Lit.: CASIRER, Ernst, *La filosofía de la Ilustración* (1932, trad. cast. Madrid, 1943); BLÜCHE, François, *Le despotisme éclairé* (Paris, Fayard, 1952); VALJAVEC, Fritz, *Historia de la ilustración en Occidente* (1961, trad. cast. Madrid, 1964); HAZARD, Paul, *El pensamiento europeo del siglo XVIII* (1963, trad. cast. Madrid, 1966); PMEAU, René, *L'Europe des Lumières* (Paris, 1966); CONRAD, Hermann, *Staatsgedanke und Staatpraxis des aufgeklärten Absolutismus* (Düsseldorf, 1971); GUSDORF, George, *Les principes de la pensée au siècle des Lumières* (Paris, Payot, 1971); ARETIN, Karl, *Der aufgeklärte Absolutismus* (Köln, 1974); BAZZOLI, Maurizio, *Il pensiero politico dell'Assolutismo illuminato* (Firenze, La Nuova Italia, 1986). Para España: SARRAILH, Jean, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (1954, trad. cast. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1957, reimp. 1979), con amplia literatura. También: ELORZA, Antonio, *La ideología liberal en la Ilustración española* (Madrid, 1970); SANCHEZ AGESTA, Luis, *El pensamiento político del Despotismo Ilustrado* (Sevilla, Univ. de Sevilla, 1979); MARAVALL, José Antonio, *La fórmula política del Despotismo Ilustrado* (1984), ahora en en EL MISMO, *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVIII* (Madrid, Mondadori, s. d. [1991]), pp. 443 ss.

<sup>217</sup> MARAVALL, José Antonio, *La idea de felicidad en el programa de la Ilustración* (1975), ahora en en EL MISMO, *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVIII* (Madrid, Mondadori, s. d. [1991]), pp. 162 ss.

directa e inevitablemente a que la monarquía ilustrada asumiera la legislación y en especial la codificación como tarea suya<sup>218</sup>.

4. La legislación que entonces empezó a fluir, sobre todo aquella de los códigos, puede ser examinada bajo el doble modelo teórico del garantismo y del estatualismo<sup>219</sup>, según tuviera por finalidad la garantía y el aseguramiento legal de los derechos privados, o bien el fortalecimiento legal de la unidad jurídica del territorio (frente al pluralismo heredado de la época medieval) o de las prerrogativas jurídicas del legislador (por ejemplo en materia de creación e interpretación del derecho), sin que, en todo caso, la realidad legislativa haya asumido estos modelos en forma pura, pues solieron mezclarse, de modo de recoger elementos de ambos.

5. Fue Federico II de Prusia, un prototipo de monarca ilustrado, quien haría alguna contribución a la ciencia de la legislación al publicar en 1749 una *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, que, mediante una "orden de gabinete" (*Cabinets-Ordre*) de 30 de diciembre de 1746, dirigida a su Canciller Samuel Cocceji, inauguró la fase operativa del movimiento por la codificación<sup>220</sup>. En dicha orden, le mandaba componer "un derecho general territorial (*Landrecht*) alemán, que se funde solo en la razón y en los estatutos territoriales"<sup>221</sup>. El canciller cumplió en parte su cometido y en 1749 y 1751 aparecieron respectivamente editadas las dos primeras secciones de su *Project des corporis iuris Fridericiani*, cuyo más extenso título hemos copiado en otro lugar, y que se referían a las personas y a las cosas; la tercera, sobre obligaciones, no fue completada, pues Cocceji murió en 1755. Por lo demás, el desencadenamiento de la Guerra de Siete Años suspendió todo trabajo legislativo, que ya no sería retomado en Prusia sino hasta 1774. De esa manera, el primer intento por codificar no alcanzó éxito.

## II. Un código de transición: el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*<sup>222</sup>

La orden fredericiana de 1746 también sirvió de impulso para que el príncipe elector de Baviera Maximiliano José III se decidiera a emprender una tarea semejante en sus

---

<sup>218</sup> TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61); CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno* cit. (n. 15), pp. 296 ss.,

<sup>219</sup> CORRADINI, Domenico, *Garantismo e statualismo* (Milano, Giuffrè, 1971); EL MISMO, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en RODOTÁ, Stefano (ed.), *Il diritto privato nella società moderna* (Bologna, Il Mulino, 1971), pp. 49 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), passim.

<sup>220</sup> La crónica de la prehistoria e historia de la codificación prusiana en EULER, Matthias, *Geschichtliche Einleitung in das Studium des allgem. preuss. Landrechts*, en *Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* 63 (Berlin, 1928), pp. 3 ss.

<sup>221</sup> FEDERICO II, *Cabinets-Ordre* de 30 dic. 1746, párr. 24: *...ein teutsches allgemeines Landrecht, welches sich bloss auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet...*

<sup>222</sup> Sobre la formación de este código: STOBBE, Otto, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* (1864, reimp. Aalen, Scientia, 1965), Vol. II, pp. 443 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), pp. 326 ss. (*Historia*, p. 297 ss.); TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), pp. 257 ss.

estados, a instancias de su Vice Canciller barón von Kreittmayr<sup>223</sup>. En 1756, en efecto, fue promulgado un *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, obra de este último, redactado en alemán, pero salpicado de latinismos.

El sistema del código<sup>224</sup> reproduce el institucional gayano-justiniano según la forma que había venido a adquirir en la época y que constaba de cinco partes: una dedicada a las fuentes en general y cuatro a las personas, las cosas, la herencia y las obligaciones; solo que unía las dos primeras en una y, por ende, contaba de cuatro partes o libros, que originalmente no aparecían rubricados.

El código bávaro, sin embargo, debe ser considerado solo como una obra de transición entre la forma de la antigua legislación nacional alemana, las *Reformationen*, y las modernas codificaciones iusnaturalistas<sup>225</sup> y vino a demostrar cuán más fácil era formular una teoría de la legislación y proyectar códigos que hacerlos según las exigencias de dicha teoría. Puede ser considerado como un extracto de derecho común no reelaborado aun por el iusnaturalismo, al que es ajeno todo intento de reformar el derecho, que no sea en orden a superar los defectos técnicos observados en la práctica y a decidir las controversias agitadas. En un punto se demostró, además, anclado en la tradición, al no derogar completamente el derecho común<sup>226</sup>, dejándolo subsistente, sin perjuicio de las derogaciones tácitas; con ello, el código en realidad asumía el papel de derecho subsidiario.

### III. El *Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*<sup>227</sup>

1. Los trabajos de codificación fueron reiniciados en Prusia, por iniciativa del mismo Federico II, cuando éste pudo contar con un nuevo colaborador competente, que

---

<sup>223</sup> RALL, Hans, *Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Forwirkung*, en *Zeitschrift für Bayerische Landesgeschichte* 42 (1979), pp. 49 ss.

<sup>224</sup> *Sobre esto: PÖPPERLN, Peter, Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (diss. Bamberg, 1967).

<sup>225</sup> Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), pp. 326 (*Historia*, p. 296 ss.)

<sup>226</sup> GAGNÉR, Sven, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 1 ss.

<sup>227</sup> Lit.: sobre el proceso de la formación del código prusiano: LASPEYRES, E. A. Th., *Die Reception des römischen Rechts in den Mark Brandenburg und die preussische Gesetzgebung unter Friedrich II.*, en *Zeitschrift für deutsche Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft* 6 (1841); STOBBE, Otto, *Geschichte* (n. 222), Vol. II, pp. 446 ss.; LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1880, reimp. Scientia, Aalen, 1957), Vol. III, 1, pp. 465 ss. Sobre el código mismo: DILTHEY, Wilhelm, *Das allgemeine Landrecht*, en EL MISMO, *Gesammelte Schriften* (Stuttgart, Teubner, s. d.), Vol. XII, pp. 131 ss.; THIEME, Hans, *Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II* (1937), ahora en EL MISMO, *Ideengesch. und Rechtsgesch.* cit. (n. 61), Vol. II, pp. 695 ss.; EL MISMO, *Das Gesetzbuch Friedrichs des Grossen* (1936), *ibid.*, pp. 769 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), pp. 327 ss. (*Historia*, pp. 298 ss.); CONRAD, Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794* (Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958); EL MISMO, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staaten*, SOLARI, G., *Filosofia del derecho privado* cit. (n. 61), Vol. I, pp. 81 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), pp. 486 ss. Ultimamente: HAIDL, Roland Carl, *Zwischen Aufklärung und Absolutismus. Die preussischen Kodifikationsbestrebungen im 18. Jahrhundert* (Marburg, Tectum, 1996).

encontró en la persona de su Gran Canciller Juan Casimiro von Carmer, al cual, mediante una nueva *Cabinets-Ordre* de 14 de abril de 1780, le encomendó la confección de *Landrechte* para cada provincia y de un *allegemeines Landrecht* para todos sus estados con carácter subsidiario, fundado en el derecho romano en cuanto consonante con la equidad natural y redactado en alemán. Carmer asoció a su cometido a Carlos Gottlieb Svarez y a Ernesto Fernando Klein, que resultarían ser los verdaderos codificadores. Entre 1780 y 1782, Svarez y Klein elaboraron un extracto o resumen del *Corpus iuris civilis*, una compilación de derecho provincial y una colección de sentencias judiciales. Después, en 1784, Klein redactó un anteproyecto, posteriormente observado por Carmer y corregido por Svarez. En 1786 pudo ser presentado un proyecto al Rey, y al año siguiente fue puesto en conocimiento del público alemán y europeo, que respondió con numerosas observaciones. Con este material, compilado por Svarez entre 1787 y 1790, se procedió a la redacción del proyecto definitivo, terminado en 1792, de modo de preverse su promulgación para el 1 de junio de ese año. Pero acontecimientos político-religiosos retardaron el acto, que finalmente tuvo lugar el 5 de julio de 1794, día en que, en efecto, entró en vigor el nuevo código bajo el nombre oficial de *Allgemeines Landrecht für die königlich- preussischen Staaten*.

2. El ALPS. consta de una “Introducción” (*Einleitung*), dedicada a las leyes (*Von den Gesetzen überhaupt*) y a los principios generales del derecho (*Allgemeine Grundsätze des Rechts*), y de dos “partes” (*Theile*). Solo la primera, con 23 títulos, está destinada al derecho civil, pero únicamente al patrimonial. Los seis primeros títulos ofrecen lo que podríamos denominar una parte general, solo que no aparece designada así. En efecto, se trata ahí de las personas (tít. 1), de las cosas (tít. 2), de los actos (tít. 3) y, en connexión con estos últimos, de las declaraciones de voluntad (tít. 4), de los contratos (tít. 5), de los actos ilícitos (tít. 6). El tít. 7 está dedicado a la posesión y el tít. 8 la propiedad. Pero el ALPS. tiene un concepto muy amplio de propiedad, no solo concerniente a las cosas corporales sino también a los derechos, como se deja claro en el párr. 1, tít. 1, parte I. Esta idea determina el resto de la sistemática del código: adquisición (títulos 9 y 10), títulos de adquisición entre vivos (contratos traslaticios del dominio, tít. 11), títulos de adquisición por causa de muerte (testamentos y pactos sucesorios, tít. 12), adquisición por medio de terceros (mandato, representación, enriquecimiento, tít. 13), conservación de la propiedad (depósito, gestión de negocios ajenos, fianzas, prenda, tít. 14), persecución de la propiedad (reivindicación, tít. 15), extinción de la propiedad, o sea derechos reales y obligaciones, tít. 16), copropiedad (tít. 17), propiedad dividida (dominio eminente y útil, o sea, la propiedad feudal, tít. 18), derechos reales y personales en cosa ajena (tít. 19), derechos reales en la sustancia de una cosa ajena: derechos prendarios, derechos de retracto, opción, retrocompra, tít. 20), derechos de uso y disfrute en cosa ajena (usufructo, comodato, arrendamiento de cosas, superficie, tít. 21), limitaciones al dominio (servidumbres, tít. 23), ciertos monopolios feudales (tít. 23)

La segunda parte, que consta de 19 títulos, trata: (i) del matrimonio y la familia, considerando como partes de éste al derecho de la sucesión intestada, y extendiéndolo hasta la regulación de las relaciones entre patrón y servicio doméstico (títulos 1 a 5); (ii) lo que podríamos llamar un derecho social (títulos 6 a 9): por un lado corporaciones y asociaciones, por otro, estamentos (*Stände*: campesinado, burguesía, nobleza), con una

extensión al cuerpo burocrático civil y militar (tít. 10); (iii) Iglesias y comunidades religiosas (derecho eclesiástico, tít. 11); escuelas y universidades (tít. 12); derecho administrativo fundado en la idea de las regalías (tít. 13 a 16: impuestos, lugares públicos, aduanas, bienes estatales), con una extensión a la protección de los súbditos: la jurisdicción (tít. 17), las tutelas y curatelas (tít. 18), cuidado de pobres, enfermos, inválidos (tít. 19); derecho penal (tít. 20).

3. Como se aprecia, el ALPS. es un código civil solo en su primera parte y los derechos de la familia, de la sucesión intestada (visto como parte del anterior) y de las tutelas y curatelas (miradas como funciones públicas) no aparecen considerados como integrantes de él. Con todo, este cuerpo tiene una visión unitaria de los diversos derechos que trata, determinada por la consideración del hombre solo y en sus relaciones con otros hombres solos (primera parte), el hombre en la familia, el hombre en el estamento, el hombre en la sociedad civil y el estado.

Por varios conceptos el ALPS. es también un código de transición, si bien más avanzada que el código bávaro.

A diferencia de este último, el ALPS. derogó el derecho común previgente<sup>228</sup>, o sea el romano, pero no los derechos provinciales (*Landrechte*), de modo que él se sustituyó al anterior derecho común como subsidiario de los mencionados derechos provinciales (y de ahí su nombre: “derecho territorial general”: *allgemeines Landrecht*).

Este cuerpo es decididamente tradicional, cuando mantiene, reconoce y regula las diferencias estamentales: para él todavía no existe el sujeto de derecho único, o sea el hombre, sino el hombre inserto todavía en un grupo social jurídicamente constituido, con diferentes estatutos. Lo propio puede decirse en cuanto regula el derecho feudal.

Pero no es muy justo negar al ALPS. su carácter de codificación moderna por el carácter omnicompreensivo de materias privadas y públicas que ofrece, ya que los grandes tratados de derecho natural salidos de la escuela del mismo nombre ofrecían el mismo rasgo, y será solo con el *Code Civil* que se producirá la separación.

Por el contrario, si atendemos a su técnica, a su sistema, a su lenguaje, el ALPS. es un código decididamente iusnaturalista y moderno. Y lo es también cuando se observa el tipo de derecho privado recogido en su primera parte, que es derecho romano iusnaturalizado. En contraste, el ALPS. excedió algunas directivas de la moderna ciencia de la legislación en cuanto a su desmesurada extensión, sobretudo derivada de su pretensión de regularlo todo y de su tendencia al casuismo. En cuanto a su estilo, son características suyas el tono algo paternalista y admonitorio de muchas disposiciones, si bien sin los excesos de la legislación más tradicional.

---

<sup>228</sup> Sobre las relaciones del código prusiano y el derecho común: WAGNER, Wolfgang, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 119 ss.



#### IV. El *Code Civil Napoléon*<sup>229</sup>

1. La Asamblea Nacional Constituyente de Francia, mediante una ley 16 de agosto de 1790, tít. II, art. 19, había dispuesto: “*Il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution*”. En él se observan recogidos dos de los tópicos más comunes de la época en materia de legislación: la simplicidad y la claridad; el tercero, inspirado en Montesquieu, hacía referencia a la concordancia de espíritu que se pensaba debía existir entre el tipo de régimen político (constitución) y la legislación. Poco después, la constitución francesa de 1791, obra de la misma asamblea, dejó establecido en su tít. I, lo siguiente: *Il sera fait un code des lois civiles communes à tout le Royaume*; esta disposición fue renovada en el proyecto girondino de constitución (1793) en su tít. X, art.1 (266): *Il y aura un code de lois civiles et criminelles uniformes pour toute la République*; y lo propio hizo el art. 85 de la constitución de 1793: *Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République*. De esta manera, el ideal de codificar fue elevado a norma positiva desde los primeros momentos de la Revolución Francesa.

Ello no resulta extraño, puesto que, como antes se recordó, una muy frecuente y generalizada petición de los estamentos convocados para los Estados Generales en 1788 fue precisamente la de formar códigos, de modo que las sucesivas asambleas de que salieron, a su vez, las constituciones citadas estaban muy sensibilizadas para el tema. No podemos tratar aquí de las numerosas proposiciones que políticos e intelectuales habían formulado en el mismo sentido durante las décadas precedentes a los Estados Generales.

2. Correspondió a la Convención Nacional intentar llevar a la práctica el reiterado mandato de codificar. Por medio de un decreto de 23 de junio de 1793, la Convención ordenó a su Comité de Legislación presentar un proyecto de Código Civil dentro de los tres meses; y de él se encargó Cambacérès, quien cumplió el encargo con adelanto, ofreciendo un proyecto de 719 artículos el 9 de agosto de ese año. A poco de comenzada su discusión, se la suspendió, sobreentendiéndose el rechazo; oficialmente, por ser largo y complicado el proyecto; en la realidad, por ser moderado en las reformas a ojos del Jacobinismo, que deseaba transformaciones muy radicales en las instituciones civiles.

Cambacérès presentó entonces un segundo proyecto el 9 de septiembre de 1794, o sea, después de la caída de Robespierre, que se desarrollaba esta vez en 287 artículos. De nuevo la discusión de este segundo proyecto terminó por ser suspendida, ahora por la razón exactamente opuesta a la que había determinado el fracaso del primero: por ser

---

<sup>229</sup> Lit. general: para las tentativas de fijar el derecho en la época moderna: CAUVIÈRE, Henry, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil* (Paris, Rousseau, 1919); VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique* (Paris, Rousseau, 1929), pp. 267 ss., 368 ss.; WILHELM, Walter, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, en Ius Commune* 1 (1967), pp. 241 ss.; para la codificación napoleónica: SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado* cit. (n. 61), Vol. I, pp. 117 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), pp. 339 ss. (*Historia*, pp. 312 ss.); HOLTHÖFER, Ernst, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Frankreich*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 863 ss.; para las fuentes doctrinales del código: ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français* (Paris, LGLJ, 1969); para los esfuerzos codificadores de la Revolución antes de 1800, ahora: HALPÉRIN, Jean Louis, *L'impossible Code Civil* (Paris, PUF, 1992).

más bien un índice de materias que un código de leyes civiles, esto es, por su carácter sumario. Pero también nuevamente había una razón real: la opinión de los convencionales había dejado de ser radical, y este proyecto recogía algo del radicalismo jacobino.

Ya bajo el régimen del Directorio, una vez más el infatigable Cambacérès, en nombre del Comité de la Clasificación de las Leyes, presentó al Consejo de los Quinientos el 24 de junio de 1796 un tercer proyecto de 1.104 artículos, más moderado que el anterior, pero no tanto como para dejar de recibir reproches; una vez más, el pretexto para suspender su discusión fue externo: qué orden debía seguirse para su examen; mas el propio autor, mirando con realismo a través de ello, propuso aplazar el asunto.

Todavía hubo un cuarto proyecto, ordenado componer por la ley de 10 de noviembre de 1799, la misma que sancionó el nuevo orden de cosas creado por el golpe de estado del 18 de Brumario, y del cual se encargó Jacqueminot; pero restó inconcluso.

3. El asunto comenzó a marchar bajo mejores augurios cuando fue asumido como idea por el nuevo amo de Francia, el Primer Cónsul Bonaparte, quien por decreto de 12 de agosto de 1800, designó una equilibrada comisión encargada de elaborar un proyecto de código y que integraron Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneu y Portalis. Esta comisión cumplió su cometido en cuatro meses. El Proyecto de la comisión fue enviado al Tribunal de Casación y a los de Apelación. Con base en sus observaciones, la Sección Legislativa del Consejo de Estado introdujo las oportunas modificaciones al proyecto, que fue sometido a dicho Consejo el 17 de julio de 1801. Este lo discutió a lo largo de 102 sesiones (57 de las cuales fueron presididas por Napoleón). A medida del avance, se fue remitiendo por partes el proyecto, es decir, como proyectos separados de leyes, a los órganos legislativos (Tribunado, Cuerpo Legislativo, Senado) y en tanto éstos las aprobaban eran publicadas también como leyes separadas, que en total fueron 36. Por ley de 21 de marzo de 1804, se reunió en un solo cuerpo esas 36 leyes y el *Code Civil des Français*, más adelante denominado oficialmente *Code Civil Napoléon*, quedó así promulgado como totalidad.

4. Este código consta de 2.281 artículos, distribuidos en un breve *Titre préliminaire* y 3 libros. El primero trata *Des personnes*, el segundo, *Des biens et des différentes modifications de la propriété* y el tercero, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. La materia de estos libros es la siguiente. La del primero se refiere al individuo aislado y en sus relaciones de familia; la del segundo, a las cosas en sí mismas y en cuanto objetos de dominio y de los derechos reales de usufructo (uso y habitación) y de servidumbres prediales; la del tercero, a los modos de adquirir el dominio: sucesiones, donaciones y testamentos, contratos, precedidos de una doctrina general del contrato y de una doctrina general de las obligaciones. Claramente este esquema está inspirado en el sistema gayano-justiniano de *personae* y *res*, subdividas éstas en *corporales* e *incorporales*, dentro de las cuales encuentran cabida los derechos reales, las sucesiones y las obligaciones. En el cuadro de las *res*, empero, la institución fundamental es la propiedad y es con base en ella que se articula su sistema, a saber: modificaciones a la propiedad (derechos reales) y adquisición de la propiedad (sucesiones y obligaciones, porque el código concibe que la adquisición de la propiedad puede ser un efecto de las obligaciones).

5. El *Code Civil* representó el tipo más acabado de código iusnaturalista y el que llevó sus exigencias al mejor nivel, pero circunscribió la materia de un código civil a solo las privatísticas, dejando a un lado el modelo del ALPS.). Los ideales de generalidad, brevedad (en contraste con el mismo ALPS.), concisión y claridad fueron alcanzados muy satisfactoriamente. Pero sobretodo es en el fondo en donde se observa esta influencia, pues el *Code Civil* logró definitivamente la unificación del sujeto de derecho (el hombre) y no conservó vestigio alguno de las limitaciones exógenas a la propiedad, a la circulación de los bienes y a la libertad de contratación, lo que ciertamente pudo hacer gracias a que la Revolución ya le había despejado el camino cuando abolió el antiguo régimen económico-social.

## V. El *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>230</sup>

También la codificación austriaca se llevó a cabo a fuerza de proyectos sucesivamente fracasados hasta lograrse el éxito final.

1. En 1753, la emperatriz María Teresa designó una *Kompilationskommission* con sede en Brno, para la confección de un *Codex Theresianus iuris civilis* sobre la base del derecho nacional, el común y el de la razón, con carácter general, mas no para todo el Imperio sino solo para los estados hereditarios de la casa de Habsburgo (Austria, Estiria, Tirol, Bohemia, Moravia y Silesia). El personaje dominante de esta comisión fue Azzoni, quien elaboró el esquema, y a su muerte en 1761, Zenker. Sus trabajos eran revisados por otra comisión con asiento en Viena y ellos se dieron por terminados en 1766, con el voluminoso proyecto de un *Codex Theresianus*. Pero la emperatriz lo rechazó, atendidas las resistencias que suscitara y por su longitud y oscuridad.

En 1772 la soberana formó una nueva comisión dotada con instrucciones precisas de elaborar un proyecto con caracteres de brevedad, claridad y generalidad, de simplificar la legislación y de no ceñirse exclusivamente al derecho romano para preferir los principios naturales del derecho. El jurista predominante fue esta vez Horten, redactor principal del proyecto, junto a Hees. El 1 de noviembre de 1786, el emperador José II, pudo promulgar un *Josefinische Gesetzbuch*, limitado empero al solo derecho de personas y familia en 293 artículos. Se pensaba en continuar, pero los trabajos de la comisión fueron suspendidos en 1787.

Leopoldo II designó una *Hofkommission in Gesetzsachen* que reemplazó a la que había creado María Teresa y la hizo presidir por el jurista y profesor Carlos Antonio Martini. El proyecto resultante resultó ser casi su obra exclusiva y fue puesto en vigor, a modo de experimento, el 13 de febrero de 1797 en los territorios de la Galizia occidental

---

<sup>230</sup> Lit. general: HARRAS Ritt. v. HARRASOWSKY, Philipp, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes* (Wien, Manz, 1868); SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado* cit. (n. 61), Vol. I, pp. 266 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 15), pp. 335 ss. (*Historia*, pp. 307 ss.); DÖLEMEYER, Barbara, Ernst, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Frankreich*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, pp. 1775 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 61), pp. 506 ss.; OGRIS, Werner, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 153 ss.

(poco después en la oriental), por lo cual suele denominársele *Westgalizisches Gesetzbuch*.

Paralelamente se inició el examen de la obra de Martini, quien se retiró en 1797. En dicha revisión tomaron parte las universidades, las provincias y los tribunales. El material acumulado fue encargado a una *Hofkammer* en 1801, de la que formaba parte Francisco von Zeiller; a él correspondería la elaboración del nuevo proyecto, cuya difícil revisión tuvo lugar entre fines de 1801 y principios de 1810 a través de 174 sesiones. Finalmente, el 7 de julio de 1810 fue sancionado como *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* para entrar en vigencia al año siguiente, primero en los territorios hereditarios de la Corona y sucesivamente en otras partes del imperio.

2. El ABGB., consta de una Introducción (*Einleitung*) sobre las leyes civiles en general y de 3 partes con 1.502 artículos. La primera está destinada al derecho de las personas y a la familia (*Von den Personenrechte*). La segunda, al derecho de cosas (*Von den Sachenrechte*), y aparece dividida en 2 libros: el libro I está destinado a los derechos reales (*Von den dinglichen Rechten*) y trata de la clasificación de las cosas, la propiedad, la adquisición de ésta, la prenda, las servidumbres (reales o servidumbres prediales y personales: usufructo, uso, habitación), las sucesiones, la copropiedad; el libro II trata de los derechos personales (*Von den persönlichen Rechten*): contratos y actos jurídicos, contratos típicos, indemnización del daño. La tercera parte contiene disposiciones comunes a los derechos reales y personales (*Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte*): consolidación, modificación, extinción y prescripción.

Porque ya contaba con el precedente del código francés, en el área germánica el ABGB. superó en concisión, precisión y sequedad de estilo al ALPS. y desde luego en brevedad, determinada también por haberse limitado a ser un código de derecho civil y no de todo el derecho como aquél. El ABGB. se abstuvo, pues, de exponer la casuística y omitió las disquisiciones doctrinarias; abandonó también el tono paternalístico y admonitorio que eran una característica del ALPS.

## **§ 10. Breves indicaciones sobre la codificación en algunos países durante el resto del siglo XIX**

### **I. Europa**

1. La fortuna político-militar de Napoleón irradió a su código, y los méritos intrínsecos de esta obra hicieron el resto. Mientras subsistió el poderío napoleónico, dicho código alcanzó vigencia positiva en muchos territorios que fueron incorporados en el campo de tal poderío, aunque solo en contados casos logró mantenerse más allá de su desplome; en lo demás, fue el prestigio de la obra la que permitió su transformación en un modelo para nuevos códigos durante todo el siglo XIX. Aquí solo podemos dar unas breves y muy generales indicaciones del curso que siguió la codificación durante dicho siglo, limitadas a los países cuyos códigos tuvieron alguna influencia en Iberoamérica.

a) Uno de los primeros códigos nuevos fue el del cantón suizo de Vaud (Waadt)<sup>231</sup>, dictado en 1819 y entrado en vigor en 1821, después de una prolongada y accidentada labor de redacción que se había iniciado precisamente en 1804. Pese a esta precocidad legislativa, el *Code Civil du Canton de Vaud* no escapó a la fuerte influencia del código francés, que los redactores de los primeros proyectos quisieron seguir como modelo único.

b) En el ámbito italiano<sup>232</sup>, el *Code Civil* fue introducido en todos los territorios que cayeron bajo la órbita napoleónica, a partir de 1805; pero se mantuvo en vigencia posterior a la Restauración solo en algunas regiones (por ejemplo, en Génova, Parma, Lucca y Modena) no sin modificaciones. En el resto fue derogado; así en Piamonte, los Estados Pontificios y Nápoles.

En varios estados restaurados, empero, se intentó la formulación de un código propio. Los más importantes casos fueron el de los reinos de las Dos Sicilias y de Cerdeña (Piamonte-Cerdeña). El primero fue promulgado en 1819 bajo el nombre de *Leggi civili* y el segundo en 1837 como *Codice civile per gli Stati di S. M. il re di Sardegna*. Ambos eran fieles seguidores del código francés. En 1865, la Italia unificada se dio un *Codice Civile del Regno d'Italia* que igualmente seguía de cerca al francés, bien directamente, bien a través del código sardo. Dicho código permaneció en vigencia hasta 1942, en que fue reemplazado por un nuevo *Codice civile*.

c) También en Holanda<sup>233</sup> el *Code Civil* fue introducido, con reformas, en 1809, como consecuencia de haber caído el país bajo la influencia francesa y el gobierno de Luis Napoleón Bonaparte. En 1811 fue promulgado el código original, esto es, sin las indicadas reformas; y su vigencia continuó después de la Restauración. En 1830 Holanda tuvo un primer código civil propio (*Burgerlijk Wetboek*); el cual, revisado, dio origen al segundo y definitivo, promulgado en 1838. Con todo, este código, al igual que el anterior, seguía de cerca al francés. Este código fue sustituido por uno nuevo a partir del 1 de enero de 1992.

d) En Portugal<sup>234</sup> el código francés no pudo ingresar potestativamente, como en otras áreas europeas, debido a que el país quedó fuera de la órbita de influencia de su autor político, si bien en 1808 se debatió la posibilidad de introducirlo voluntariamente. Ahí, el movimiento por la codificación se inició en 1820, pero no empezó a fructificar

---

<sup>231</sup> Sobre él: HOLTHÖFER, Ernst, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Zweiter Teilband: Gesetzgebund zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, 11. Absch.: Schweiz, 2. Kap.: *Kodifikationen und Projekte, I. Romanische Kantone*, pp. 1877 ss.

<sup>232</sup> GHISALBERTI, Carlo, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942* (Roma-Bari, Laterza, 1985); EL MISMO, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto civile nel Risorgimento* (Roma-Bari, Laterza, 1993); RAINIERI, Filippo, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Italien*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband: Gesetzgebund zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 177 ss.

<sup>233</sup> Lit.: HÖLTHÖFER, Ernst, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Niederlande*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband: Gesetzgebund zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 1191 ss.

<sup>234</sup> Lit.: SCHOLZ, Johannes-Michael, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Portugal*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband: Gesetzgebund zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 687 ss.

positivamente sino hasta 1850, cuando se designó a Antonio Luis de Seabra para redactar un proyecto bajo la revisión de una comisión de profesores, aunque Seabra prefirió trabajar en solitario, de modo que en 1858 presentó su trabajo, el cual, luego de ser examinado por dos comisiones, fue aprobado por las Cortes en 1867 como *Código Civil*, para que entrara en vigencia en ese mismo año; dejó de regir en 1968 al ser reemplazado por un nuevo cuerpo que había sido promulgado en 1965.

El código de 1867 quedó enteramente enmarcado dentro de la tradición liberal postrevolucionaria, pero desde un punto de vista formal, se apartó totalmente del sistema del código francés. Se dividía en 4 partes: *parte I: Da capacidade civil*, integrada por un *livro único*, que en general corresponde al libro concerniente a las personas en el sistema gayano-justiniano (libro I del código francés, con excepción del matrimonio); *parte II: Da aquisição dos direitos*, compuesta de 3 libros: *livro I: Dos direitos originários o dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem*, que corresponde a la doctrina de las cosas, a la adquisición del dominio por ocupación y prescripción, y a los derechos sobre creaciones artísticas e industriales (parcialmente al libro II del código francés); *livro II: Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente*, que contiene el derecho de obligaciones y contratos incluyendo al matrimonio (libro III del código francés, con excepción del derecho de sucesión); *livro III: Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei*, que incluye la gestión de negocios y el derecho de las sucesiones. *Parte III: Do direito da propriedade*, con un *livro único* concerniente al dominio en sí, a los derechos reales, a las accesiones y a las relaciones de vecindad (otra parte del libro II del código francés). *Parte IV: Da ofensa dos direitos e da sua reparação*, con dos libros: *livro I: Da responsabilidade civil*; y *livro II: Da prova dos direitos y das restituição déles* (otra parte del libro III del código francés).

Este sistema del código, construido sobre la idea del derecho subjetivo, obedeció a nuevas reflexiones de mediados de siglo, que se encontraban bajo el influjo de neokantismos, como aquel de Savigny y de Ahrens.

e) Correspondería hablar ahora del *Código Civil* español; pero ello lo haremos en otro momento<sup>235</sup>.

Tales fueron los códigos europeos del siglo XIX que tuvieron influencia en Iberoamérica. El importante código alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*), promulgado en 1894 y entrado en vigencia el 1 de enero de 1900, por haber sido tan tardío, no alcanzó a ejercer influencia en la época clásica de la codificación iberoamericana.

2. Conviene dejar constancia que a difundir el contenido de varios de estos códigos contribuyó una obra de Fortune Anthoine de Saint Joseph, titulada *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* y publicada en Paris en 1840 (con segunda edición ampliada y revisada en 1856)<sup>236</sup>. En ella se comparaba el *Code civil* y

---

<sup>235</sup> Vid. infra §§ 37 y 46.

<sup>236</sup> Sobre ella: NADELMANN, K. H., *Kritische Notiz zu den Quellen der Recht Sud- und Mittelamerikas. Anthoine de Saint-Josephs Tabellen*, en *Rabels Zeitschrift f. Ausländisches und Internationales Privatrecht* 20 (1955), pp. 499 ss.

el de los siguientes países: Prusia, Austria, Holanda, Cerdeña, Dos Sicilias, Vaud y la Luisiana, dispuestos en columnas verticales, la primera de la izquierda destinada al código francés en su orden propio, y las restantes a los demás, pero desmenuzados de su sistema original para permitir la concordancia de su articulados con el del francés que hace de referencia, y entre sí, ya que el orden de materias de todos no siempre coincide, como es natural. Esta obra fue traducida al castellano por F. Verlanga y J. Muñiz como *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* y publicada en Madrid en 1843 (con segunda edición en 1847).

## II. América no española: la Luisiana<sup>237</sup>

1. Un singular caso presenta en América la codificación del derecho en el territorio de la Luisiana, de la que tratamos, porque influyó en las futuras codificaciones de Iberoamérica<sup>238</sup>.

a) La cuenca del Mississippi fue descubierta por Hernando de Soto hacia 1542; pero explorada por franceses durante el siglo XVII, desde 1699 fue colonizada permanentemente por ellos; en 1712, la Corona puso en vigencia la *Coûtume de Paris* y las *Ordonnances* reales en el territorio. En 1762, Francia lo cedió a España; pero sólo desde 1769, cuando los españoles tomaron su posesión fué que entró a regir la legislación castellana y la indiana en sustitución de las mencionadas fuentes francesas. La Corona española, a su vez, en 1800, merced al tratado de San Ildefonso, volvió a ceder la Luisiana a la Francia napoleónica; pero como su efectiva entrega no tuviera lugar sino hasta el 30 de noviembre de 1803 y el 20 de diciembre de ese mismo año fuera adquirida por los Estados Unidos, Francia no alcanzó a terminar con la vigencia del derecho castellano-indiano. En su nueva situación, merced a una ley de 1804, la región fue dividida en el Distrito de Luisiana y el Territorio de Orleans y dotada de un Consejo Legislativo con competencia para intervenir en las leyes vigente y de un Gobernador con derecho de veto. Solo en 1812 quedó constituido el respectivo estado<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Lit.: TULLIS, Robert Lee, *The Louisiana Civil Law in the Light of its Origin and Development*, en *University of Toronto Law Journal* 2 (1937-1938), p. 289 ss.; HUBERT, León jr., *Louisiane, en Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 778 ss.; STONE, Ferdinand, *The Civil Code of 1808 for the Territory of Orleans*, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 1 ss.; HOOD, John jr., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 7 ss.; LIFSIC, Ricardo, *Historia del Código Civil de Louisiana antecedente del Código Civil Argentino*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 12 (Buenos Aires, 1961), p. 164 ss.; BATIZA, Rodolfo, *Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for Louisiana Law*, en *Tulane Law Review* 56 (Feb. 1982) 2, pp. 578 ss.; LEVASSEUR, Alain y HERMAN, Shael, *Louisiane, en Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. XLIV: *La circulation du modele juridique français* (Paris, 1993), pp. 649 ss.

<sup>238</sup> Sobre esta influencia, en general: KNÜTEL, Rolf, *Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America*, en *Tulane Law Review* 70 (1996) 5, pp. 1445 ss.

<sup>239</sup> Para todo lo anterior: HOOD, *History* cit. (n. 237), pp. 7; BATIZA, Rodolfo, *Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder*, en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, p. 55 ss.; *Origins* cit. (n. 237), pp. 579 ss.

b) En el momento de su adquisición, por la razón indicada, regía en la Luisiana, pues, el derecho castellano-indiano. Rápidamente se suscitó el problema de decidir por cuál sistema jurídico habría de regirse en el futuro. Mientras las autoridades, encabezadas por el primer Gobernador William Claiborne, deseaban introducir la *common law*, los notables del territorio querían mantenerse bajo el imperio del “derecho civil” (*civil law* o *droit civil*), representado por las leyes castellanas, a las cuales estaban habituados desde 1769. Temían, en efecto, la sujeción a un derecho de jueces, que era y es lo característico del anglosajón.

En 1806, la Asamblea del Territorio de Orleans aprobó una ley que confirmaba la vigencia de los cuerpos legales castellanos, la cual, empero, fué vetada por el gobernador. La mayoría de la Asamblea emitió entonces un manifiesto, en el que declaraba: “...en pocas palabras, podemos decir que la sabiduría del derecho civil es reconocida en toda Europa; y esa ley es la que 19 de cada 20 personas conoce en Luisiana y a la que está acostumbrada desde la niñez... hay una secreta intención de arrojarnos, a pesar nuestro, en el horrible caos de la *common law*”<sup>240</sup>.

La solución final vino dada por el acuerdo de formar un nuevo cuerpo legal. Por resolución de 7 de junio de 1806, en efecto, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans designaron a James Brown y Louis Moreau-Lislet para compilar y preparar lo que se designó como un “código civil”; y ordenaron que los comisionados debían “hacer que el código tenga como cimiento al derecho civil por el cual es gobernado actualmente el territorio”<sup>241</sup>.

Los comisionados prepararon un proyecto 2.160 artículos en poco más de un año y ocho meses<sup>242</sup>, que presentado a la Legislatura fue aprobado por ley de 31 de marzo de 1808, con el nombre de “Digesto de las leyes civiles actualmente en vigencia en el Territorio de Orleans, con las alteraciones y enmiendas adaptadas a su presente forma de gobierno”, y editado en francés el mismo año en Nueva Orleans; con posterioridad se lo tradujo al inglés<sup>243</sup>.

c) El *Digeste des lois civiles* derogó los principios y leyes del derecho civil (o sea castellano-indiano) incompatibles con él. Por ello, la Corte Suprema del Estado, a propósito de un caso decidido en 1817, interpretó que sobrevivía el antiguo derecho castellano no incompatible con el *Digeste*, lo que valía especialmente para el caso de lagunas en él, y esta decisión fue seguida de muchas otras en el mismo sentido; ello obligó a la Legislatura a ordenar en 1819 que se tradujesen las *Partidas*, lo que tuvo lugar al año siguiente<sup>244</sup>.

En consecuencia de estas resoluciones judiciales, el sistema jurídico de la Luisiana se complicó al reconocerse estar compuesto por dos masas de derecho: la del *Digeste* y la

---

<sup>240</sup> Cit. por HOOD, *History* cit. (n. 237), p. 11 s.

<sup>241</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>242</sup> En realidad el proyecto fue obra exclusiva de Moreau-Lislet: BATIZA, Rodolfo, *Origins* cit. (n. 237), p. 583.

<sup>243</sup> Todo en: HOOD, *History* cit. (n. 237), pp. 12 s.

<sup>244</sup> Todo en: HOOD, *History* cit. (n. 237), pp. 16.



de las antiguas leyes castellanas, y se perdió así una de las ventajas más sensibles de la moderna idea de codificación.

Por ello, en marzo de 1822, la Legislatura de Luisiana resolvió proceder a una revisión del *Digeste*, y encargó la tarea de corregir lo que creyera conveniente y de incorporar aquellas leyes que estuvieran actualmente en vigor y no se hallaran incluidas en el código de 1808<sup>245</sup> a una comisión integrada por Eduardo Livingston, Pierre Derbigny y Luis Moreau-Lislet. En febrero de 1823, la comisión entregó un proyecto de revisión de 3.522 artículos que se editó ese mismo año en Nueva Orleans con el título de “Adiciones y enmiendas al Código Civil del Estado de la Luisiana”, y que la Legislatura aprobó el 14 de marzo del mismo año. En 1824 se mandó imprimirlo en un solo volumen con textos en francés e inglés en páginas opuestas. Certificado por el Secretario de Estado el término de la impresión el 20 de mayo de 1825, entró en vigencia a partir de un mes después, esta vez como “Código Civil del Estado de Luisiana”<sup>246</sup>.

Después de terminada la Guerra de Secesión, se dispuso una revisión del código de 1825, sobre todo para eliminar las disposiciones que contenía sobre la esclavitud, ahora abolida y para incorporarle las normas emitidas por la Legislatura en el tiempo intermedio. El resultado del trabajo pertinente fue puesto en vigencia en 1870 con el nombre de “Código Civil corregido del Estado de Luisiana”, editado esta vez solo en inglés.

2. Cuando en 1806, las asambleas de Orleans dispusieron la compilación de un nuevo cuerpo legal, mandaron expresamente a los encargados de la obra basarse, como vimos, en el “derecho civil con el cual este territorio es gobernado ahora”, y con ello aludían al derecho castellano que era el vigente entonces en la Luisiana. Esto quizá explica que los autores no hubieran querido denominar “código civil” a su trabajo, sino: “Digesto de las leyes civiles actualmente en vigencia en el Territorio de Orleans, con las alteraciones y enmiendas adaptadas a su presente forma de gobierno”, aunque la resolución de las asambleas legislativas había hablado de compilar un “código civil”. La palabra “digesto” evocaba a la obra de Justiniano de ese nombre, que sabidamente fue una recopilación; y sin evocación alguna sino directamente se añadía en el título tratarse de un digesto de las “leyes civiles actualmente en vigor”, con reformas. De esta manera, de entrada el trabajo parecía adaptado a las instrucciones recibidas.

Pero la realidad fue otra. Moreau-Lislet adoptó desde luego el plan del código francés de 1804 consistente en un *Titre préliminaire* y 3 libros con sendas idénticas rúbricas: *Des personnes, Des biens et des différentes modifications de la propriété et Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, lo mismo que el sistema de subdivisiones en títulos, capítulos y secciones. Pero, más importante que lo anterior, el articulado del *Digeste* en su mayor parte fue un fiel reflejo del articulado francés, con una singularidad: Moreau-Lislet recurrió también al *Project du Code Civil* del año VIII (1800), base del código definitivo, amén de a éste mismo. Recurrió también a autores

---

<sup>245</sup> Cit. por HOOD, *History* cit. (n. 237), p. 16.

<sup>246</sup> Todo en: HOOD, *History* cit. (n. 237), pp. 16 ss.

franceses y no franceses y en una parte menos notoria al derecho positivo español y al derecho romano directamente.

Se ha calculado que el articulado del *Digeste* reconoce, así, las siguientes fuentes principales: en lo que respecta al derecho francés: *Project*: 807 artículos; *Code*: 709; Domat: 175; Pothier: 113. Por lo que atañe al derecho español, 67 disposiciones tuvieron su fuente en las *Partidas*; 53 en la *Nueva Recopilación*; 52 en el *Febrero adicionado*; 16 en la *Curia Philipica*. De esta manera, casi el 70% del *Digeste* lo formaron el *Project* y el *Code*; y cerca del 85% el conjunto de fuentes francesas<sup>247</sup>.

Moreau-Lislet debió de permanecer intranquilo por haber eludido tan drásticamente el mandato de los legisladores luisianos de 1806, como es que hacia 1814 tenía escrito un texto que tituló: “Leyes del Estado de Luisiana con notas referentes a las leyes civiles y españolas que se le relacionan”, el cual, empero, restó manuscrito y solo ha venido a ser editado en el siglo XX<sup>248</sup>. Se trata de un ejemplar del *Digeste*, en la que cada página impresa viene enfrentada con una en blanco (y que debió de haber sido especialmente preparada para el autor antes de tirarse la edición normal), en la cual Moreau-Lislet anotó en manuscrito las fuentes “del derecho civil y español” que guardaban alguna relación con las disposiciones del *Digeste*<sup>249</sup>. No es, pues, una relación de fuentes de éste, sino una concordancia del mismo con las fuentes civiles y españolas. Seguramente debió de haber sido escrito con la intención de demostrar que, aunque el *Digeste* en su mayor parte fuera un reflejo textual o casi, del proyecto francés de 1800 o del código francés de 1804, sus normas coincidían sustancialmente con el derecho romano y el español, de manera de no haberse en realidad transgredido el programa fijado por los legisladores de 1806. En su momento, Moreau-Lislet, pese a la

---

<sup>247</sup> BATIZA, Rodolfo, *The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Presens Relevance*, en *Tulane Law Review* 46 (Sept. 1971) 1, pp. 11 s. Las conclusiones de Batiza fueron impugnadas por PASCAL, Robert, *Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza*, en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 603 ss., trabajo este respondido por BATIZA, Rodolfo, *Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder*, en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 628 ss. Batiza fue secundado por SWEENEY, Joseph, *Tournament of Scholars over the Sources of the Civil Code of 1808*, en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 585 ss. Vid. también el trabajo posterior de BATIZA, Rodolfo, *Roman Law in the French and Louisiana Civil Codes: A Comparative Textual Survey*, en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1601 ss. Sobre la influencia francesa, además: BAUDOUIN, Louis, *The Influence of the Code Napoleon*, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 21 ss.; TUCKER, Thomas, *Sources of Louisiana Law of Persons: Blackstone, Domat and the French Codes*, en *Tulane Law Review* 44 (Feb. 1970) 2, pp. 264 ss. Sobre la presencia del derecho español, asimismo: DART, *The Influence of the Ancient Laws of Spain on the Jurisprudence of Louisiana*, en *Tulane Law Review* 6 (1931), pp. 83 ss.; BATIZA, Rodolfo, *The Influence of Spanish Law in Louisiana*, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 29 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (Madrid, R. Acad. de Jurisp. y Legisl., 1984), pp. 143-151. Sobre la del romano: SNYDER, David, *Ancient Law and modern Eyes*, en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1631 ss.; BATIZA, Rodolfo, *Justinian's Institute and the Louisiana Civil Code of 1808*, en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1639 ss.

<sup>248</sup> *A Reprint of Moreau Lislet's Copy of a Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans* (1968), sobre la base del manuscrito conservado en la familia De la Vergne. Sobre este texto: FRANKLIN, Mitchell, *An Important Document in the History of American, Roman and Civil Law: The De la Vergne Manuscript*, en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 35 ss.; PASCAL, Robert, *A Recent Discovery: A Copy of the Digest of the Civil Laws of 1808 with Marginal Source Reference in Moreau Lislet's Hand*, en *Louisiana Law Review* 26 (1965), 25 ss.

<sup>249</sup> *Avant-propos*, en FRANKLIN *An Important Document* cit. (n. 248), p. 39.

gran admiración que sentía por las *Partidas*<sup>250</sup>, debió de considerar demasiado ingente la tarea de confeccionar un código con el esparcido y difuso derecho castellano vigente en Luisiana, y hasta excesiva, visto que se tenía a la mano la moderna codificación de un derecho muy coincidente con él, como era la francesa, cuyo empleo ahorraría un trabajo prolongado, para el cual propiamente no se disponía de mucho tiempo en el marco de una situación defensiva de la tradición jurídica civilista de Luisiana ante el embate de la *common law*<sup>251</sup>.

Por su parte, el código revisado de 1825 excedió al *Digeste* de 1808 en casi un tercio del articulado de este último, y respecto de él presentó 1.746 adiciones, 423 enmiendas y 276 supresiones. Con respecto a las adiciones, entre las principales, 246 tuvieron como fuentes a Pothier, 228 a Toullier, 150 al *Code* y 55 a Domat<sup>252</sup>.

De esta manera, la codificación luisiana de 1808-1825 fue la primera experiencia americana en el tema y dio la pauta de lo que sería hasta mediados del siglo: imitación de la francesa, como, por lo demás, también sería en Europa.

## § 11. El desarrollo de la idea de fijación y codificación en España

### I. La idea de la fijación del derecho en España

1. La idea de fijación del derecho, que de todos modos es bastante universal, tuvo en España, empero, su tierra de promisión, quizá como un legado de los visigodos, de todos los pueblos bárbaros el que más dotado resultó para la legislación y el derecho y que, debido a su temprana latinización, mejor asumió las tradiciones jurídicas romano-postclásicas. Se recordarán, así, el llamado *Codex Eurici regis*, quizá del 476, y el llamado *Breviarium Alarici regis* o *Lex romana Wisigothorum* del 506, dados ambos en Tolosa, cuando los visigodos todavía se encontraban asentados en las Galias; y el llamado Código de Leovigildo y el *Liber iudiciorum* (*Fuero Juzgo*) o *Lex Wisigothorum* del 654, promulgados ya en la hispanica Toledo.

Durante la edad media castellana se presentan el *Fuero Real*, el *Espéculo* y las *Siete Partidas*, del Rey de Castilla Alfonso X el Sabio, sin contar la multitud de fueros locales de origen consuetudionario pero tempranamente redactados, ni las fijaciones emprendidas en territorios hispánicos no castellano-leoneses. A partir de fines del siglo XV se inicia la serie de compilaciones de leyes también castellanas con las *Ordenanzas*

---

<sup>250</sup> En *avant-propos* (ibíd., p. 41), de ese cuerpo dice ser: “el más perfecto código de derecho español”; y en el prólogo a su traducción del mismo, de 1819, que es “comparable con cualquier código publicado en la más ilustrada época del mundo” (cit. en *The Louisiana Civil Code: A Humanistic Appraisal*, Tulane Law School, 1981, p. 27).

<sup>251</sup> En torno al tema de por qué Moreau-Lislet usó el proyecto de 1800 junto al código de 1804, puede conjeturarse lo siguiente: al darse al trabajo a mediados de 1806, quizá no disponía de un ejemplar del código cuya primera edición fue de 1804; pero sí del proyecto de 1800. Solo más tarde pudo disponer de un ejemplar de la segunda edición del código, que tuvo lugar en marzo de 1807.

<sup>252</sup> BATIZA, Rodolfo, *Origins* cit. (n. 237), p. 591 s. Sobre las fuentes en concreto, vid. el minucioso estudio de EL MISMO, *The Actual Sources of the Louisiana Project of 1823: A General Analytical Survey*, en *Tulane Law Review* 47 (Dic. 1972) 1, pp. 1 ss.

*reales de Castilla* u *Ordenamiento de Montalvo* de 1484, la *Nueva Recopilación* de 1567 y, en fin, la ya casi general *Novísima Recopilación* de 1805<sup>253</sup>.

## **II. La idea de la codificación durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX en España<sup>254</sup>**

1. Cuando se produjo la renovación moderna de la idea de fijación bajo la forma de la codificación y empezaron sus primeras manifestaciones positivas en Centroeuropa primero y en Francia después, a donde había pasado tal idea y que con su *Code Civil* gestaría, además, un modelo que se tornó prontamente en clásico, España, pese a la arraigada tradición fijadora que exhibía, permaneció un tanto ajena a la renovación y oficialmente siguió aferrada a la antigua tradición compiladora, que un año después del mencionado código todavía se manifestó en la antes recordada *Novísima Recopilación*.

Lo cual no significa que la idea de codificar no haya recibido adeptos entre algunos de sus políticos, juristas e intelectuales. Más aún, las viejas tradiciones humanistas, que se encuentran en la prehistoria de la codificación, de crítica al *Corpus iuris civilis* y al *ius commune* y de sustitución del primero por un nuevo cuerpo construido dialécticamente según los cánones ciceronianos del *ius in artem redigere*, habían encontrado prontamente acogida en su época en la península. De lo primero fue caso notable el humanista de fama europea Juan Luis Vives (1492-1540), quien destinó a la crítica del derecho el libro VII, decididamente rubricado: *Qui est de iure civili corrupto*, de la parte titulada *De causis corruptarum artium* de su obra *De disciplinis libri XX* (1531)<sup>255</sup>; de lo segundo, el humanista Pedro Simón Abril (1540-1594), quien en 1589 editó en Madrid unos *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas, para reducirlas a su antigua entereza y perfección, de que con la malicia del tiempo y con el demasiado deseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias de ellas, han caído*. En él, Abril formulaba la acostumbra crítica al derecho civil, de acuerdo con los temas desarrollados por el humanismo, y sugería reemplazar el *Corpus iuris civilis* por un cuerpo nuevo de derecho, para describir cuyo

---

<sup>253</sup> Sobre ellas: PÉREZ MARTIN, Antonio, *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, en PÉREZ MARTIN, Antonio-SCHOLZ, Johannes Michael, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valencia, Universidad de Valencia, [1978]), pp. 9 ss.

<sup>254</sup> Visión de conjunto: CLAVERO, Bartolomé, *La idea de código en la Ilustración jurídica, en Historia, Instituciones, Documentos* 6 (Sevilla, 1979), p. 49 ss.; en parte: GIBERT, Rafael, *La codificación del derecho civil en España (1752-1889)*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. II, pp. 907 ss.

<sup>255</sup> En *Opera omnia* (Valencia, 1785), Vol. VI, pp. 222 ss.; hay traducción en *Obras completas* (Madrid, Aguilar, 1948), Vol. II, pp. 510 ss. Sobre Juan Luis Vives y el derecho: SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Un capítulo de Luis Vives, 'De iure civile corrupto'*, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia* 167 (1935), pp. 510 ss.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Ética y derecho en la doctrina de Juan Luis Vives*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 13 (1943), pp. 43 ss.; GIBERT, Rafael, *Luis Vives ante el derecho*, en *Revista General de Derecho* 7 (1950), pp. 549 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *El derecho civil en la obra de Luis Vives*, en *Anuario de Derecho Civil* 11 (Madrid, 1958) 2, pp. 411 ss.

método empleó términos muy semejantes a los usados por Cicerón para describir la dialéctica jurídica, de quien por cierto los tomó directamente<sup>256</sup>.

En la misma línea humanista, esta vez por lo que al modo de enseñar el derecho atañe, hay que situar al libro de Francisco Bermúdez de Pedraza (1585-1655) titulado *Arte legal para el estudio de la jurisprudencia* (1612)<sup>257</sup>; y, aunque más tardío, al *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquél por este y por el propio origen* (1747), de Tomás M. Fernández de Mesa. Por lo demás, el humanismo en general penetró ampliamente en diversos sectores de la jurisprudencia española<sup>258</sup>.

2. Ya en pleno siglo XVIII, se observan varias voces que demandaron iniciar el camino de la renovación jurídica de acuerdo con cánones más modernos, como de costumbre, en paralelo con la crítica al derecho vigente.

Así, Melchor de Macanaz (1670-1760), tempranamente en sus *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica* aconsejaba al Rey Felipe V establecer en sus estados “una inalterable constitución de leyes” mediante “la formación de un código”<sup>259</sup>; consejo que reiteró posteriormente a Fernando VI en sus *Avisos políticos* de 1746<sup>260</sup>. José del Campillo, en su opúsculo de 1741 titulado *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, hablaba de la necesidad de “formalizar un código”<sup>261</sup>. Pablo de Mora y Jaraba, en su libro de 1748, que intituló significativamente *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, inspirándose en ciertas proposiciones que el italiano Ludovico Antonio Muratori había formulado en su libro del año anterior, *Dei difetti della giurisprudenza*, sugirió la formación *Código teórico-práctico* fundado en los derechos romano y español<sup>262</sup>. En 1751, el ministro Cenón de Somodevilla, Marqués de la Ensenada (1702-1781), en una *Representación* dirigida ese año al Rey Fernando VI, le proponía la

---

<sup>256</sup> Sobre esto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del derecho*, I: *Un humanista español del siglo XVI: Pedro Simón Abril*, en *REHJ*. 9 (Valparaíso, 1984), pp. 167 ss.

<sup>257</sup> Sobre este autor y su obra: DÍAZ DE ACEBEDO, Jesús María, *Dos libros de metodología jurídica en el siglo XVII*, en *Estudios de Deusto* 2ª época 2 (1954) 2, pp. 583 ss.; GIBERT, Rafael, *El arte para estudiar la jurisprudencia de Bermúdez de Pedraza* (prelec. 1966-1967, s.l., s. d.); DELGADO PINTO, Juan, *Un traité de didactique au XVIIIe siècle*, en *VV. AA., Le raisonnement juridique. Actes du Congrès Mondiale de Philosophie* (Bruxelles, 1971), pp. 195 ss. Del *Arte legal* hay una reimp. anastática (Madrid, Civitas, s. d.).

<sup>258</sup> Sobre el humanismo de la Escuela de Salamanca, por ejemplo: CARPINTERO, Francisco, *Humanismo y mos Gallicus en la Escuela de Salamanca*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 20 (1976), pp. 209 ss.

<sup>259</sup> En VALLADARES, Antonio, *Semanario Erudito* 5 (Madrid, 1787), p. 238.

<sup>260</sup> En VALLADARES, Antonio, *Semanario Erudito* 8 (Madrid, 1788), p. 235.

<sup>261</sup> *Letrados y leyes*, párr. 24: edición de Antonio Elorza (Madrid, 1969), p. 164.

<sup>262</sup> Sobre este tema: PESET REIG, Mariano, *Una propuesta de Código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *VV. AA., Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia, 1974), Vol. II, pp. 217 ss.

confección de un *Código Ferdinando*<sup>263</sup>. Hubo algunos intentos por llevar adelante esta idea, que resultó conectada con los esfuerzos contemporáneos de Federico II de Prusia por codificar iniciados en 1746 y que condujeron al *Project des corporis iuris Fridericiani* editado entre 1749 y 1751; en 1752 hasta se pensó en designar a Gregorio Mayans y Siscar para ejecutar la empresa, pero no fructificó el proyecto<sup>264</sup>; por lo demás, el mismo Mayans se manifestó en numerosas oportunidades como partidario de lo que denominaba un “código legal”<sup>265</sup>. En 1762, José Clavijo y Fajardo en *El pensador* pedía un “cuerpo metódico” y un “código de nuestra nación”<sup>266</sup>. Pero el personaje más sistemáticamente representativo de las nuevas tendencias fue Juan Francisco de Castro (1731-1790), autor de unos *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de estos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, publicados en 1765, de los que hubo una segunda edición en 1829. Como ya en el título del libro aparecía anunciado, en él abogaba por “un metódico cuerpo de derecho que una en verdadero sistema todo el derecho español”<sup>267</sup>. Hacia 1770, el jurista Alonso de Acevedo escribió una *Idea de un nuevo cuerpo legal*<sup>268</sup>, en que soñaba con que la nación llegase a poseer “una colección que se franquee con claridad y concisión los más inviolables y universales principios de los derechos de la naturaleza”<sup>269</sup>.

La desilusión producida por la promulgación de la quizá anacrónica *Novísima Recopilación* en 1805 fue encauzada por Francisco Martínez Marina, primero incidentalmente en su *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, publicado en Madrid, en 1808, y después, metódica y sistemáticamente, en su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, escrito en 1817 y editado en 1820, también en Madrid. Como su título ya lo anunciaba, esta última obra constituyó toda ella un alegato destinado a hacer ver los múltiples vicios y defectos de la compilación de 1805 a la luz de los cánones de la moderna ciencia de la legislación. Pero Martínez no se limitó a censurar, pues avanzó hasta insistir en el verdadero remedio al estado de cosas legales y propuso la formación de un “código legislativo” caracterizado como “obra original y fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil y sobre los principios de la moral pública, acomodados a la índole, genio, costumbres y

---

<sup>263</sup> El texto de la *Representación* en RODRÍGUEZ VILLA, Antonio, *Don Cenón de Somedevilla, Marqués de La Ensenada* (Madrid, 1878), p.133.

<sup>264</sup> Detalles en PESET REIG, Mariano, *Una propuesta* cit. (n. 262), p. 254.

<sup>265</sup> *Ibíd.*, p. 255 ss.

<sup>266</sup> Ed. Madrid, 1762, p. 88.

<sup>267</sup> Ed. Madrid, 1829, Vol. I, p. IV. Sobre esta obra: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los ‘Discursos críticos’ de Juan Francisco de Castro*, en *REHJ*. 5 (Valparaíso, 1980), pp. 373 ss.

<sup>268</sup> No fue editado y se conserva manuscrito: vid. CLAVERO, Bartolomé, *La idea de código* cit. (n. 254), p. 67, n. 45.

<sup>269</sup> *Ibíd.*, p. 70.

*circunstancias de la nación*”<sup>270</sup>; también como un código: “*acomodado al carácter y genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integridad del cuerpo del derecho: distribuir las materias generales y particulares, los géneros, las especies y aun los individuos bajo el orden y método que conviene; tirar una justa línea de demarcación entre las diferentes clases de leyes, de las cuales muchas se allegan y tocan en una infinidad de puntos... extenderlas con pureza, esto es, sin mezcla de materias extrañas, en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve, conciso y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía que son susceptibles*”<sup>271</sup>; todo lo cual exigía “*una feliz reunión de los más exquisitos conocimientos, tanto en la jurisprudencia y ciencia de los derechos, como en la filosofía, lógica, gramática y letras humanas*”<sup>272</sup>. En el artículo XII de su obra, Martínez diseñaba un completo plan de codificación<sup>273</sup>.

3. La renovación oficial de los ideales codificadores fue impulsada por la constitución de Bayona, promulgada por el Rey José Bonaparte en 1808, cuyo artículo 96 dispuso: “*Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales*”<sup>274</sup>; y sobre por todo por la constitución de las Cortes de Cádiz de 1812, que en su artículo 258 prescribió: “*El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”. La ejecución de este designio gaditano<sup>275</sup> empezó en 1814 con el nombramiento de una comisión codificadora, que apenas alcanzó a constituirse; y más realmente con un proyecto incompleto de código civil presentado a las Cortes en 1820 y editado al año siguiente. También en otros órdenes hubo algunos resultados concretos: en 1822 se redactó un *Proyecto de Código Sanitario* y en 1823, uno de *Procedimiento Criminal*, que no prosperaron sin embargo; un *Código Penal* había sido emitido en 1822. Posteriormente, en 1829, Fernando VII promulgó el *Código de Comercio*, de gran influencia en América.

Los intentos de codificar el derecho civil fueron proseguidos por vía privada y pública. En 1832, en Tolosa, el navarro Pablo de Gorosabel publicó una *Redacción del Código Civil de España esparcido en los diferentes cuerpos de derecho y leyes sueltas de esta nación, escrita bajo el método de los códigos modernos*. Este título es suficientemente indicativo: el autor recogió el derecho tradicional castellano, pero lo expuso de acuerdo con el sistema y la técnica de las modernas codificaciones, de las que

---

<sup>270</sup> MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820), p. 33.

<sup>271</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>272</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>273</sup> Sobre Martínez Marina: vid. supra n. 197.

<sup>274</sup> El art. 113 hacía referencia a la unidad de código de comercio.

<sup>275</sup> Sobre esto: PESET REIG, Mariano, *La primera codificación liberal en España (1808-1823)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 45 (Madrid, 1972) 488, p.123 ss.; EL MISMO, *Análisis y concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821*, en *Anuario de Derecho Civil* 28 (Madrid, 1975) 1, pp. 29 ss.

hizo predominar al código francés. Por otra parte, un real decreto de 9 de mayo de 1833 encomendó redactar un proyecto de código civil a Manuel María Cambronero, quien alcanzó a adelantar algunos trabajos interrumpidos por su muerte, después de la cual la obra fue encomendada a una comisión integrada por Eugenio Tapia, José Ayuso y Tomás Vizmanos, por real decreto de 29 de enero de 1834. Esta comisión formuló un proyecto de 2.458 artículos en 1836, que el gobierno envió a las Cortes y después retiró. En 1839 se creó una nueva comisión presidida por Nicolás María Garelly, a la que siguió otra en 1841; ambas sin resultados apreciables. En 1843 el proceso fue institucionalizado con el establecimiento de la Comisión General de Codificación, que rindió un importante fruto en 1851, con el proyecto de tal año; pero de él nos ocuparemos en otro lugar<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Vid. infra § 37.



TERCERA PARTE  
EL DERECHO INDIANO

## § 12. *El derecho de las Indias españolas o derecho indiano*

### I. La unidad política y jurídica de las Indias españolas

Hasta cuando se consumó el proceso de independencia de las secciones americanas de la Corona castellana, que dio por resultado la formación de otras tantas repúblicas soberanas, el territorio de Norteamérica comprendido en las actuales California, Texas y otras regiones de los Estados Unidos y el completo México, toda Centroamérica y la totalidad de Sudamérica, con excepción del Brasil y otras regiones menores, constituía una unidad política, precisamente por hacer parte de dicha Corona. Su división en Virreinos y gobernaciones<sup>277</sup>, por cierto, no afectaba esta unidad, por no tener carácter político dicha división, sino solo administrativo, judicial y militar.

Como ha ocurrido en escaso número de veces en la historia occidental, a la unidad política de un tan desmesuradamente vasto espacio geográfico y humano correspondió también una muy pronunciada unidad jurídica<sup>278</sup>. El fenómeno, que solo es digno de ser recalcado, hay que insistir, cuando se tiene presente la señalada inmensidad territorial y humana, solo se había dado durante la Antigüedad en el Imperio Romano, cuando a partir del 212 d. C. todos sus habitantes, con una excepción sin importancia, adquirieron la ciudadanía romana<sup>279</sup> y empezaron a regirse, en consecuencia, por el mismo derecho, esto es, precisamente por el romano; y, aun así, eso en muchos casos solo en teoría, porque la extensión de la ciudadanía no siempre pudo ser capaz de romper el hábito de muchos de los nuevos ciudadanos con respecto a sus anteriores derechos nacionales, que continuaron practicando de hecho bajo formas consuetudinarias, aunque hayan sido larvadas a veces. La unidad jurídica indiana, por otro lado, no se compara con la alcanzada por la Europa medieval y moderna con el *ius commune*, ya que éste regía como supletorio de los *iura propria*, no diremos de cada reino, mas incluso de comarcas y regiones; por manera que la unidad se dio en el estrato superior del sistema jurídico, pero no en los estratos inferiores.

Esta unidad jurídica de las Indias españolas no fue consecuencia de su unidad política. Tampoco en Europa las diferentes unificaciones políticas que tuvieron lugar a fines de la Edad Media y a principios de la Epoca Moderna, de las que fueron ejemplos notables Francia y España, condujeron a la unificación jurídica. La sucesiva e irreversible sujeción de amplios territorios a un único monarca en esos países, no determinó la abrogación de los derechos propios que desde antes regían en cada uno de ellos y ni siquiera su sometimiento a una única y misma legislación posterior, emanada del monarca, como visiblemente ocurrió en España, ya

---

<sup>277</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La evolución de la organización territorial de las Indias desde 1492 a 1824*, ahora en EL MISMO, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano* (Madrid, 1987), pp. 811 ss.

<sup>278</sup> Como veremos pronto, el derecho de las indias estaba integrado por varias masas o, si se quiere, sistemas, y ello ha permitido hablar de pluralismo jurídico indiano (en oposición a unidad): vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El pluralismo jurídico en la América española*, ahora en EL MISMO, *Los orígenes* cit. (n. 277), pp. 299 ss.; pero aquí hablamos de unidad en otro sentido.

<sup>279</sup> Nos referimos a la *constitutio Antoniniana* del emperador Antonino Caracalla, del 212 d. C. Ella excluía de la ciudadanía a los *peregrini dediticii*.

que ahí cada reino continuó recibiendo una legislación particular suya y distinta de la de los demás; así, por ejemplo, Aragón con respecto a Castilla.

La unidad jurídica indiana, no habiendo sido consecuencia de la política, fue en realidad paralela a ella; vale decir, ambas resultaron ser efecto de otro hecho fundamental: la incorporación de las Indias, ya a poco de su descubrimiento, a la Corona de Castilla<sup>280</sup>; complementado por un hecho negativo: que cuando los gobernantes españoles empezaron a tomar conocimiento paulatino de la inmensidad de los nuevos territorios descubiertos, no pensaron en desmembrarlos para formar varias unidades políticas, a modo de reinos, por ejemplo, desvinculadas entre sí, sin perjuicio de su vinculación radial al monarca, según el modelo que regía para la península<sup>281</sup>. Aquello posiblemente hubiera determinado, al menos hacia el futuro, que cada unidad así conformada estuviera dotada con un derecho particular, distinto del de las demás; y, de esa manera, en las Indias todas habría dejado de darse el fenómeno unitario en lo jurídico. Pero no fue así. Como se sabe, solo en las postrimerías de la época hispánica el pensamiento de dividir las Indias en unidades políticamente estructuradas bajo el gobierno de diversos reyes, radialmente dependientes, sin embargo, del de España como emperador, cruzó por la mente de algunos ministros, si bien un plan así no llegó a ser puesto en marcha.

Lo decisivo fue, pues, la mencionada incorporación *in toto* y no revocada de las Indias a la Corona de Castilla, antes de incluso conocerse la magnitud territorial de lo que se incorporaba. Por esa vía las Indias empezaron a ser un territorio de Castilla, aunque cabe insistir en que la incorporación fue a la Corona y no al Reino, hecho este que después tuvo su importancia para la ideología de la Independencia.

## II. El derecho castellano y el *ius commune* como derechos de las Indias<sup>282</sup>

1. Que por la vía señalada las Indias empezaran a ser un territorio de Castilla tuvo como consecuencia la extensión sin más del derecho de ese reino a dichos nuevos territorios; y esa extensión se renovaba cada vez que era descubierta y conquistada una nueva región.

Ahora bien, el derecho de Castilla, en realidad, era un complejo. En el momento del Descubrimiento, su estructura estaba fijada por el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348); después, en 1505, aquella fue revisada por la ley I de Toro (recogida, junto a las

---

<sup>280</sup> Sobre esto: PÉREZ EMBID, F., *El problema de la incorporación de las indias a la corona de Castilla*, en *Revista de Indias* 33-34 (Madrid, 1948), pp. 795 ss.; MANZANO, Juan, *La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos*, en *AHDE*. 21-22 (1951-1952), pp. 5 ss.; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias*, ahora en EL MISMO, *Estudios de historia del derecho indiano* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972), pp. 473 ss. Una síntesis: SÁNCHEZ BELLA, Ismael y otros, *Historia del derecho indiano* (Madrid, Mapfre, 1992), pp. 153 ss.

<sup>281</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La constitución política de las Indias españolas*, ahora en EL MISMO, *Estudios cit.* (n. 280), pp. 489 ss.

<sup>282</sup> En general: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común*, en *VV. AA., Hispania entre derechos propios y derechos nacionales* (Milano, Giuffrè, 1990), Vol. II, pp. 573 ss.

82 restantes, en la *Nueva Recopilación* de 1567), que rigió durante toda la época hispánica. En 1530, Carlos V dispuso positiva y expresamente la aplicación del derecho de Castilla en las Indias conforme el orden establecido por la citada ley de Toro<sup>283</sup>. En ella venía establecido un orden de prelación de fuentes, que conviene recordar de inmediato.

La ley mandaba primeramente aplicar los ordenamientos (es decir, las leyes reales promulgadas en Cortes) y las pragmáticas (o sea, las leyes del Rey promulgadas por sí mismo) actuales y futuras. Desde 1487 esta legislación había quedado fijada en una compilación debida a Alonso Díaz de Montalvo, que se la conoció con diversos nombres (*Libro de leyes*, *Compilación de Leyes*, *Ordenanzas reales*, *Ordenanzas reales de Castilla*, *Compilación de leyes y ordenanzas reales* y *Ordenamiento de Montalvo*), y aunque fue oficialmente encargada a su autor por los Reyes Católicos, no obtuvo sanción legal, pese a lo cual alcanzó un difundido uso práctico<sup>284</sup>. En 1567 fue emitida una *Recopilación de las leyes destos Reynos* o *Nueva Recopilación*<sup>285</sup>, más completa que el *Ordenamiento de Montalvo*, al cual además absorbió, y desde entonces la referencia de la ley torinense debió entenderse hecha a la legislación real posterior a esta recopilación y en ausencia, a ella misma. Hacia fines de la época hispánica, en 1805, una nueva fijación de leyes, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*<sup>286</sup>, sustituyó (y absorbió nuevamente) a la *Nueva Recopilación* y a las normas posteriores, y a este cuerpo quedó entonces referido el primer orden<sup>287</sup>.

En segundo término, la ley I de Toro ordenaba aplicar “*las leyes de los fueros, así del fuero de las leyes como las de los fueros municipales*”. Bajo “*fuero de las leyes*” se entendía el *Fuero Real* del siglo XIII, y las *Leyes del Estilo*, de la misma época, que eran una colección de sentencias basadas en el *Fuero Real*; pero su aplicación fue con discusiones hasta 1768, en que se zanjó positivamente el asunto. Los fueros municipales incluían al *Fuero Juzgo* en cuanto tenía vigencia municipal en varias localidades castellanas. La ley exigía que ellos estuvieran en uso y no fueran contrarios a la legislación real.

En último lugar, la ley I de Toro prescribía recurrir a las leyes de las *Siete Partidas* (siglo XIII), aunque no fueran usadas ni guardadas. Para el caso de enfrentamiento con

---

<sup>283</sup> La real cédula de Carlos V fue recogida en Rec. Ind. II, 1, 2, y ahí reza: “*Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes [de esta Recopilación], o por cédulas, provisiones y ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar*”. La expresión “de esta Recopilación”, por cierto, fue interpolada en el original al insertarse ésta en la Recopilación de 1680.

<sup>284</sup> Sobre el *Ord. de Montalvo*: por todos, PÉREZ MARTIN, Antonio, *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, en PÉREZ MARTIN, Antonio y SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valencia, Univ. de Valencia, 1978), pp. 15-20.

<sup>285</sup> Sobre ella: por todos, PÉREZ MARTIN, A., *Legisl. cit* (n. 284), pp. 24-31.

<sup>286</sup> Sobre ella: por todos, PÉREZ MARTIN, A., *Legisl. cit* (n. 284), pp. 32-34.

<sup>287</sup> Se ha discutido si la Novísima Recopilación alcanzó a ser puesta en vigencia en América: vid. ahora ROCA, Carlos Alberto, *Fuentes de derecho indiano: la Novísima Recopilación en el Río de la Plata*, en *RChHD*. 14 (Santiago, 1991, pp. 241 ss.

dudas de interpretación acerca de alguna norma aplicable según la prelación, la misma ley ordenaba recurrir al Rey en demanda de su aclaración, figura esta que solemos llamar “referimiento al legislador”.

2. De acuerdo con la doctrina del derecho común de origen medieval, el derecho de Castilla era un *ius proprium*, de aplicación principal, según el orden establecido por la ley I de Toro, que encontraba sus *iura communia* en el derecho romano, o sea el *Corpus iuris civilis*, y el derecho canónico representado por el *Corpus iuris canonici*, ambos de aplicación subsidiaria en un orden que discutían los autores. Muchos juristas españoles, empero, rechazaban esta doctrina, negando positiva vigencia incluso subsidiaria a los mencionados derechos comunes y a lo más aceptando su uso a título de *ratio* o, como también se decía al menos para el derecho romano, como “doctrina de sabios”. El gobierno español aceptó oficialmente esta postura negativa en 1713<sup>288</sup> y 1741<sup>289</sup>. En la práctica, empero, el asunto, controvertido o no, discurría según los criterios de la doctrina medieval, y el derecho romano recibía amplia aplicación, fuera para interpretar según él mismo las leyes reales, fuera subsidiariamente a falta de aquéllas; la situación no varió después de las citadas decisiones gubernamentales, no sin escándalo de los críticos dieciochescos. Menor aplicación así recibió el derecho canónico, que, desde otro punto, de vista era un derecho especial, de inmediata aplicación, de los clérigos y de los laicos *in spiritualibus*.

3. Así, pues, que en las Indias rigiera el derecho castellano implicó la vigencia ahí de la compleja estructura de fuentes que se acaba de examinar; con excepción de los fueros municipales, porque ahí ni penetraron los fueros castellanos ni se formaron fueron autóctonos. De esta guisa, uno mismo era el derecho que regía no solo en el interior de las Indias todas, más también en éstas con respecto a Castilla (con la dicha excepción de los fueros). Quedó excluida, por lo mismo, la aplicación en las Indias de los derechos propios de los demás reinos peninsulares, como el aragonés o el catalán, etc.

### III. El derecho propio de las Indias<sup>290</sup>

1. Esta primordial unidad jurídica con Castilla sufrió, en época relativamente temprana, dos limitaciones.

a) Por un lado, en 1614 se estableció que la nueva legislación aprobada para Castilla, que, por todo lo dicho, debía regir automáticamente en las Indias, no rigiera ahí empero sin que

---

<sup>288</sup> Auto de 4 de diciembre de 1713, en *Recop. de autos acord.* II, 1, auto 1.

<sup>289</sup> Auto de 20 de mayo de 1741, en *Recop. de autos acord.* II, 1, auto 2.

<sup>290</sup> OTS, José M<sup>a</sup>, *Las fuentes del derecho indiano*, en *Humanidades 25: Homenaje a Ricardo Levene* (La Plata 1936), pp. 23 ss.; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Génesis y desarrollo del derecho indiano*, ahora en EL MISMO, *Estudios* cit. (n. 280), pp. 11 ss.; EL MISMO, *La ley como fuente del derecho en Indias*, ahora *ibíd.*, pp. 169 ss.; EL MISMO, *Las etapas del desarrollo del derecho indiano*, ahora en EL MISMO, *Orígenes* cit. (n. 277), pp. 1 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La noción de ley en América hispánica durante los siglos XVI a XVIII*, ahora en EL MISMO, *La ley en América hispánica. Del Descubrimiento a la Emancipación* (Buenos Aires, 1992), pp. 25 ss.; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Las fuentes del derecho argentino, (siglos XVI a XX)*, en *Revista de Historia del Derecho* 1 (Buenos Aires, 1973), pp. 311 ss.; EL MISMO, *El sistema de fuentes en el derecho indiano*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6 (Quito, 1980), pp. 3 ss.; SÁNCHEZ BELLA, Ismael y otros, *Historia del derecho indiano* cit. (n. 280), pp. 91 ss.; DOUGNAC, Antonio, *Manual de Historia del derecho indiano* (México, UNAM., 1994), pp. 227 ss.

previamente fuera objeto de un pase especial<sup>291</sup>. Fue un acto de realismo, inspirado por la observación de que las circunstancias indianas eran del todo diferentes a las peninsulares, por modo de resultar imprudente aplicar una legislación formulada en vista de estas últimas a un mundo tan distinto, sin previamente verificar su viabilidad en él. A partir de entonces, pudo darse la posibilidad de que una nueva legislación para Castilla no necesariamente fuera para las Indias, introduciéndose, así, un factor de diversidad entre ambas secciones de la Corona.

b) Por otro lado, en 1530, 1542 y 1555 se ratificó la validez y vigencia de los derechos consuetudinarios indígenas en cuanto no se opusieran a la Fe ni a la legislación real<sup>292</sup>. Con ello, los derechos indígenas adquirieron rango de derechos especiales. Fue otro acto de realismo, porque resultaba impensable que los nativos estuvieran capacitados para recibir y usar un derecho elaborado de acuerdo con los refinados cánones científicos y técnicos del derecho europeo. Desde entonces (de hecho desde antes), en las Indias rigieron oficialmente muchos derechos consuetudinarios, los de las diversas etnias indígenas y para ellas, enfrente del derecho castellano; es decir, se reconoció un factor de pluralismo jurídico, esta vez en el interior de las Indias mismas. Por ello, cuando en lo sucesivo hablemos de unidad jurídica, esta noción debe quedar referida a la sociedad no indígena, a la *república de los españoles*, como entonces se decía, en oposición de la *república de los indios*.

2. Como tenía que resultar natural, a poco del Descubrimiento el gobierno español se vio inducido a emitir normas especiales para sus nuevos territorios americanos, que sus peculiaridades y singularidades exigían<sup>293</sup>; ello se acentuó como contrapartida de la decisión de restar vigencia automática a las nuevas leyes de Castilla en Indias. El resultado fue el nacimiento de una legislación especial, desde el punto de vista castellano, para esos territorios. Ella hace parte principal de lo que se denomina tradicionalmente como “derecho indiano”, expresión esta a la que nosotros agregamos como aclaración el giro “en sentido restringido”, por la razón que veremos después. Con su surgimiento y desarrollo, el derecho de Castilla quedó relegado a la posición de derecho supletorio, que resultaba aplicable, por ende, en defecto de ley indiana principal. En la terminología técnica de la época, la legislación indiana tuvo así el carácter de derecho municipal<sup>294</sup> o propio<sup>295</sup> mientras que el derecho de Castilla fue

---

<sup>291</sup> *Rec. Ind.* II, 1, 39 y 40.

<sup>292</sup> La real cédula de 1555 pasó a *Rec. Ind.* II, 1, 4. Sobre los derechos indígenas: MANZANO, Juan, *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho ‘Ricardo Levene’* 18 (Buenos Aires, 1967), pp. 65 ss.; GONZÁLEZ SAN SEGUNDO, M. A., *El elemento indígena en la formación del derecho indiano*, en *Revista del Historia del Derecho* 11 (Buenos Aires, 1983), pp. ss.; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Los derechos indígenas*, en *Revista de Historia del Derecho* 14 (Buenos Aires, 1986), pp. ss.; LEVAGGI, Abelardo, *Notas sobre la vigencia de los derechos indígenas y la doctrina indiana*, en *Revista Complutense de Historia de América* 17 (Madrid, 1991), pp. 79 ss.

<sup>293</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La variedad indiana*, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano, que cito por la separata de REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *II Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia* (s. l., s. d.), pp. 475 ss.

<sup>294</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La ley como fuente* cit. (n. 290), p. 173 n. 8

<sup>295</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Historia de las nociones de derecho común y derecho propio* cit. (n. 16), p. 232.

considerado como derecho común<sup>296</sup> (el cual, debemos recordarlo, era a su vez derecho propio en relación con el romano y el canónico, que eran derechos comunes).

3. Esta legislación especial para las Indias naturalmente tuvo por fuente última al Rey; pero bajo dos vertientes.

Por un lado estaba la legislación (especificada en una multitud de actos normativos de diversa denominación<sup>297</sup>) emanada directamente del Monarca y que era preparada en alguna oficina central, normalmente el Consejo de Indias. Por otro, estaba aquella emanada por las autoridades sedentes en Indias (virreyes, gobernadores, audiencias, cabildos<sup>298</sup>) y que después era ratificada por el Monarca. Podemos, pues, hablar de legislación indiana real y de legislación indiana criolla.

La legislación indiana real resultó fijada en 1680 en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Con posterioridad, los monarcas, por cierto, continuaron legislando y esta nueva legislación recibía aplicación preferente a la recopilación recién mencionada, en caso de conflicto. Por otro lado, ella jamás volvió a ser objeto de una nueva fijación, aunque hubo intentos de hacerlo, y quedó así extravagante, no bien que solió ser reunida en fijaciones privadas (cedularios), que recibieron gran aceptación y uso práctico.

3. Como habrá podido observarse, en Indias, la fuente más importante del derecho fue la ley; pero en seguimiento de las doctrinas del *ius commune* y del derecho castellano representado especialmente por las *Partidas*, también se aceptó la vigencia de la costumbre (nos referimos a la de los españoles europeos y americanos en Indias), de modo que ella también ocupó su lugar en el sistema de fuentes del derecho indiano<sup>299</sup>

#### **IV. El cuadro general de fuentes del derecho de las Indias**

1. De todo lo anterior resulta que el derecho indiano que llamamos “en sentido amplio”, y definimos simplemente y sin más como aquel que rigió en Indias, tenía tres estratos bien diferenciados: el derecho indiano “en sentido restringido”, como propio y

---

<sup>296</sup> *Ibíd.*

<sup>297</sup> Para ello: DOUGNAC, *Manual* cit. (n. 290), pp. 230 ss.

<sup>298</sup> *Ibíd.*, p. 255 ss.

<sup>299</sup> Sobre la costumbre (no indígena) en Indias: LEVENE, Ricardo, *El derecho consuetudinario indiano y la doctrina de los juristas*, en *The Hispanic American Historical Review* 3 (1920), pp. 144 ss.; ALTAMIRA, R., *La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM*. 10 (1940), p. 31 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Madrid, 1973), pp. 115 ss.; EL MISMO, *La costumbre en el derecho indiano en el siglo XVIII. La doctrina jurídica y la praxis rioplatense a través de los cabildos*, en *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (México, UNAM., 1976), pp. 671 ss.; DE AVILA MARTEL, Alamiro y BRAVO LIRA, Bernardino, *Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano*, en *RChHD* 10 (Santiago, 1984), pp. 41 ss.; SALINAS, Carlos, *Un aporte sobre la costumbre indiana como fuente del derecho en Chile*, en *REHJ*. 11 (Valparaíso, 1986), pp. 165 ss.; SILVA OPAZO, Juan Carlos, *La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile: las Actas del Cabildo de la ciudad de Santiago*, en *REHJ*. 18 (1996), pp. 361 ss.

principal; el derecho castellano, como común y subsidiario del anterior; y los derechos romano y canónico (*ius commune*), como supletorios del castellano<sup>300</sup>. Dentro del primero, la *Recopilación de Indias* llegó a convertirse en el derecho general, que regía a falta de otro especial o contrario posterior<sup>301</sup>. En defecto de derecho indiano en sentido restringido, se debía aplicar el castellano según el orden establecido por la ley I de Toro; y, a falta de derecho castellano aplicable, procedía recurrir al romano y el canónico, en ese orden según la opinión prevaleciente.

Esta estructura de fuentes fue una y la misma para todas las Indias. En ello radicó el fenómeno de su unidad jurídica con cuya exposición iniciamos este trabajo. Con todo, necesario es advertir que el edificio unitario no dejó de presentar manifestaciones de pluralismo, en cuanto los monarcas solieron emitir legislación particular para determinada sección de las Indias o en razón de la materia o de las personas; y en cuanto la legislación que emanaban las autoridades criollas, cuyos distritos eran necesariamente acotados, por fuerza solo regía en ellos. Además, estuvo el ya mencionado caso de los derechos indígenas, por su naturaleza variables y particularizados en las respectivas comunidades.

2. De todos modos, el cuadro que se deriva de semejante estructura ofrece modificaciones cuando se toma como punto de referencia al derecho privado, que es el que más debe interesar en la presente exposición.

Tanto la legislación real para Castilla como aquella para Indias, lo mismo que la criolla, tuvieron un acusado carácter publicístico, administrativo y penal. Como ha sido puesto recientemente de manifiesto<sup>302</sup>, esa legislación corresponde a lo que en Europa se conocía con el nombre de “derecho de policía” (*ius polittiae*)<sup>303</sup>; y rara vez atañeron a las relaciones patrimoniales privadas en sí mismas consideradas.

a) En tales circunstancias, para regular esas relaciones se llegaba rápidamente a las fuentes que en la íntegra estructura ocupaban los últimos lugares de prelación, a saber: las *Leyes de Toro* en cuanto contenidas en la *Nueva Recopilación* (y después en la *Novísima*), en las que predomina el derecho de familia y el sucesorio, el *Fuero Real* y las *Leyes del Estilo*, las *Siete Partidas* y el derecho romano. En este conjunto, a su vez, las *Siete Partidas* ocuparon un lugar principal, seguidas por el *Fuero Real*.

---

<sup>300</sup> Sobre el debate en torno al concepto de “derecho indiano”: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano* (Buenos Aires, 1997), cap. II, pp. 27 ss. Vid. también, EL MISMO, *¿Qué fue el derecho indiano?* (Instituto de Historia del Notariado, La Plata, 1979).

<sup>301</sup> Vid. la cédula recogida en *Rec. Ind.* II, 1, 2, transcrita supra n. 283.

<sup>302</sup> En una ponencia del estudioso finlandés Heikki Pihlajamäki, que con el título de ‘*Ius polittiae*’ y *derecho indiano*, fue presentada al XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Toledo, España, entre el 19 y el 23 de octubre de 1988, cuyas actas se encuentran en prensa.

<sup>303</sup> Esto ya había sido visto por los propios juristas indianistas: en 1628, Rodrigo de Aguiar y Acuña en el prólogo a sus *Sumarios de la Recopilación General de las Leyes para las Indias* (Madrid, 1628), observaba, en efecto, que en las Indias “*casi todo es político y de gobierno*”.



Estos cuerpos legales, pero destacadamente el primero, fueron un caso único en la historia medieval y moderna del derecho europeo. El código de las *Siete Partidas*<sup>304</sup> es un libro que contiene todo lo que se consideraba derecho público y privado en la época. Por lo que respecta a este último, en efecto, se encuentran ahí cumplidamente trazados el derecho de las personas y de la familia, el del dominio y de los derechos reales, el derecho sucesorio y, en fin, el de las obligaciones y contratos, en un modo que no difiere, si bien solo en cuanto al contenido y a la ideología por cierto, que no al estilo y a la técnica, de cualquier código civil moderno. Otro tanto, pero en menor escala, puede decirse del *Fuero Real*. Ahora bien, por la época en que fueron compuestas, el siglo XIII, el derecho de esos sectores recogido en las *Siete Partidas* es el derecho romano en la versión que le habían dado los glosadores<sup>305</sup>. En 1555, el jurista castellano Gregorio López hubo de modernizar el texto, por así decirlo, para adaptarlo a la versión de los comentaristas, cuyas culminaciones habían sido Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, mediante una glosa publicada ese año, que alcanzó completa autoridad y carácter ordinario. De esta manera, con toda propiedad puede verse en ese cuerpo legal a un completo código de derecho privado romano (amén de otros sectores del derecho). Eso explica que ningún otro cuerpo legal castellano o indiano haya podido competir en preferencia con las *Siete Partidas*, cuando de decidir en materias de derecho privado se tratara (como en otras). De esta manera, dicho código se transformó de hecho en el derecho común y general en tal materia de todas las Indias<sup>306</sup> lo mismo que de Castilla.

b) Pese a que la vigencia positiva del *ius commune* en su vertiente temporal, o sea del derecho romano, era discutida, la práctica tanto europea como indiana le reconocían un amplio espacio como derecho subsidiario, que en el caso de Castilla e Indias se veía reforzado por la presencia de códigos romanistas como las *Partidas* y el *Fuero Real*, para cuya interpretación aquél resultaba indispensable, amén de que, como se dijo, la interpretación de hecho “oficial” a las *Partidas*, formulada por Gregorio López, era ya romanística. La enseñanza universitaria contraída exclusivamente al *ius commune* fue otro factor reforzador de gran importancia. Y fue así entonces que el derecho romano (y

---

<sup>304</sup> No existe una obra de conjunto sobre las *Partidas*, como tampoco una edición crítica, pese a su enorme importancia y trascendencia; pero vid.: BALLESTEROS, Pío, *Algunas fuentes de las Partidas*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 4 (Madrid, 1918), pp. 542 ss.; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio: del Espéculo a las Partidas*, en *AHDE*. 21-22 (1951-1952), pp. 345 ss.; EL MISMO, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso el Sabio*, en *AHDE*. 46 (1976), pp. 609 ss.; EL MISMO, *Obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis*, en *AHDE*. 54 (1984), pp. 97 ss.; EL MISMO, *Los enigmas de las Partidas* (Madrid, Instituto de España, 1963); IGLESIAS, Aquilino, *Alfonso X el Sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones*, en *AHDE*. 50 (1980), pp. 531 ss.; EL MISMO, *La labor legislativa de Alfonso el Sabio*, en *VV. AA., España y Europa. Un pasado jurídico común* (Murcia, 1986), pp. 275 ss.; PÉREZ PRENDES, Las leyes de Alfonso el Sabio, en *Revista de Occidente* 43 (1984), pp. 67 ss.; EL MISMO, *La obra jurídica de Alfonso el Sabio*, en *Alfonso X* (Madrid, 1984), pp. 49 ss.; ARIAS BONET, Juan, *Sobre presuntas fuentes de las Partidas*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. extr. (1985), pp. 11 ss.; ZURITA, R., *Títulos de las Siete Partidas y del Corpus iuris civilis*, *ibíd.* (1985), pp. 129 ss.

<sup>305</sup> Vid. CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, *Acursio y las fuentes romanas de las Partidas*, en *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani* (Milano, Giuffrè, 1968), Vol. III, pp. 1.067 ss.

<sup>306</sup> LEOPOLDO, Jesús, *Las Partidas, código de derecho común y su vigencia americana* (Caracas, 1963); BRAVO LIRA, Bernardino, *Vigencia de las Partidas en Chile*, en *REHJ*. 10 (1985), pp. 43 ss. = EL MISMO, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1989), pp. 89 ss.

el canónico), de ocupar un lugar, aunque discutido, muy alejado en el orden de prelación de fuentes (como subsidiario del subsidiario, o sea del castellano), obtenía en la praxis una rápida aplicación junto a los códigos castellanos de derecho privado, por la misma razón que la obtenían estos, a saber: por la indigencia privatística de que adolecía la legislación indiana<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> Sobre el uso y aplicación del derecho romano: DÍAZ BIALET, Agustín, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 14 (Córdoba, 1950), pp. 305 ss.; EL MISMO, *La fortuna y el valor práctico de la Glosa de Acursio en el derecho común americano*, en *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani* (Milano, Giuffrè, 1968), Vol. III, pp. 1008 ss.; LEVAGGI, Abelardo, *Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 5 (Quito, 1980), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Romanismo e indigenismo en la 'Política indiana' de Solórzano Pereira*, en *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* (Xalapa, Univ. Veracruzana, 1996), Vol. I, pp. 29 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre*, en *Justicia, sociedad y economía en la América española. VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Valladolid, 1983), pp. 71 ss.; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El derecho común ante la Real Audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII*, en *RChHD*. 15 (Santiago, 1989), pp. 103 ss.; EL MISMO, *Derecho común y derecho indiano en el Reino de Chile*, en *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (México, 1995), Vol. I, pp. 133 ss.; EL MISMO, *El humanismo jurídico en las librerías del reino de Chile (s. XVII-XVIII)*, en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile* 3 (Valdivia, 1992) 1-2, pp. 25 ss.; EL MISMO, *El 'mos italicus' en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15?-1625)*, en *Ivs Fvgit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Zaragoza, 1993), pp. 43 ss.; EL MISMO, *'Mos italicus' y praxis judicial indiana*, ibíd. 5-6 (Zaragoza, 1996-1997), pp. 359 ss.; HANISCH, Hugo, *Un informe de Solórzano Pereira sobre derecho común para las Indias*, en *RChHD*. 15 (Santiago, 1989), pp. 91 ss.; PEÑA, Roberto, *La república de los indios y el derecho común*, ibíd., pp. 127 ss.; CATAN, Angela, *La invocación del seneado consulto Veleyano en América*, ibíd. 16 (Santiago, 1990-1991), pp. 59 ss.; DOUGNAC, Antonio, *El humanismo jurídico a través de dos elecciones en la Universidad de San Marcos de Lima*, en *REHJ*. 15 (1992-1993), pp. 179 ss.; SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *El derecho romano en un pleito mendocino sobre propiedad (1804-1810)*, *RChHD*. 14 (1991), pp. 213 ss.; CUESTAS, Carlos Humberto, *El romanismo en los primeros juristas panameños de los siglos XVII y XVIII*, en *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* (Xalapa, Univ. Veracruzana, 1996), Vol. I, pp. 50 ss.; CUENA BOY, Francisco, *Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el Protector de Indios*, en *REHJ*. 20 (1998), pp. 107 ss.

## V. La enseñanza del derecho<sup>308</sup>

La universidad fue tempranamente introducida en Indias: a la primera, establecida en Santo Domingo, en 1538, le siguieron las de Lima y México en 1551; la última en ser creada fue la de Nicaragua en 1812; y en total hubo 31 universidades indianas. Por lo general, todas ellas adoptaron el modelo de la Universidad de Salamanca, lo que implicó seguir el modelo general de la universidad medieval. Tampoco, por ende, faltó una Facultad de Cánones y Leyes en la universidad indiana, encargada de la formación de doctores. De acuerdo con el modelo general, en esta facultad la enseñanza quedó contraída exclusivamente al derecho canónico y al romano, de acuerdo con el método que llegó a ser llamado del *mos Italicus*. El derecho castellano y el indiano debía aprenderlo el ya graduado con su práctica; pero en el siglo XVIII aparecieron Academias de Leyes y Práctica Forense en que esos derechos eran impartidos en forma sistemática. La reforma que tuvo lugar en España en 1780, consistente en crear cátedras universitarias de derecho real<sup>309</sup> no llegó a ser implantada en Indias. Lo propio ocurrió con aquella otra reforma de 1770, de crear cursos de derecho natural y de gentes, aunque ella propiamente no tuvo lugar en la universidad<sup>310</sup>.

---

308 Falta una exposición de conjunto; pero vid. para la Argentina: SEOANE, M. I., *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta las primeras décadas del siglo XX* (Buenos Aires, 1981); PEÑA, Roberto, *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba. 1614-1807* (Córdoba, 1986); EL MISMO, *La Facultad de Jurisprudencia de Córdoba (1791-1804)*, en *Cuadernos de Historia* 8 (Córdoba, 1998), pp. 5 ss.; COCCA, Aldo, *La primera cátedra (1791) y la primera Facultad de Leyes (1796) de la Universidad de Córdoba en el desarrollo del derecho del siglo XVIII*, en *Revista de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'* 28 (Buenos Aires, 1991), pp. 23 ss.; Aspell, Marcela-YANZI FERREIRA, Ricardo, *Breve historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1791-1991* (Córdoba, 1993). Para Chile: GAJARDO, E., *Reseña histórica de la enseñanza superior en Chile y del estudio del derecho de gentes antes y después de nuestra independencia*, en *Revista Chilena* 11 (Santiago, 1928) 95-96, pp. 298 ss.; BAEZA MARAMBIO, M., *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (Santiago, 1944), pp. 17 ss.; GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile* (Santiago, 1954), pp. 81 ss.; AVILA MARTEL, Alamiro de, *El derecho romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *VV. AA., Studi in memoria di Filippo Vasalli* (Torino, 1960), pp. 395 ss.; EL MISMO, *La enseñanza del derecho romano desde sus orígenes hasta el siglo XIX*, en *Romanitas* 10 (Rio de Janeiro, 1971), pp. 181 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. I*, pp. 70 ss. Para México: CARREÑO, Ana María, *La Real y Pontificia Universidad de México* (México, 1961); FLORES GARCÍA, Fernando, *Apuntamientos sobre la historia de la enseñanza jurídica en México*, en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (México, UNAM., 1984), pp. 201 ss. Para el Perú: EGUIGUREN, Luis Antonio, *La Universidad de San Marcos* (Lima, 1951). Para la historia de las universidades indianas en general: RODRÍGUEZ, Agueda, *Historia de las universidades hispanoamericanas. Período hispánico* (Bogotá, 1973), 2 vols.; BETANCOURT, Fernando, *Proyección universitaria salmantina en Hispanoamérica. Siglos XVI-XIX*, en *Verbo* 319-320 (Madrid, 1993), pp. 1095 ss. Vid. también: DÍAZ TRECHUELO, Lourdes, *La vida universitaria en Indias. Siglos XVI y XVII* (Córdoba, 1982).

309 Sobre esto: PESET, M., *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, en *AHDE*. 45 (1975), pp. 273 ss.

310 JARA ANDREU, Antonio, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la universidad española (1750-1859)* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977), pp. 50 ss.; ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, *La Ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII* (3ª ed., Madrid, Pegaso, 1985), pp. 118 ss., 219 ss.

## VI. La literatura jurídica en Indias<sup>311</sup>

Para la exposición de esta materia debemos distinguir la literatura de derecho indiano en sentido estricto de aquella concerniente a los derechos castellano, romano y canónico.

1. El derecho indiano legislado se desarrolló en buena medida en virtud del impulso recibido de parte de juristas y teólogos<sup>312</sup>. Históricamente hubo sectores completos del mismo, como las *Leyes Nuevas* de 1542, que fueron el resultado y cristalización de un intenso debate doctrinal previo. Pero aquí no nos interesa tanto este importante carácter del derecho indiano, cuanto la literatura *a posteriori*, esto es, concerniente al derecho ya formado, sin perjuicio de que ella, al mismo tiempo, contribuyera a su desarrollo posterior. El derecho indiano, en efecto, como todo otro derecho altamente desarrollado, no pudo menos que contar con un cuerpo de doctrina literariamente expresado.

A este respecto destacan los nombres de Juan de Solórzano Pereira, León Pinelo, Juan Matienzo y Juan Hevia Bolaños. Particular mención merece el género de comentarios a la *Recopilación de Leyes de Indias* y el de notas a la misma<sup>313</sup>, si bien este tipo de obras se vio paralizado al haberse prohibido en 1776 toda clase de glosas a las leyes de Indias<sup>314</sup>, siguiendo, por lo demás, una tendencia muy generalizada en la Europa del siglo XVIII.

---

<sup>311</sup> Lit. general: GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI y XVII*, ahora en *Orígenes* cit. (n. 277), pp. 257 ss.; EL MISMO, *La Universidad de Salamanca en la formación del derecho indiano*, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Madrid, 1973), pp. 77 ss.; BERNAL, Beatriz, *La literatura jurídica práctica en torno a los derechos castellano e indiano. Siglos XVI al XVIII*, en *VV. AA., Estudios jurídicos en honor de Alberto Vásquez del Mercado* (México, 1982); BRAVO LIRA, Bernardino, *La literatura jurídica indiana en el Barroco*, en *REHJ.* 10 (1985), pp. 227 ss.; EL MISMO, *El derecho común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en *Ius Commune* 15 (Frankfurt a. M., 1988), pp. ss.= EL MISMO, *Derecho común* cit. (n. 306), pp. 147 ss.; además, esta misma obra, pp. 27 ss.; EL MISMO, *El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla*, en *AHDE.* 58 (1988), pp. 36-53; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano*, en *Revista de Historia del Derecho* 7 (Buenos Aires, 1989), pp. 351 ss.; DOUGNAC, Antonio, *Manual* cit. (n. 290), pp. 263 ss.; BARRIENTOS, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España* (Méjico, 1993). Omito citar la gran cantidad de estudios existentes sobre autores y obras singulares.

<sup>312</sup> sobre GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La universidad de Salamanca* cit. (n. 311).

<sup>313</sup> Lit.: en general, SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Los comentarios a las leyes de Indias*, ahora en EL MISMO, *Estudios de derecho indiano* (Pamplona, EUNSA, 1991), Vol. II, pp. 89 ss.; en especial: ALMEIDA, A., *La glosa de Salas*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 88 (Santiago, 1940) 96, p. 5 ss.; MANZANO, Juan, prólogo a AYALA, M. J., *Notas a la Recopilación de Indias*, Vol. I (Madrid, 1945), Vol. II (Madrid, 1946); BERNAL, Beatriz, *Estudio introductorio* a su edición de PALACIOS, P. A., *Notas a la Recopilación de las Leyes de Indias* (México, 1979); GARCÍA-GALLO, Concepción, *José Lebrón y Cuervo, Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e índices*, en *AHDE.* 40 (1970), p. 349 ss.; GARCÍA-GALLO, Concepción, *Las Notas a la Recopilación de las Leyes de Indias de José Perfecto de Salas y Ramón Martínez de Rozas*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 5 (Quito, 1980), pp. 551 ss.

<sup>314</sup> Sobre la base de un dictamen del Consejo de Indias, de 10 de marzo de 1773 (su texto en AYALA, M. J., *Notas*, ed. Manzano cit. n. 313, p. 78), aceptado por Carlos III con decreto de 9 de mayo de 1776 (su texto en MURO, *El Nuevo Código de Leyes de Indias*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* I2 (1929), p. 299, n. 3). Sobre esto: SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Los Comentarios* cit. (n. 313), pp. 141 ss.

2. Es imposible tratar de la literatura sobre derecho castellano sin hacer mención al mismo tiempo de aquella romanística y canonística. La literatura sobre el derecho real castellano, en efecto, no escapó a los cánones generalizados en toda Europa para su correspondiente literatura sobre derecho nacional. Como quiera que, a diverso título, es decir, como *ratio* o como *lex*, el derecho romano era considerado un derecho común al que recurrir en subsidio del nacional (restrictivamente interpretado) para colmar sus lagunas (realmente existentes o artificialmente creadas después de su interpretación restrictiva) o para interpretarlo<sup>315</sup>, las literaturas sobre derecho nacional terminaban por exponer a este último de acuerdo con los principios, categorías y figuras del derecho romano. Como decimos, la literatura de derecho real castellano no escapó a esta tendencia generalizada en Europa. Basten, como ejemplos, los de la *Glossa* a las *Siete Partidas* de Gregorio López, el comentario al libro V de la *Nueva Recopilación* de Juan Matienzo, o los comentarios a las *Leyes de Toro* de Antonio Gómez. Pero se trata nada más que de ejemplos célebres, pues puede afirmarse que, sin excepción, el derecho romano estaba omnipresente en las obras versantes sobre derecho real. Algo semejante hay que decir para las partes del derecho real concernientes a temas propios del canónico, como el matrimonio o la familia. Respecto de tales materias, la función cumplida por el derecho romano frente a los temas seculares, era cumplida por el canónico, el cual incluso en aquellos otros estrictamente civilísticos no dejaba de ser utilizado, en cuanto, como ya hemos visto, el derecho canónico fue considerado por muchos en Castilla como supletorio del real en lugar preferente respecto del romano. De este modo, pues, la literatura de derecho real en realidad era una literatura de derecho real romanística y canonísticamente interpretado.

3. Junto a ello es preciso hacer mención también de la literatura de derecho romano considerado en sí mismo, no ya como instrumento de interpretación del real. Esta literatura, a partir del siglo XVI, se dividió en cuatro grandes manantiales obedientes a estilos, métodos y concepciones diversos. Por un lado se presenta la literatura del *mos Italicus*, proveniente de la Edad Media y que había ofrecido sus monumentos clásicos en las obras de Bartolo y Baldo para nombrar a los más insignes y sin contar a la *Magna Glossa* de Acursio, que representaba el momento epigonal de un género de cultivo jurídico fenecido en el siglo XIII. El método dialéctico de esta corriente continuó alimentando un vasto sector de los juristas durante toda la Época Moderna y era el propio de aquellos que trataban sobre derecho real. Enseguida se ofrece a consideración al *mos Gallicus*, o sea, el tipo de literatura influido por los cánones del humanismo, que en España tuvo representantes eximios en Antonio Agustín y Juan del Manzano. Después se presenta también el género de obras que seguían el método de los juristas del iusnaturalismo de la segunda escolástica, que lo aplicaban al derecho romano en una síntesis original, del cual método puede nombrarse como a sus representantes más

---

<sup>315</sup> Es característica la siguiente postura de Gregorio López ad Part. VI, 5, 10, glo. *no quiere ser heredero*: la ley 10, dice el glosador, aparentemente corrige al derecho común; pero enseguida agrega: *quod non credo verum, quia ubi istae leges Partitarum hoc non exprimunt, non est de earum intentione commune corrigere; imo debet suppleri, intelligi, et limitari per jura communia* [“lo cual no creo que sea verdadero, porque cuando estas leyes de las Partidas no lo dicen expresamente, no está en su intención corregir el derecho común; más bien son ellas las que deben ser suplidas, entendidas y limitadas por los derechos comunes”).

destacados, a Fernando Vázquez de Menchaca y a Diego de Covarrubias<sup>316</sup>. Finalmente se encuentra el filón del iusnaturalismo laico o racionalista, también de base romanística, iniciado por Grocio y continuado por Pufendorf y Wolf, por citar a los más célebres, cuya deuda con el iusnaturalismo de la segunda escolástica, sin embargo, es notoria.

4. Debemos también recordar a la literatura de derecho canónico, generalmente regida aun por el método dialéctico y a la literatura de *Decisiones*, esto es, de clasificación, análisis y comentario de las sentencias de los tribunales supremos de los distintos reinos y eclesiásticos. En ella, sin embargo, no es posible discernir con claridad el uso y aplicación de un solo derecho, porque es evidente que en el momento de la aplicación judicial del derecho era en donde entraba en crisis el orden de prelación, de modo que los comentarios de sentencias en que consistía este género de literatura, venían a ser una amalgama de derecho nacional, romano y canónico, especialmente en el caso de los tribunales superiores seculares.

5. Toda esta literatura, en mayor o en menor medida, estuvo representada en Indias. Así se desprende del examen de los inventarios de las bibliotecas privadas y públicas que se nos han conservado<sup>317</sup>. Allí, junto a los textos legales fundamentales, desde los grandes cuerpos de derecho castellano como, especialmente, las *Siete Partidas* y la *Nueva Recopilación*, hasta el *Corpus iuris civilis* y el *Canonici*, se encuentran las obras de los juristas del derecho real y del romano y canónico considerados en sí mismos, si bien, por cierto, las más representadas son las del primero. Entre los autores de derecho romano sobresalen los juristas clásicos como Azo, Bartolo y Baldo, y, desde luego, la *Glossa* de Acursio; y enseguida, por regla general, los autores italianos de los siglos XVI y XVII. Los autores del *mos Gallicus* están mínimamente representados, y por regla general reducidos a Cuiacio y a los humanistas españoles; pero abundan los romanistas influidos por la segunda escolástica. Los iusnaturalistas racionalistas, en cambio, son escasísimos o inexistentes en las bibliotecas.

6. El uso de esta literatura no solo está atestiguado en los libros de derecho indiano sino también en las piezas forenses de abogados y juristas. Por lo que respecta a los primeros, analicemos brevemente tan sólo el ejemplo que proporciona el jurista novohispano Prudencio Antonio de Palacios en sus *Notas a la Recopilación de las Leyes de Indias* (terminadas después de 1744)<sup>318</sup>: aparte las fuentes legislativas indianas y castellanas, es digno de destacarse el amplio uso que se hace ahí de citas a textos de

---

<sup>316</sup> CARPINTERO, Francisco, '*Mos italicus*', '*mos gallicus*' y el humanismo racionalista, en *Ius Commune* 6 (Frankfurt a. M. 1977), pp. 108 ss.

<sup>317</sup> Una presentación de la literatura existente sobre bibliotecas indianas se ve ahora en: BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en el Reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (S. XVII-XVIII)* (Santiago, Univ. Diego Portales, 1992), pp. 12-15. Para Chile, aparte los trabajos mencionados ibíd., p. 13, vid.: HANISCH, Walter, *La Biblioteca de don José A. de Rojas*, en *El Bibliófilo Chileno* 1 (Santiago, 1947) 3, pp. 27 ss.; EL MISMO, *La biblioteca del obispo don Luis Francisco Romero*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 78 (Santiago, 1968), p. 200 ss.; GARCÍA-HUIDOBRO, I., *La biblioteca de don Manuel de Salas*, en *El Bibliófilo Chileno* 1 (Santiago, 1947) 2, pp. 16 ss.; TORRES, I., *La biblioteca de un catedrático del siglo XVIII. Biblioteca del Dr. José Teodoro Sánchez*, en *El Bibliófilo Chileno* 5 (Santiago, 1952) 8, pp. 100 ss. Visión de conjunto: Guzmán, Alejandro, *La cultura jurídico-literaria en Chile durante la época de Carlos III*, en vv. AA., *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1989), pp. 205 ss., y ahora desde luego BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura* cit. ibi.

<sup>318</sup> Ed. cit. supra n. 313. Vid. su Índice I: Fuentes del Derecho romano ( pp. 509 ss.); II: Fuentes del derecho canónico (pp. 519 ss.) y VII: Relación de obras y autores citados (pp. 585 ss.).

todas las partes del *Corpus iuris civilis* e, incluso, en dos ocasiones al *Codex Theodosianus*; pero es menor el recurso al *Corpus iuris canonici* y a la legislación conciliar; entre los juristas aparecen disfrutados Bartolo, Baldo, Covarrubias, Cuyacio, Godofredo, el cardenal de Luca, Luis de Molina, Ramos del Manzano y Sabelli, por citar ligeramente a autores representativos de las diversas tendencias de la literatura internacional de la época, que ahí aparecen. Por lo que concierne al segundo aspecto, del uso de esta literatura en las piezas forenses, nos limitamos a remitir a la obra de González sobre la abogacía en Chile, en que precisamente se estudia algunos casos de estas piezas donde aparece utilizada una amplia literatura.

7. El valor concedido a la literatura jurídica en Indias fue el mismo que se le concedió en Castilla y en Europa en general: el valor de la *communis opinio*, según las reglas elaboradas por la doctrina del derecho. Así, por ejemplo, Juan del Corral, después de haberse referido al vigor de *ratio* que asigna al *Corpus iuris civilis*, dice que en defecto de él debía acudirse a la *Magna Glossa* de Acursio y a la *opinio communis*, bastando para formarla el parecer coincidente de tres autores máximamente reputados<sup>319</sup>.

## VII. Las características externas del derecho de las Indias<sup>320</sup>

1. En su forma externa, el derecho indiano no se diferenciaba del contemporáneo de los diversos países europeos. Si hubiere que resumir la esencia de esa forma, fuera necesario decir que se trataba de un derecho histórico, esto es, formado por sucesivos estratos, sin que el posterior reemplazara al anterior, pues se le había venido a superponer<sup>321</sup>. Eso implicaba un notable pluralismo de fuentes en el interior mismo del íntegro ordenamiento, que ya era plural, pues, como se recordará, éste se hallaba integrado por el derecho indiano en sentido restringido, el derecho castellano y los derechos romano y canónico, sin mencionar a los derechos indígenas.

Por lo que respecta al derecho indiano, se presentaban la *Recopilación de Leyes de las Indias* de 1680, pero también toda la legislación posterior nunca vuelta a recopilar oficialmente y la legislación criolla. El derecho castellano, por su parte, ofrecía tres recopilaciones de leyes: el *Ordenamiento de Montalvo*, la *Nueva Recopilación* de 1567 y la *Novísima Recopilación* de 1805; y tres otros cuerpos: el *Fuero Real* y las *Leyes del Estilo*, las *Siete Partidas*. El derecho romano se fundaba en el *Corpus Iuris Civilis*, compuesto de cuatro libros: las *Institutiones*, los *Digesta*, el *Codex Iustinianus* y las *Iustiniani Novellae*. El derecho canónico, en fin, arrancaba fundamentalmente del *Corpus Iuris Canonici*, que en realidad era un conjunto compuesto por seis libros diferentes: el *Decretum*, las *Decretales* de Gregorio IX, el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, las *Constitutiones Clementinae* de Clemente V, las *Extravagantes* de Juan XXII y las *Extravagantes Communes*.

---

<sup>319</sup> DEL CORRAL, Juan del, *Commentaria in Rec. Ind.*, lib. II, tít. 1, párr. 45 (p. 23).

<sup>320</sup> Reproduzco cuanto escribí en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific.* I, pp. 65 ss.

<sup>321</sup> Sobre esto: LALINDE ABADÍA, Jesús, *La acumulación de normas en el derecho histórico español*, en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho* 4 (1966-1967).

2. Más aún, con excepción de las *Siete Partidas* y del *Fuero Real*, entre los códigos hispanos, y de las *Institutiones*, entre los romanos, los demás mencionados cuerpos obedecían todos a la técnica romano-postclásica de las recopilaciones de textos de autores y de leyes, o sea, a la técnica fijadora consistente en que las fuentes reunidas no resultan fundidas en una nueva unidad redactada originalmente, sino agregados en yuxtaposición, conservando su autonomía y textura originales; de ese modo se preservaron las diferencias provenientes tanto de las distintas épocas y lugares en que fueron producidas dichas fuentes, como de las circunstancias que se tuvieron a la vista al escribirlas, lo mismo que de la pluralidad de autores que las escribieron, todo lo cual determinó la posibilidad y la realidad de repeticiones, contradicciones y vacíos, pese a que lo normal era que en tales recopilaciones tuviera lugar una cierta labor racionalizadora a través del método de las interpolaciones supresoras, modificatorias y aditivas de los textos recopilados, que siempre, sin embargo, resultaba insuficiente.

3. A lo anterior debe agregarse que los distintos cuerpos y recopilaciones en varios casos referíanse a las mismas materias, o sea, repetían regulaciones sobre unos mismos temas. Para ofrecer un ejemplo, baste pensar en el caso de las *Siete Partidas* frente al *Fuero Real*, que aproximadamente tratan de los mismos temas; el ejemplo es más grave aún si se compara a ambos con los *Iustiniani Digesta*, el *Codex* y las *Institutiones*: estas cinco obras, en efecto, versan sobre todo lo que hoy llamaríamos el derecho civil, sin perjuicio de que también versen sobre otras ramas distintas de éste. Por lo demás, a los libros fundamentales de derecho civil, había que agregar el cúmulo de derecho contenido en las demás leyes reales que modificaban en aspectos concretos a las instituciones civiles.

4. A esta inmensa masa de derecho era necesario añadir la interpretación de los autores bajo la forma de la glosa o del comentario. Dados los cánones metodológicos aún predominantes en la ciencia jurídica del antiguo régimen, que eran los del *mos Italicus*, la interpretación de los autores venía a constituir un verdadero sistema jurídico autónomo y distinto del texto de las leyes. El derecho real era severamente adaptado al derecho romano; pero, a su vez, derecho romano no significaba exactamente “textos del *Corpus Iuris Civilis*”, sino que “interpretación de los autores a los textos del *Corpus Iuris Civilis*”. Y puesto que el *mos Italicus* reconocía su forma de validez en la *communis opinio doctorum*, como derecho de juristas que era, resultaba que la controversia de opiniones ocupaba un amplio margen antes de llegarse a la opinión común indiscutible. Por lo demás, el mecanismo de la *communis opinio* había entrado en crisis hacia finales del siglo XV y tal crisis se había acentuado en los siglos posteriores, como consecuencia de haber desaparecido los presupuestos que lo habían hecho operable durante la edad media. En la práctica, ya no fue más posible discernir la real existencia de opiniones realmente coincidentes de autores realmente los más autorizados; y en definitiva el signo de la pluralidad, disparidad y heterogeneidad de opiniones dominó plenamente el derecho común y propio de la época moderna.

Todavía es necesario sumar el derecho de la realidad, formado a través de las costumbres y de las sentencias de los jueces.



5. Desde el punto de vista del modo de proceder y construirse este derecho, en parte al menos, fue característica esencial suya el casuismo y el empirismo<sup>322</sup>. Afectaba esta nota desde luego a la legislación indiana misma, en la cual la ley general en el sentido de su formulación literaria, sólo vino a usarse más asiduamente en el siglo XVIII. Hasta antes y aun después, las leyes indianas eran dadas en atención a circunstancias y situaciones de toda especie muy concretas, y en tal grado, que incluso cuando la realidad aconsejaba extender una cierta regulación y generalizarla, el procedimiento usado era el de repetir la misma regulación tantas veces fuera necesario en leyes distintas, pensadas cada una para cada situación repetida. Este casuismo y empirismo de las leyes era también propio de las castellanas recopiladas en 1567 y en 1805 y no es menester insistir aquí en que semejante característica marcó al derecho contenido en la mayoría de los libros romanos, como los *Digesta* y el *Codex* y de los canónicos. La cual volvía a repetirse en el trabajo de los juristas, que, como ya se ha dicho, seguía los cánones metodológicos del *mos Italicus*, un derecho de juristas creado y desarrollado a través de la discusión dialéctica de casos reales o supuestos. Esta metodología determinaba el estilo literario de las obras emanadas de dichos juristas.

Tal modalidad general del derecho de la época presentó, sin embargo, importantes excepciones manifestadas, como tendencia al menos, hacia un cierto grado de generalización y abstracción de las normas. El derecho romano ofrecía desde luego las *Institutiones* de Justiniano, que a diferencia de los demás libros justinianeos, no es una recopilación de textos sino una obra unitaria, en donde el derecho aparece expuesto sobre la base de un sistema dialéctico de divisiones, particiones y definiciones, ya que su destino había sido la enseñanza del mismo. El derecho castellano, por su parte, podía exhibir en el mismo sentido a las *Siete Partidas* y al *Fuero Real*. Estos dos códigos, en efecto, en la medida en que tampoco son recopilaciones de textos sino obras unitarias en su diseño literario, manifiestan también un determinado grado de generalidad y abstracción, que se ve, no obstante, afectado por el estilo literario redundante, el amplio recurso a los ejemplos y la expresión de las razones de cada ley. También la literatura jurídica logró producir obras alejadas del estilo casuístico que solía generar el *mos Italicus*. El modelo seguido fue entonces el de las *Institutiones* de Justiniano, que determinó decisivamente el estilo y sistema de las exposiciones<sup>323</sup>, ora del derecho romano mismo, ora del derecho castellano e incluso del indiano. El *Commentarius* de Vinnius a las *Institutiones* de Justiniano, que sirvió en Indias como texto para la enseñanza del derecho romano, debe mencionarse en primer lugar. Como ejemplo de exposiciones institucionales de derecho castellano, se presentan las *Instituciones del derecho civil de Castilla* (1771) de Ignacio J. de Asso y Miguel de Manuel y la *Ilustración del derecho real de España* (1803), de Juan Sala<sup>324</sup>; y como ejemplo de lo

---

<sup>322</sup> Sobre esto es fundamental: TAU ANZOÁTEGU, *Casuismo y sistema* (Buenos Aires, Inst. de Invest. de Hist. del Der., 1992).

<sup>323</sup> Sobre el género de los libros institucionales: LUIG, Klaus, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* 3 (Frankfurt a. M., 1970), pp. 64 ss.

<sup>324</sup> Sobre esta obra: CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *La obra de Juan Sala Bañuls y su influencia en el derecho privado español e iberoamericano*, en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, abril de 1997), pp. 260 ss.

mismo para el derecho indiano, las *Instituciones de derecho real de España e Indias* de José M. Alvarez (1826)<sup>325</sup>.

6. Por último, cabe recordar el tipo de diseño literario de la legislación y de su estilo. Las leyes reales tanto castellanas como indianas, de la época moderna, por regla general presentaban un estilo ampuloso y mayestático; pero es más interesante destacar que, por un lado, cuidaban ellas de expresar minuciosamente las razones tenidas a la vista por el legislador al darlas, muy en consonancia con el lugar que la teoría del derecho común sobre la interpretación de las leyes otorgaba precisamente a la *ratio legis* como elemento hermenéutico. Por otro, ellas solían manifestar la norma misma que el legislador deseaba poner, a través de un estilo reiterativo y redundante, con abundante uso de sinónimos y circunloquios, intentando así expresar del modo más firme y completo la disposición como medio de defensa contra las interpretaciones ora restrictivas ora extensivas de los juristas, siempre dispuestos a comparar las nuevas leyes con el derecho común y a someterlas a un enjuiciamiento desde el punto de vista del mismo.

Tal era, pues, la fisonomía externa que presentaba el derecho vigente en India, para el uso del cual los juristas fueron suficientemente educados en la universidad y demás centros de enseñanza jurídica. Sólo una vez que hubo variado la mentalidad de estos juristas, ya no les fue posible soportar más aquel derecho. Así, la crítica dirigida en contra de tales características se transformó, como se verá<sup>326</sup>, en uno de los más fuertes estímulos para la codificación del derecho.

### VIII. Las características internas del derecho de las Indias<sup>327</sup>

1. Si ahora atendemos al contenido del derecho, preciso es tener en consideración que en la formación del derecho civil de Indias confluyeron principalmente tres tradiciones diferentes: la del derecho romano representada por las *Siete Partidas* y el *Corpus iuris civilis* aneja a éste la literatura del derecho común; la del derecho medieval de origen consuetudinario y foral conllevada en algunos aspectos también por las *Siete Partidas* mismas, por el *Fuero Real* y por por las *Leyes de Toro* (por cuanto respecta a los mayorazgos, por ejemplo); y la del derecho moderno de origen regio y legislado, que había sido recogido por la *Nueva Recopilación* primero y enseguida por la *Novísima* y en lo propio, por la *Recopilación de Indias*. El cuadro que presentaba este derecho civil conformado por la incidencia de tales tres tradiciones principales puede describirse

---

<sup>325</sup> Hay reimpresión facsimilar de la edición de 1826 (México, UNAM., 1982). Sobre esta obra: GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario y GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Alvarez. Fuentes y bibliografía*, como *Estudio preliminar* a la reedición antes citada, pp. 9 ss.; GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Las Instituciones de José María Alvarez, parteaguas entre el derecho indiano y los derechos nacionales (peculiaridades indianas de su obra)*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6 (1980), pp. 383 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La literatura de derecho natural racionalista y la literatura de derecho indiano con especial referencia a las 'Instituciones' de José María Alvarez*, en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Buenos Aires, 1997), Vol. I, pp. 481 ss.

<sup>326</sup> *Infra* §§ 15, II y 17, I.

<sup>327</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific.* I, pp. 69 ss.

aproximadamente en estos términos: en medio de un fondo romanista, que proporcionaba el entramado de las instituciones y figuras del derecho civil, se dispersaban las provenientes del derecho medieval, desconocidas por el romano, como los mayorazgos o los retractos gentilicios y los censos; y por sobre ese fondo romanista salpicado de instituciones medievales, se situaba el derecho moderno legislado de origen real, que reglamentaba policialmente determinados aspectos de aquella misma doble institucionalidad jurídica.

Cada una de estas tres tradiciones era portadora de un espíritu general caracterizado. El derecho romano aportaba el espíritu liberal de sus instituciones, manifestado en la tendencia a la unidad del sujeto de derecho, a la libre circulación de los bienes, a la rápida división de las sucesiones, a la libertad relativa de testar, a la libre contratación. El derecho medieval, por su lado, entregaba el sentido corporativo y familiar de las suyas y la tendencia a la distinción de estatutos diversos para las personas y las cosas; mientras que el derecho legislado se presentaba con una aspiración reglamentaria y ordenancista, inspirada por ideales de bien común y público, de protección al débil y de resguardo del interés estatal y eclesiástico. En todo caso, es preciso recordar que este cuadro se completaba con el recurso constante a dos ordenamientos, que aun cuando situados fuera del propiamente jurídico, servían para controlarlo: el derecho natural y la religión.

2. En lo que sigue intentaremos dar algunos ejemplos del cuadro general de instituciones y reglamentaciones introducidas por las tradiciones distintas de la romana, respecto de cada una de las ramas principales del derecho civil:

a) Para el derecho de las personas valen como característica fundamentales la falta de unidad del sujeto de derecho, pues, en efecto, el de Indias reconocía la siguiente pluralidad: libres y esclavos, españoles y extranjeros, nobles y pecheros, indígenas y no indígenas, la variada tipología fruto de la mezcla de razas (mestizos, mulatos, zambos, etc.), católicos y no católicos, laicos y clérigos, civiles y militares. Estas distinciones no eran de carácter meramente social o extrajurídico; por el contrario, la pertenencia a una de tales categorías llevaba aparejada un estatuto legal particular diferente del aplicable a las restantes, cada uno de ellos portador, en consecuencia, de distintos privilegios y cargas.

b) También en el derecho de bienes se observa una cierta tendencia a la diferenciación del dominio de acuerdo con el tipo de cosas a que se aplicaba; así, p. ej., se distinguían la propiedad comunal de montes y pastos, la propiedad encomendada, la propiedad indígena o la propiedad eclesiástica. Pero lo característico del derecho de dominio era la posibilidad de existir propiedades vinculadas e inenajenables merced a los mayorazgos y sustituciones, fideicomisos y usufructos sucesivos.

c) En materia de derecho de sucesiones es digno de destacar la existencia de instituciones como las mandas forzosas, los legados para obras pías y en beneficio del alma del testador, al mismo tiempo que la exclusión sucesoria para todos los segundones y de las mujeres por los varones, que implicaban los mayorazgos. Podemos también mencionar las mejoras.

d) En el derecho de obligaciones no faltaron instituciones como los retractos gentilicios, los censos, la limitación de la tasa de interés, la prohibición de la anticresis,

la concesión de quitas y esperas a los deudores por beneficio real, sin contar la reglamentación de la libertad contractual en materias como el abastecimiento o el arrendamiento y los condicionamientos de la libertad de comercio.

Estos ejemplos son suficientes para darnos cuenta aproximada del carácter interno del derecho civil de Indias, que habremos de tener muy presente para explicarnos la dirección que adquirió en el siglo XIX la legislación y la codificación de los Estados sucesores de la monarquía que heredaron aquel derecho.

## CUARTA PARTE

### LOS DERECHOS PATRIOS IBEROAMERICANOS

### § 13. Ruptura política de las Indias y persistencia de su unidad jurídica

#### I. Pluralismo político<sup>328</sup>

1. La Independencia disolvió los vínculos políticos que unían a las Indias con la Corona española. A medida que los movimientos iniciados sucesivamente, pero en corto tiempo, en las diferentes capitales indianas mudaron sus iniciales leales rasgos conservadores de las prerrogativas del Monarca español cautivo de Napoleón hacia otros francamente separatistas e independentistas, sus jefes e inspiradores se vieron en la necesidad de promulgar reglamentos políticos destinados a organizar el incipiente poder autónomo. Ello implicó el nacimiento de un nuevo derecho público, de ambigua naturaleza al principio, pues, por lo general, no se quiso decidir tan pronto el carácter del nuevo régimen, que tuvo así como trasfondo la disyuntiva entre la tradicional constitución monárquica y la nueva de tipo republicano, renovada a impulsos de la revolución de las antiguas colonias inglesas de la América del Norte y de la Revolución Francesa. En algunos casos las dudas persistieron después de las respectivas declaraciones formales de independencia e incluso cuando los primitivos reglamentos hubieron de ser sustituidos por constituciones escritas, en seguimiento de los modelos disponibles, a saber principalmente: la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, la francesa de 1791 y la española de 1812 llamada de Cádiz. Finalmente, ya establecidas las nuevas entidades soberanas, se optó por el modelo republicano liberal representativo, con escasísimas excepciones, y con ello quedó definitivamente sellado el carácter del nuevo derecho público, en oposición total al antiguo.

2. Pero la Independencia también rompió los vínculos que enlazaban internamente a todas las secciones en que la Corona había dividido a las Indias para su administración. La Independencia no fue un movimiento único y generalizado de las Indias, sino plural, de cada una de sus secciones, y particularizado en ellas. La inercia, que como a los cuerpos también parece regir a los movimientos políticos, alimentada por las grandes distancias entre las capitales, el carácter aristocrático de los movimientos autonomistas y la existencia de un singularizado *éthos* patrio ya precipitado durante la última época indiana, determinó que las ciudades en donde se habían formado inicialmente “juntas de gobierno” aspiraran después, al mudar los iniciales designios en separatistas, a ser las sedes de gobiernos soberanos dominadores de los vastos territorios de que tradicionalmente habían sido capital administrativa, judicial, militar y eclesiástica durante la época que estaba por terminar. Ninguna Junta indiana estuvo dispuesta, pues, a reconocer la primacía de otra y a mantener, en consecuencia, la antigua unidad política. Ello determinó que la Independencia diera por resultado la fragmentación política de las antiguas Indias en una pluralidad de estados soberanos. La superior energía de los caudillos, la fuerza de las necesidades y una cierta cohesión proveniente del *éthos* patrio impidieron que la fragmentación fuera mayor a la que fue en realidad y

---

<sup>328</sup> BRAVO LIRA, BERNARDINO, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991* (México, Escuela Libre de Derecho, 1992).

que, por ejemplo, la capitanía general de Chile se disgregara en dos estados distintos con sendas capitales en Santiago y Concepción; que la parte septentrional del Virreinato del Río de la Plata se escindiera en diversos territorios soberanos; o que el Virreinato de Nueva España se dividiera en más estados que en México y los demás de Centroamérica, de modo que México mismo resultara dispersado en varios otros. El genio de Bolívar, en cambio, no pudo impedir la disolución final del Virreinato de Nueva Granada. Así, pues, las Indias españolas perdieron su antigua unidad política y dieron origen a una pluralidad de estados soberanos sucesores de la vieja Monarquía indiana, cada cual con su propio derecho público, bien que obedeciera por lo general, o terminara por obedecer, a un modelo común.

## II. Persistencia de la unidad jurídica

Si nosotros oponemos lo político a lo jurídico, entendiendo por esto último principalmente al derecho privado, pero también al procesal e incluso al penal, todo lo contrario de lo ocurrido en el ámbito político con la Independencia tuvo lugar en el jurídico. En éste ámbito persistió la antigua unidad jurídica en aproximadamente los mismos términos en que existía durante la época indiana, cuya viga maestra era el código de las *Siete Partidas*, pero también el *Fuero Real*, las *Leyes de Toro* y el derecho romano.

En realidad no pudo ser de otra manera. Un tan formidable cambio político como el que resumimos bajo el nombre de Independencia no pudo menos que determinar un cambio en las leyes políticas; ello se manifestó en la emisión de constituciones escritas que siguieron los cánones del régimen republicano liberal representativo; después, en la emisión de leyes complementarias acordes con la nueva forma política. Ahora bien, nunca una pura mudanza de régimen político, por radical que resulte, afecta necesaria e inmediatamente a la disciplina del derecho privado. Así, por ejemplo, la extinción de la República Romana y el establecimiento del Principado a fines del siglo I a. C. o la sustitución del Feudalismo por el Estado absoluto en el siglo XVI no alteraron en nada el contenido del derecho privado. Lo cual no significa que una mudanza política, cuando es además social y económica, no vaya a producir un cambio jurídico; solo que por ser social y económica, no por ser política; como ocurrió con la Revolución Francesa o la Revolución Bolchevique. Pero tal no fue el caso de la Independencia americana, que tuvo el carácter de revolución política pura y que se desinteresó por introducir cambios sociales y económicos; a lo más se decidió por la libertad de comercio, dictada ostensiblemente por los intereses criollos y que, por otro lado, estaba en la atmosfera desde antes de iniciados los movimientos<sup>329</sup>. En principio, pues, no había necesidad de introducir cambios jurídicos. Como ese carácter puramente político fue un rasgo común a todas las independencias hispanoamericanas, común fue la aludida consecuencia; su resultado la inmutación jurídica y su efecto reflejo, la persistencia de la unidad en ese mismo ámbito en todas los nuevos estados soberanos, que al comienzo no pensaron seriamente en la derogación de los viejos cuerpos de

---

<sup>329</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., *Espíritu ilustrado y liberación del tráfico comercial con Indias*, en *AHDE*. 62 (1992), pp. 513 ss.

legislación heredados de la época indiana y en sus sustitución por una legislación nueva y propia.

Así, pues, consumadas las Independencias, la vieja legislación que regía en Indias durante la época monárquica, continuó rigiendo durante la republicana que se iniciaba, en todos los nuevos estados<sup>330</sup>.

#### **§ 14. La legislación civil patria de los estados sucesores**

##### **I. El sentido general de la legislación patria**

El antiguo régimen político, social y económico había sido liquidado en Europa por la Revolución Francesa, que abolió el absolutismo, el feudalismo y el ordenancismo regio, sustituyéndolos por el liberalismo en todos los órdenes. Napoleón, con su *Code Civil*, había dado forma jurídica al nuevo régimen socio-económico liberal en 1804. En Hispanoamérica, las revoluciones de independencia cumplieron en lo político el mismo papel que la Revolución Francesa en Europa: también ahí quedó liquidado el antiguo régimen monárquico absolutista. Pero en Indias no existió el régimen económico-social feudal. Con todo, varias figuras singulares que se habían desarrollado en el interior del feudalismo europeo habían sido trasladadas a Indias. Por otra parte, la legislación real tanto la dada para Castilla que alcanzó a penetrar en Indias, como la emitida directamente para estas últimas, o sea la legislación propiamente indiana, estaban, como vimos, muy impregnadas de intervencionismo y dirigismo estatal (derecho de policía), que es en definitiva lo que hemos denominado ordenancismo. Ahora bien, la sustitución de este orden socio-económico indiano no constituyó ningún artículo del programa independentista; ello también diferenció a la Independencia Americana de la Revolución Francesa. De este modo, ambas tradiciones integrantes del orden indiano, aquella de las instituciones feudales como la del ordenancismo regio formaron parte no modificada de la herencia de los estados sucesores y la creación de estos no implicó ninguna mudanza de dicho orden.

No ocurrió otro tanto con la gestión gubernativa que iniciaron las autoridades de los estados recientemente constituidos, cuando su independencia, aunque todavía no reconocida por España y otras potencias europeas, hubo de tornarse en un hecho consumado e irreversible y por cuya permanencia ya no cupo temer. Fue entonces que se inició el movimiento por la abolición del orden socio-económico indiano.

---

<sup>330</sup> En general: BRAVO LIRA, Bernardino, *El derecho indiano después de la Independencia en América española. Legislación y doctrina jurídica*, en *Historia* 19 (Santiago, 1984), pp. 5 ss. = EL MISMO, *Derecho común y derecho propio* cit. (n. 306), pp. 313 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (Madrid, R. Acad. de Jurisp. y Legisl., 1984), pp. 68-93. En especial: LEVAGGI, Abelardo, *Supervivencia del derecho castellano-indiano en el Río de la Plata (siglo XIX)*, en *Jahrbuch* 22 (Köln, 1985), pp. 285 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Consideraciones sobre la proyección del derecho indiano en la legislación civil peruana del siglo XIX*, en *Ius et Praxis* 16 (Lima, 1990), pp. 209 ss.; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en *VV. AA., 100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, Ministerio de Justicia, 1987), pp.187-192 = *RChHD.* 14 (Santiago, 1991), pp. 291 ss.



Este movimiento se manifestó en una legislación patria, propia de cada nuevo estado, cuyo sentido reformador estuvo presidido por el espíritu de los tiempos nuevos, o sea por el liberalismo. Con ello, en lo sustancial se abolían las viejas instituciones y en lo formal se derogaba o modificaba la antigua legislación.

Tal fue el papel que históricamente cumplieron los que llamamos “derechos patrios”<sup>331</sup>: liberalizar el régimen socio-económico de los nacientes estados<sup>332</sup> y con ello preparar el advenimiento de los códigos, que por la época en que habrían de nacer y por sus modelos, nacerían no bajo otro espíritu que el del liberalismo socio-económico-jurídico. Cuando se emitieron ellos, pues, encontraron el camino prácticamente desbrozado. De esta guisa, no fueron los códigos los que hubieron de implantar las reformas, pues ellas hacía tiempo que habían sido ya implantadas.

## II. Algunos temas de la nueva legislación civil patria

Los temas socio-económicos de carácter civil en que incidió la legislación patria en sentido reformador, o sea liberal, solieron ser los mismo en los diversos estados de Iberoamérica. Así, pero solo a título de ejemplo, tenemos los siguientes: la libertad de los hijos de esclavos (libertad de vientre), que en Chile fue establecida en el acta del Congreso Nacional de 11 de octubre de 1813 y en la Argentina en el decreto de 12 de febrero de 1813; como primer paso hacia la abolición total de la esclavitud, en Chile por la ley de 24 de julio de 1823; en las Provincias Unidas de Centroamérica por un decreto de 17 de abril de 1824; en México por la ley de 13 de julio de 1824; en la Argentina por la Constitución de 1853; en Venezuela por la ley de 24 de marzo de 1854; en el Perú también en este año. La abolición de los títulos de nobleza en la Argentina por un decreto de la Asamblea Constituyente de 21 de mayo de 1813; en Chile por decreto de 15 de septiembre de 1817; en la (Gran) Colombia por la constitución de 1821. La plena capacidad civil de los indígenas, en la Argentina, por un decreto de la Asamblea Constituyente de 12 de marzo de 1813 y por la Constitución de 1819; en Chile por el senadoconsulto de 4 de marzo de 1819; en el Perú en tiempos de San Martín. El matrimonio de los no católicos, en la Argentina, por un reglamento de 26 de mayo de 1833; en Chile por la ley de 6 de agosto de 1844. La propiedad intelectual, en Chile por la ley de 24 de julio de 1834; en Venezuela por la leyes de 19 de abril de 1839 y de 8 de abril de 1853; en el Perú por la ley de 3 de noviembre de 1849. La extinción o exvinculación de los mayorazgos, en Argentina en 1813; en la (Gran) Colombia de Bolívar por la ley de 10 de julio de 1824; en el Perú por una ley promulgada el 11 de enero de 1830, que estableció la posibilidad de enajenar la mitad de un mayorazgo, debiendo reservarse la otra mitad al heredero, quien podría disponer de ella al suceder; la ley de 14 de noviembre de 1849 ordenó dividir los mayorazgos, que fueron abolidos en Chile por la ley de 14 de julio de 1852. La abolición de la concesión de quitas y esperas a los acreedores por la autoridad, en Chile por decreto de 8 de noviembre de

---

<sup>331</sup> Suele también llamárselos “derechos intermedios”; pero incorrectamente: vid. RADAELLI, Sigfrido, ‘Derecho patrio argentino’ y no ‘derecho intermedio’, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 1 (Buenos Aires, 1949), pp. 59 ss.

<sup>332</sup> Vid. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La revolución liberal y el derecho en Iberoamérica durante el siglo XIX*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54 (1986), pp. 353 ss.

1823; en la Argentina por decreto de 29 de marzo de 1836. El retracto gentilicio fue abolido en 1868 en la Argentina y en Chile se hizo lo propio con el retracto en la compraventa por ley de 9 de diciembre de 1848. En 1857 se prohibió en la Argentina fundar nuevas capellanías, etc.

### § 15. *El estado del derecho anterior a la codificación*

#### **I. Los derechos patrios y el derecho indiano**<sup>333</sup>

1. La legislación patria no reemplazó *in toto* a la heredada de la Monarquía hispano-indiana. Por el contrario, expresa o tácitamente la confirmó, sin perjuicio de su reforma y adición en sectores precisos, directamente formuladas con el designio de abolir las instituciones de sello antiguo y reemplazarlas por las nuevas de sentido liberal. De esta manera, como ya se hizo notar, una buena porción del derecho indiano en sentido amplio continuó vigente, aunque petrificado, porque ya no fue capaz de nuevos desarrollos al haber desaparecido las fuentes orgánicas de que emanaba. Pero a él se superpuso la dicha legislación patria, que por su naturaleza poseía ahora el dinamismo creador de nuevo derecho.

De esta manera, el derecho total de los nuevos estados empezó a consistir en un complejo integrado por el antiguo derecho castellano-indiano cristalizado y por el nuevo derecho patrio en expansión.

2. La existencia de esta legislación patria modificó el viejo orden de prelación. El primer y preferente lugar ahora lo ocupó justamente la legislación patria misma. Solo en su defecto se hizo posible recurrir a las antiguas fuentes aproximadamente en su orden tradicional y recibido, o sea el fijado por la ley I de Toro.

La nueva situación por lo general fue positivamente sancionada, y en varios casos mediante el establecimiento expreso de un orden de prelación, en seguimiento del viejo modelo castellano concerniente, que se remontaba al Ordenamiento de Alcalá de 1348, revisado por la Ley I de Toro de 1505, de lo que son ejemplos los siguientes casos:

El *Reglamento Provisorio para la dirección y administración del Estado* que en 1817 se dieron las Provincias Unidas del Río de la Plata, estableció en su sec. II, cap. 1º, art. 2: “*Hasta que la Constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demas disposiciones generales del antiguo Gobierno español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias, ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él liberadas desde el 25 de mayo de 1810*”<sup>334</sup>. Más sintéticamente, el art. 135 de la Constitución de 1819 dispuso: “*Continuarán observándose las leyes, estatutos y reglamentos que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alterados ni*

---

<sup>333</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX*, en *RChHD*. 10 (Santiago, 1984), pp. 121 ss. = EL MISMO, *Derecho común y derecho propio* cit. (n. 306), pp. 297 ss.

<sup>334</sup> En TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 86.

*digán contradicción con la Constitución presente, hasta que reciban de la Legislatura las variaciones o reformas que estime convenientes*”<sup>335</sup>

El art. 2 del tít. V, cap. 1 de la *Constitución provisoria del Estado de Chile* de 23 de octubre de 1818, estableció: “...miembros del Poder Judicial, quienes, ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido”<sup>336</sup>.

La Carta fundamental de la (Gran) Colombia, sancionada en la villa del Rosario de Cúcuta el 6 de octubre de 1821, dispuso: “Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”<sup>337</sup>. Más explícita y desarrollada aún fue una ley de 13 de Mayo de 1825 expedida por el Congreso de la (Gran) Colombia, que estableció un orden de prelación del derecho vigente, en su art. 1: “El orden con que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos o militares así en materias civiles como criminales es el siguiente: 1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo; 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República; 3º Las leyes de la Recopilación de Indias; 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla; y 5º Las de las Siete Partidas”<sup>338</sup>. Esta disposición fue reproducida después en leyes ecuatorianas de 16 de noviembre de 1831 y de 22 de agosto de 1835<sup>339</sup> e inspiró leyes novogranadidas y colombianas en 1857, 1864 y 1872<sup>340</sup>.

El art. 1 de la sección última del *Estatuto provisoria dado por el Protector de la Libertad del Perú* de 1821, declaraba: “Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el Gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual Gobierno”<sup>341</sup>.

El art. 2 del Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1822, por su parte, había declarado: “Quedan, sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero

---

<sup>335</sup> En *Estatutos, reglamentos y constituciones argentinas* (Buenos Aires, Fondo Jurídico Ediciones, 1962), p. 141.

<sup>336</sup> VALENCIA, Luis, *Anales de la República* (2ª ed., Santiago, Ed. Andrés Bello, 1986), p. 77.

<sup>337</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVI.

<sup>338</sup> Cit. por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVIII.

<sup>339</sup> Vid. CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1956), Vol. I: *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, pp. 70 s.

<sup>340</sup> Vid. MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en VV. AA., *100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, Ministerio de Justicia, 1987), pp. 189 ss. = *RChHD*. 14 (Santiago, 1991), pp. 291-296. Solo en 1887 se emitió una ley que abolió el derecho español (ibíd. p. 192 y 296).

<sup>341</sup> En PAREJA, J., *Las Constituciones del Perú* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1954), p. 413.

de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento y con las leyes, órdenes y decretos expedidos o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia”<sup>342</sup>.

El art. 164 de la Constitución de Nicaragua, de 1826, dijo: “Todas las leyes que hasta aquí han regido continuarán en su fuerza y vigor, si no son las que se opongan a la Constitución de la República y del Estado, y a las que han sido dadas por las Legislaturas nacionales y del mismo Estado”<sup>343</sup>.

El art. 281 de la ley boliviana de 8 de enero de 1827 dispuso la aplicación de: “la antigua legislación española en cuanto no contradiga a la Constitución y a las leyes dadas durante el Gobierno de la Independencia”<sup>344</sup>.

2. Conviene destacar que la existencia de una legislación nueva, como la patria, no determinó, empero, un funcionamiento efectivo del nuevo orden de prelación distinto del funcionamiento efectivo del antiguo, por lo que al derecho civil respecta. Se recordará que bajo el régimen indiano, para la regulación de las relaciones privadas se llegaba rápidamente a los últimos lugares del orden de prelación legal, de modo de aplicarse el *Fuero Real*, las *Leyes del Estilo* y las *Siete Partidas*, cuerpos estos que se entendían complementados por el derecho romano y el canónico. Ello se debía a la pobreza privatística de las recopilaciones castellanas y de la indiana y de la legislación indiana posterior, preferentemente publicísticas. Ahora bien, como quedó dicho, la legislación patria, salvo la política y constitucional, no fue completa en ninguna materia; tampoco en la civil. En consecuencia, el derecho aplicable en esta última materia continuó siendo aquél proveniente de las fuentes antiguas precedentemente mencionadas, a las que, igual que antes, se llegaba rápidamente después de verificada la deficiencia de las leyes aplicables en primer lugar, es decir, las patrias y luego las reales e indianas.

## II. Crítica al derecho vigente<sup>345</sup>

1. En Europa, el movimiento por la codificación estuvo precedido y acompañado de un vasto operativo de crítica al estado y carácter del derecho común, alimentado por filósofos, juristas y políticos, del cual ya se ha hablado en otro lugar<sup>346</sup>. Ese fenómeno

---

<sup>342</sup> Transcrito por GONZÁLEZ, María del Refugio, *Introducción al derecho mexicano. Historia del derecho mexicano* (México, UNAM., 1981), p. 46.

<sup>343</sup> En ALVAREZ LEJARZA, Emilio, *Las constituciones de Nicaragua* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1958), p. 393.

<sup>344</sup> En ORTIS MATOS, Pastor, *Informe sobre el Código Civil boliviano*, en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* 8 (Oruro, 1966) 1, p. 19, n. 5.

<sup>345</sup> Lit.: TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 116 ss., 166 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VIII: *Crítica al derecho vigente como presupuesto de la codificación en torno al primer tercio del siglo XIX*, en *REHJ.* 5 (1980), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Crítica al derecho patrio y proyectos para su fijación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 3 (Valparaíso 1979), pp. 67 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello codificador* I, pp. 119 ss. Cuanto escribo aquí se basa principalmente en mi trabajo titulado *Crítica póstuma al derecho indiano*, que expuse en el XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Toledo, España, en octubre de 1998, cuyas actas se encuentran en prensa.

<sup>346</sup> *Supra* §§ 2, III y 7.

europeo se repitió en América. También ahí, en las diversas nuevas naciones ya independientes, solió generarse, con mayor o menor intensidad, un movimiento particular de críticas, cuyo blanco esta vez fue el derecho castellano-indiano heredado de la monarquía; pero también el propio derecho patrio que los nuevos estados habían ido gestando desde su Independencia.

2. Lo mismo que la europea, la censura americana admite su división en interna y externa; pero predominó esta última; y asimismo los temas de la externa fueron en general los mismo utilizados en Europa. Ello, en parte, por influencia directa de los autores europeos que los exponían en sus libros que solían circular por América; y en parte porque las realidades jurídicas criticadas eran las mismas que en su momento se habían dado en Europa y suscitado la pertinente censura, debido a lo cual los juicios negativos tendieron a coincidir. Estos temas similares fueron, pues: la multitud de leyes, su heterogeneidad, incoherencia y dispersión, la confusión producida por el exceso de comentarios por parte de los autores, la antigüedad del lenguaje empleado, el desuso de muchas de las partes del derecho heredado, todo lo cual producía dificultades para el conocimiento del derecho, incertidumbre e inseguridad en su aplicación y, en definitiva, una mala administración de la justicia, tema este último en el que las anteriores críticas normalmente desembocaban.

Hubo, empero, un par de tópicos relativamente originales. El primero se explica por el sentimiento de contraste entre la pasada sujeción a la Corona de España y el nuevo estado de soberanía ganado, y consistía en acusar que la legislación castellano-indiana heredada de la primera y que, no obstante, por la fuerza de los hechos se debía continuar usando, había sido generada por un gobierno “despótico y feudal”, que ya no existía en América, de modo que dicha legislación aún vigente se había puesto en desarmonía con la actual “constitución de la libertad”. El segundo iba dirigido contra el derecho patrio gestado por los nuevos estados, en cuanto, por su carácter inorgánico, contingente, particular, había venido a aumentar la confusión preexistente en la legislación antigua, con el agregado de nuevas leyes que presentaban tales características.

3. Estos temas recurrentes pueden ser ilustrados con algunos documentos selectos; pero debe advertirse que se trata solo de ejemplos, que podrían repetirse decenas de veces.

Así, Simón Bolívar, en un mensaje de 15 de febrero de 1819, leído ante el Congreso de Angostura, de que saldría erigida la (Gran) Colombia, decía, aunque algo retóricamente: “...nuestras leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruinas, elevemos un templo a la justicia; y bajo los auspicios de sus santa inspiración, dictemos un código de leyes venezolanas”<sup>347</sup>; y continuaba: “Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurados y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil... He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por el origen vicioso de ese piélagos

---

<sup>347</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso de Angostura*, en *Pensamiento político de la Emancipación (1790-1825)* (s. 1. [Caracas], Biblioteca Ayacucho, s. d.), vol. II, p. 123; también transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVI.

*de legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judiciaria, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el zote de los pueblos españoles, es el suplico más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio*<sup>348</sup>;

En un número de septiembre de 1829, del periódico bonaerense *El Lucero*, se podía leer: *“Estos códigos, adaptados a otros tiempos y a otras costumbres, no tienen ya la menor relación con las exigencias de una sociedad moderna; el idioma en que están redactados no es el nuestro, es una algarabía para aquellos mismos interesados en su cumplimiento y que solo consiguen decifrarla con el auxilio de un glosario, como se haría para adivinar el sentido misterioso de los jeroglíficos que cubren los monumentos egipcios*”<sup>349</sup>.

En la nota que el Ministro del Interior de Bolivia en tiempos de Andrés de Santa Cruz, Mariano Enrique Calvo, dirigió a la Corte Suprema para instarla al nombramiento de una comisión de magistrados que iría a encargarse de formar el proyecto de código civil, le dice en apoyo: *“Es demás recordar a V. G. el fárrago que hay de ellas [se refiere a las leyes españolas], la multiplicidad de sus códigos, la pugna de unos con otros, la repetición de unas mismas disposiciones, la antilogía que algunas leyes ofrecen en su propia redacción y hasta lo pesada de ésta y su desusado lenguaje. De estos notorios vicios de nuestra legislación heredada, nacen los infinitos pleitos que arruinan a los ciudadanos, turban la paz de las familias y revuelven permanentemente el foro boliviano. De ellos mismos proceden las injusticias voluntarias o involuntarias de los magistrados... En fin, el mismo origen tiene el crecido número de malos letrados. La vida del hombre tal vez no alcanza para poseer como corresponde la ciencia de la legislación, mientras sean tantos, tan antiguos y tan encontrados sus códigos. Los que no se consagran exclusivamente a su estudio, no pueden saber ni sus derechos, ni sus obligaciones en el giro de sus negocios*”<sup>350</sup>.

En la contestación que la Cámara de Diputados de Chile dió al *Mensaje* anual del Presidente de la República, con que este inauguró el período ordinario de sesiones del Congreso Nacional de 1831, le decía: *“Mientras la legislación sea un caos insondable e inmenso, no puede mejorar la administración de justicia: treinta y seis mil leyes compiladas y millones de dispersas, sin principio, sin unidad ni relación a las luces, a las costumbres y naturaleza de nuestro Gobierno, no pueden aprenderse ni, sabidas, hacerse decisiones que satisfagan: por ello es preciso comenzar por la redacción de los códigos, reduciéndolos tales cuales se hallan a lo vigente; separar lo derogado e inconducente y, suprimiendo los largos prólogos, reducirlos a sus disposiciones*

---

<sup>348</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso* cit. (n. 347), p. 125.

<sup>349</sup> *El Lucero* N° 19 de 29 de septiembre de 1829, en TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p.118.

<sup>350</sup> En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, pp, 26-27.

*genuinas y claras...*”<sup>351</sup>, en donde el remedio propuesto mismo es indicativo, por contraste, de una crítica, amén de las directamente formuladas.

El Secretario del Interior de Venezuela, doctor Andrés Narvarte, en su *Memoria de 1832* dirigida al Congreso de la República, le exponía: “*Las leyes españolas... presentan a cada paso tropiezos y embarazos a la rápida marcha de la administración de justicia... Estas leyes que envuelven contradicciones en sí mismas la tienen también con las de Venezuela... apenas se puede decir que [Venezuela] ha recibido como legado de [Gran] Colombia un cúmulo de leyes heterogéneas en su origen e incombinales para su aplicación... Tal es la confusión que presentan nuestras leyes...*”<sup>352</sup>.

El licenciado guatemalteco Agustín Gutiérrez Lizaurzábal escribía en 1834, con referencia a Costa Rica: “*La falta de códigos que reglamenten los deberes y derechos del hombre nos obliga a regirnos por leyes mendigadas a otras naciones, las que, por su antigüedad, por el espíritu del Gobierno que las formó y por su confusión, de ningún modo son adaptables. A fuerza de glosarlas e interpretarlas un sinnúmero de juristas, las han desfigurado de tal modo, que dejan sobrado campo para oprimir al ignorante y favorecer al culpado. Las diferentes opiniones de estos glosadores pueden formar, en un solo caso, leyes opuestas, como lo son sus doctrinas*”<sup>353</sup>.

El Presidente ecuatoriano, Vicente Rocafuerte, decía en un discurso dirigido al Congreso en 1835: “*La organización del Poder Judicial es también de la más alta importancia. Con dolor se echa de ver, dice un célebre jurisconsulto moderno, la disparidad que reina entre los prácticos forenses y el rumbo que van tomando todos los ramos que contribuyen al gobierno y administración de las naciones. Débese, sin duda, en gran parte, tan deplorable atraso, a la obstinación con que seguimos observando un sistema legislativo decrepito en sustancia y en sus formas, compuesto de partes heterogéneas, elemento de un régimen monárquico, el más absurdo y vicioso de cuantos existen en los pueblos modernos, y tan poco análogo a los progresos que de consuno están haciendo todos los amos del saber humano, como a las necesidades de unos estados nuevos, que han pasado repentinamente de los excesos del despotismo al ejercicio ilimitado de la libertad*”<sup>354</sup>.

El mexicano Juan Rodríguez de San Miguel, en el *Discurso preliminar* de sus *Pandectas hispano-mexicanas* editadas en 1839, justificaba su trabajo, entre otras cosas, en que: “*La [legislación] nuestra, después de casi treinta años de revolución, no solamente de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente más que otra alguna la compilación, diversidad e incertidumbre de las leyes. Las monárquicas de diversos siglos y códigos mezcladas con las constitucionales españolas, con las recopiladas y las no recopiladas de Indias, con las de la forma federal y con las de la central, las unas en parte vigentes, en parte alteradas, en parte acomodadas con*

---

<sup>351</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 22 anexo 87, p. 53.

<sup>352</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XXVI.

<sup>353</sup> GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL, Agustín, Revista política de Costa Rica en el año 1834, en *Noticioso Universal* (Alajuela, 16 de agosto de 1834), transcrito por GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica*, en *Revista de Ciencias Políticas* 69 (1991), p. 44.

<sup>354</sup> En CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1956), Vol. I, pp. 91 s.

*nomenclaturas de autoridades, corporaciones y causas, que han desaparecido, como virreyes, corregidores, intendentes, consulados, etc. y cuyas atribuciones se han distribuido, según su naturaleza, entre los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, forman caos tenebroso, retardan la administración de justicia, dificultan el despacho y el acierto de las autoridades e impiden la instrucción, exigiéndose para poseer al menos los códigos indispensables, un desembolso de consideración, superior a la posibilidad en que generalmente se encuentran los jóvenes que se dedican a esta carrera”<sup>355</sup>.*

El jurista granadino (nacido en Panamá), Justo Arosemena, escribía al Presidente de la Confederación Granadina a principios de la década de los años 50: *“El estudio de las leyes, que ha constituido mi profesión, me dejó ver desde muy temprano que nuestros códigos heredados del gobierno español eran un hacinamiento confuso de disposiciones heterogéneas, expedidas en muy diferentes épocas y fundadas sobre principios ya evidentemente erróneos, ya dudosos, y pocas veces exactos; que los derechos del granadino en su condición privada se hallaban comprometidos en medio de ese laberinto sin salida segura, y de ese arsenal que ofrece armas para todas las opiniones, o lo que es peor, para todas las pretensiones por injustas que sean; y finalmente, que la profesión de abogado... había caído en descrédito por el abundante número de los que tentados de la facilidad con que nuestra monstruosa legislación se presentaba a todas las temeridades, eran arrastrados del vértigo seductor de una fama cimentada en el ardid y la capciosidad, más bien que del sencillo y puro deseo de corresponder al concepto de próbido jurisconsulto”<sup>356</sup>.*

El jurista argentino, Marcelino Ugarte, quien habría de ser comisionado para redactar un proyecto de código civil en su patria, decía en 1855 en su *Discurso leído ante la Academia de Jurisprudencia*, lo que sigue: *“En otros países que tienen una legislación metódica y bien organizada, el trabajo de los que se consagran al estudio del derecho se simplifica mucho. Pero entre nosotros que los códigos carecen de orden y de unidad, en que hay materias sobre las que se halla una multitud de leyes diversas, incoherentes, a veces contradictorias, que es preciso reunir, comparar y conciliar, otras sobre las que nada o muy poco se encuentra, y en que es preciso suplir el vacío con inducciones de otras leyes, con principios generales, con doctrinas; entre nosotros que las leyes compiladas se cuentan por millares, y además las cédulas, las pragmáticas, las resoluciones, los autos acordados, las reales órdenes, todo revuelto, mezclado,*

---

<sup>355</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas hispano-mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año 1820* (Nueva edición, Méjico, 1852), Vol. I, Discurso preliminar, parte primera, p. XI s. La primera edición es de 1835.

<sup>356</sup> Cit. por CUESTAS, Carlos, *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*, en *Revista Brasileira de Direito Comparado* 7 (Rio de Janeiro, 1992) 12, p. 78 s. = BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), Vol. I, p. 130. Otra crítica aparece en el alegato que Arosemena presentó al Congreso de Nueva Granada para justificar su proyecto de erigir a Panamá como Estado: *El estado federal de Panamá*, ahora en AROSEMENA, Justo, *Estudios históricos y jurídicos* (Buenos Aires y otras, W. M. Jackson, 1945), pp. 76 ss.



*amontonado; entre nosotros que tenemos una legislación hecha a pedazos, hoy una ley, mañana otra, sin sistema, con fechas muy distantes; entre nosotros, que hasta el lenguaje de las leyes es un duro inconveniente, el trabajo es inmenso para solo aprender y retener de memoria las disposiciones legales. Es preciso consumir la vida en el estudio, sin que se pueda estar seguro de conocerlas todas. Para un solo punto se necesita invertir días y meses, registrando libros, comparando leyes, agotando la inteligencia, para quedar al fin muchas veces con más dudas de las que se tenían al principio. Y vienen luego los autores con sus distinciones, sus sofismas, sus citas de otros autores que escribieron hace siglos, cuyas obras cubiertas de polvo, están ahí en los rincones de las bibliotecas, como recuerdos de la antigüedad que el hombre mira con respeto y no se atreve a tocar. Los autores con ese espíritu de chicana, de disputa, de erudición indigesta que caracteriza a casi todos los juristas españoles. Los autores que en vez de dirigir, confunden, que en vez de iluminar, obscurecen, y que sin embargo es preciso conocer, aunque no sea mas que para saber cómo se entendían y aplicaban las leyes en su tiempo, y comprender por ese medio la inteligencia y la aplicación que se les da en el nuestro. Todo esto hace de la jurisprudencia entre nosotros, una ciencia complicada y misteriosa, una especie de santuario al que solo se puede llegar por veredas tortuosas, a fuerza de paciencia y de empeño. Y sin embargo nada debía ser más claro, más sencillo, más al alcance de todos que la jurisprudencia. Así, el estado de la nuestra produce males tan notorios, que puedo pasar sin indicarlos”<sup>357</sup>.*

El salvadoreño Isidro Menéndez decía en 1855, en el prólogo de su *Recopilación de Leyes de El Salvador*: “La legislación del Estado es muy copiosa, por la mayor parte de casos incoherente y aun contradictoria; y muchas veces nada conforme a los principios establecidos. Se ha legislado hasta el prurito y sin tino ni orden: es, por decirlo de una vez, una legislación miscelánea y en la mayor parte inútil y aún perjudicial”<sup>358</sup>.

El considerando 1º del decreto N° 175, de 8 de marzo de 1877, con que el Presidente de Guatemala Justo R. Barrios promulgó el Código Civil de Guatemala, decía: “Que la legislación hasta ahora vigente en la República, en su mayor parte la antigua española, es incompleta, confusa y de difícil inteligencia y aplicación por hallarse contenida en diferentes cuerpos”<sup>359</sup>.

Y así en muchos casos, según se advirtió.

Casi siempre la crítica iba aparejada con el remedio: la confección de nuevos códigos que debían sustituir a la antigua legislación; pero de esto nos ocuparemos en otro párrafo<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> El discurso fue editado por ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Marcelino Ugarte. 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional* (Buenos Aires, 1954), p. 201 ss.; el texto transcrito en pp. 205-206..

<sup>358</sup> En RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico del Código Civil*, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]), pp. 53.

<sup>359</sup> En *Código Civil de la República Guatemala* (Guatemala, 1877), p. 1.

<sup>360</sup> Vid. infra § 17, I.

## QUINTA PARTE

### LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA

## § 16. La época de la formación de la idea de codificación en Iberoamérica

### I. La tradición sobre fijación del derecho en Indias como raíz, precedente y marco de la codificación

1. Las Indias heredaron de Castilla su rica tradición sobre fijación del derecho<sup>361</sup>, inicialmente cuando los antiguos códigos medievales castellanos les fueron extendidos con todo su derecho, desde el primer momento; y después, al ocurrir lo propio con las recopilaciones modernas de 1567 y 1805. Esta herencia había recibido un reforzamiento en 1680, al emitirse la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, que actuaba como código general en el interior del derecho indiano. Pero antes había habido compilaciones de leyes indianas, que no alcanzaron carácter oficial empero; por lo demás, la gestación misma de la recopilación de 1680 fue muy laboriosa y larga<sup>362</sup>.

2. Ya el Emperador Carlos V había ordenado a la Real Audiencia de Nueva España (México) coleccionar todas las órdenes, provisiones y cédulas dadas para su territorio jurisdiccional, a efectos de remitir la colección al Consejo de Indias. En 1548, el Virrey de Nueva España, Antonio de Mendoza, y la Audiencia, en cumplimiento de esa orden, perfeccionaron una obra que titularon *Ordenanzas y compilación de leyes*.

En 1563, el oidor de la Audiencia de Nueva España, Vasco de Puga, publicó una nueva colección bajo el nombre de *Provisiones, cédulas, instrucciones de su Majestad, ordenanzas de difuntos y audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de la justicia y gobernación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de los indios, desde el año 1525 hasta el presente de 1563*.

Entre 1562 y 1569, por orden del Consejo de Indias, Juan López de Velasco, después designado Cronista de Indias, compiló 9.170 normas indianas según el sistema de las *Siete Partidas*, en forma de resumen de cada una, que extrajo de los registros del Consejo. La obra no se editó en su época, porque quedó para el uso directo del Consejo y sus funcionarios, sino modernamente, recién entre 1927 y 1932, como fuente histórica, y se la conoce ahora con el nombre de “Copulata de leyes y provisiones de Indias”<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Vid. supra § 11.

<sup>362</sup> Lit.: fundamentalmente, MANZANO, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias* (Madrid, 1945; reimp. Málaga, 1981). Visiones de conjunto: SÁNCHEZ BELLA, Ismael y otros, *Historia del derecho indiano* cit. (n. 280), pp. 97 ss.; DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano* cit. (n. 290), pp. 239 ss. Un esquema: MARTIRÉ, Eduardo, *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de Indias*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación de las Leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México, Porrúa, 1987), pp. 25 ss. Para la terminología entonces usada: GARCÍA GALLO, Alfonso, *Leyes, recopilaciones y códigos*, *ibid.*, pp. 3 ss. En todo caso, vid.: CONDE, José Ignacio, *Algunas notas para la bibliografía de la Recopilación de Indias*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación* cit. *ibi*, pp. 625 ss.

<sup>363</sup> PEÑA CÁMARA, José, La Copulata de Leyes de indias y las ordenanzas ovandinas, en *Revista de Indias* año II, N° 6 (Madrid, 1941), pp. 121 ss.

Una vez concluida esta “Copulata”, en 1569, el Visitador del Consejo de Indias, Juan de Ovando, inició la redacción de un cuerpo jurídico, que algunos autores modernos denominan “Código Ovandino o de Ovando”<sup>364</sup>. También se inspiraba en las *Siete Partidas* y no consistía en una mera recopilación. Ovando alcanzó a formular completamente un libro I: *De la gobernación espiritual*, y parte de los libros II: *De la gobernación temporal*, y III: *De los indios*, pero su muerte en 1575 interrumpió la labor. Previamente, algunas secciones de este proyecto fueron promulgadas como leyes independientes.

Paralelamente, el Virrey del Perú, Francisco de Toledo, hacia 1570, proyectaba una recopilación, que suspendió al tener noticias de los trabajos de Ovando y a cuya muerte reanudó con la ayuda de dos oidores; pero sin que haya noticias sobre sus resultados.

En 1574, el oidor de la Audiencia de Nueva España Alonso de Zorita concluyó unas *Leyes y ordenanzas reales de las Indias del Mar Océano*, que eran una compilación de disposiciones resumidas dadas para esa región, por lo cual el Consejo de Indias no la aprobó<sup>365</sup>.

En 1596, el licenciado Diego de Encinas, funcionario del Consejo, por encargo de su Presidente, realizó una compilación de 2.472 disposiciones indianas vigentes, para seleccionar las cuales revisó 250.000 registradas en los archivos de aquel organismo. Encinas no resumió el contenido de las normas selectas, que ordenó por materias. Debido a la evidente utilidad de la obra, fue mandada imprimir por el Consejo el mismo año de 1596 en cuatro volúmenes, bajo el nombre de *Libro de provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones y cartas libradas y despachadas por sus Majestades...*, que se conoce ahora como “Cedulario de Encinas”<sup>366</sup>. La tirada, empero, fue de solo 48 ejemplares, para uso interno del Consejo.

3. En 1603, el abogado quiteño Diego de Zorrilla recibió del Consejo el encargo de compilar las normas indianas, lo que proyectó asumiendo el modelo de la *Nueva Recopilación* de Castilla de 1567, en nueve libros (que, a su vez, seguía el del *Codex Iustinianus* según su edición medieval en nueve de los doce libros originales)<sup>367</sup>.

Cuando Zorrilla fue designado para otro destino en 1608, se encargó la tarea a Rodrigo de Aguiar, quien retuvo a Zorrilla para ese efecto. A partir de 1623, Aguiar contó con la colaboración de Antonio de León Pinelo, que venía proyectando privadamente una recopilación desde cuando era oidor en Lima. Gracias a esta ayuda, Aguiar pudo publicar en 1628 unos *Sumarios de la Recopilación de Leyes de Indias*<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Dos estudios sobre el Código de Ovando* (Pamplona, 1987).

<sup>365</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *La recopilación de leyes de las Indias de Alonso de Zorita*, ahora en EL MISMO, *Orígenes* cit. (n. 277), pp. 123 ss.

<sup>366</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El ‘Cedulario de Encinas’*, ahora en EL MISMO, *Orígenes* cit. (n. 277), pp. 131 ss. Edición facsimilar de la de 1596: Madrid, Cultura Hispánica, 1945, 4 vols..

<sup>367</sup> MANZANO, Juan, *Los trabajos recopiladores de Diego de Zorrilla y Rodrigo de Aguiar*, en VV. AA., *Colección de estudios histórico-jurídicos, pedagógicos y literarios. Homenaje a D. Rafael de Altamira* (Madrid, 1936), pp. 368 ss.

<sup>368</sup> SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Publicación de los sumarios de Aguiar (1629) y su utilización en España e Indias*, ahora en EL MISMO, *Estudios* cit. (n. 313), Vol. II, pp. 277 ss.

que compendiaban los cuatro primeros libros de los nueve planeados por León Pinelo para la recopilación<sup>369</sup>.

Entretanto, en 1623, León Pinelo había elevado un escrito al Consejo de Indias, que editó en Madrid ese mismo año bajo el título de *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales*<sup>370</sup>. Este escrito, con que su autor se ofrecía al Consejo para el trabajo de recopilador, constituye una suma del arte de compilar leyes, quizá único en su género, que para su época vino a ser lo que en el siglo XVIII fueron los diversos tratados sobre ciencia de la legislación; pero León Pinelo se inspiró fundamentalmente en los preceptos que sobre la materia había dado Justiniano a los compiladores de las diversas partes del *Corpus iuris civilis*, según aparecen en las constituciones preparatorias y promulgadoras de esas partes<sup>371</sup>.

Aguiar murió en 1629 y León Pinelo continuó en solitario la tarea, que culminó en 1635, al presentar al Consejo un proyecto completo de recopilación de 7.281 leyes (de unas 400.000 que revisó) distribuidas en nueve libros. Dicho organismo la hizo revisar por una comisión que presidió Juan de Solórzano Pereira<sup>372</sup>. Diversas circunstancias impidieron la aprobación final y la edición de la obra<sup>373</sup> y León Pinelo murió en 1660 sin verla oficializada. Con posterioridad, el relator del Consejo, Fernando Jiménez Paniagua, fue encargado de llevar adelante la empresa recopiladora; pero éste se limitó a revisar la obra de León Pinelo, para eliminar disposiciones, pues las redujo a 5.515, y para agregar y cambiar de localización otras, presentándola totalmente como producto de su trabajo y silenciando el nombre de su verdadero autor, que había sido León

---

<sup>369</sup> Otro proyecto interesante que merece mención es el de un *Código Peruano*, así denominado por su autor, Gaspar Escalona y Agüero, que se inspiró para ello en el título del *Codex Frabrianus* con que en 1610 el jurista piomontés Antonio Faber editó una compilación de decisiones del Senado de Savoya. Escalona concibió su proyecto, que no consistía en una recopilación sino en una nueva redacción fundada en normas pontificias, reales y virreinales concernientes al estatuto de los indios, en un escrito de 1635, pero no llegó a ejecutarlo. Sobre él: GARCÍA GALLO, Alfonso, *El proyecto de 'Código Peruano' de Gaspar de Escalona y Agüero*, ahora en *Estudios de historia del derecho indiano* (Madrid, 1972), pp. 367 ss. Ahí mismo, pp. 378 ss., el aludido escrito de 1635.; SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Notas sobre Gaspar de Escalona y Juan Luis López, juristas del Virreinato peruano*, en *RChHD*. 6 (Santiago, 1970), pp. 217 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El derecho municipal del Perú. Apuntes sobre su configuración*, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios* (Madrid, 1991), Vol. I, pp. 126 ss.

<sup>370</sup> Reedición facsimilar por Ricardo Levene, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 8 (Buenos Aires, 1957), pp. 211 ss. Edición moderna por José T. Medina (Santiago de Chile, 1958), pp.157 ss.

<sup>371</sup> Sobre esto: BERNAL DE BUGEDA, Beatriz, *El derecho romano en el Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6 (Quito, 1980), pp. 147 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Romanismo en la teoría recopiladora de León Pinelo*, en *VII Congreso del instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios* (Buenos Aires, 1984), Vol. I, pp. 373 ss.

<sup>372</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, *La 'Nueva Recopilación de las Leyes de las Indias' de Solórzano Pereira*, en *AHDE*. 21-22 (1951-1952), pp. 529 ss.

<sup>373</sup> Edición moderna: LEÓN PINELO, Antonio de, *Recopilación de las Indias* (México, Porrúa, 1992), 4 vols. SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *La obra recopiladora de Antonio de León Pinelo*, en ICAZA DUFOUR, Francisco de (coord.), *Recopilación de las Leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México, Porrúa, 1987), pp. 87 ss.

Pinelo<sup>374</sup>. En fin, mediante real provisión de 18 de mayo de 1680, el Rey Carlos II promulga este cuerpo como *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, que se editó al año siguiente<sup>375</sup>.

4. Como tenía que resultar natural, la actividad normativa indiana continuó, de modo que la Recopilación de 1680 empezó a dejar de ser un receptáculo exhaustivo de la legislación de esos reinos. Por ello, en 1778, durante el reinado de Carlos III, se proyectó una revisión de dicho cuerpo por una junta especialmente designada para ejecutar un *Nuevo código de leyes de Indias*, que empero no era sino una nueva recopilación, de forma que el nombre de “código” resultaba ser un tributo a los tiempos. Su redactor principal fue Juan Crisóstomo Ansótegui, quien en 1780 presentó a la junta el proyecto de un libro I sobre materia eclesiástica; la junta lo mejoró y elevó a la consideración del Rey Carlos IV, quien lo aprobó en 1792, pero no lo promulgó, si bien algunas leyes le fueron separadas y promulgadas independientemente<sup>376</sup>. Nuevos intentos de revisar la Recopilación hechos bajo el reinado de Fernando VII también fracasaron; y de esta suerte, aquélla permaneció como el cuerpo básico del derecho indiano hasta la época de las independencias y aún después, como parte de los derechos nacionales, cuando las nuevas repúblicas debieron reconocer la herencia jurídica hispánica, mientras se daban una legislación propia bajo la forma de códigos modernos.

Entretanto, sirvieron de subsidio a la recopilación dos fijaciones de leyes castellanas e indianas que no tuvieron carácter oficial, pero que por su utilidad recibieron gran uso práctico, una hecha en España y la otra en América. Se trata, por un lado, del *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, de Antonio Xavier Pérez y López, publicado en 28 volúmenes entre 1791 y 1798 en Madrid<sup>377</sup>; en esta obra, la legislación no recopilada viene transcrita por materias dispuestas en orden alfabético y cronológico. Por otro, de *El moralista filatélico americano o El confesor imparcial instruido en las obligaciones de su ministerio*, de José Matraya y Ricci, publicado en 1819 en Lima, que contiene un *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales*

---

<sup>374</sup> El cotejo muestra que la recopilación de 1680 es en verdad el proyecto de León Pinelo: vid. los trabajos en tal sentido realizados por Ismael Sánchez Bella, Mercedes Galán Lorda y Joaquín Salcedo Izu, que se publicaron en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios* (Madrid, 1991), Vol. I, pp. 63-107.

<sup>375</sup> ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael de, *Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680* (Buenos Aires, 1941); ICAZA DUFOUR, Francisco de (coord.), *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México, Porrúa, 1987). Edición facsimilar de la de 1681: Madrid, Cultura Hispánica, 1973, 4 vols..

<sup>376</sup> MANZANO, J., *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyecto de Juan Crisóstomo de Anzótegui*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 18 (Madrid, 1935), pp. 703 ss.; 19 (1936), pp. 5 ss.; MURO OREJÓN, Antonio, *Estudio general del Nuevo Código de las Leyes de Indias*, en *VV. AA., Homenaje al Dr. Muro Orejón* (Sevilla, 1979), Vol. II, pp. 13 ss.

<sup>377</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *El Teatro de la legislación universal de España e Indias y otras recopilaciones indianas de carácter privado*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 8 (Buenos Aires, 1957), pp. 267 ss.

generales emanadas después de la publicación de la *Recopilación de las leyes de Indias*<sup>378</sup>.

5. También el derecho especial fue objeto de fijaciones en Indias. Aquí nos limitaremos a señalar dos que resultaron promulgadas.

Desde luego cabe recordar las *Reales Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del importante cuerpo de minería de Nueva España y de su Real Tribunal General*, promulgadas por Carlos III en 1783, editadas en Madrid ese mismo año y que habían sido elaboradas por el mexicano Joaquín Velásquez de León<sup>379</sup>; con posterioridad estas leyes fueron extendidas a otras secciones de América; así, en 1785 al Perú y Chile, en donde fueron repromulgadas con adaptaciones. Este cuerpo constituye una desarrollada ordenación legal del ramo minero.

Asímismo la real cédula de 31 de mayo de 1789, del Rey Carlos IV, sobre “educación, trato y ocupaciones de los esclavos, en todos sus dominios de Indias e islas Filipinas”<sup>380</sup>, que suele ser llamada “Código Negro o Negrero” y también “Código Carolino”. Su materia queda suficientemente indicada en la rúbrica transcrita. Sustancialmente es una fijación de normas contenidas en las *Siete Partidas*, la *Nueva Recopilación* y la *Recopilación de Indias* que atañen al estatuto jurídico de los esclavos negros; pero formalmente no es una recopilación, pues aquel contenido aparece nuevamente redactado y articulado en capítulos, que son 14, si bien el estilo conserva todavía las características de las leyes antiguas, con tendencia al discurso y al razonamiento.

6. Atendida esta antigua y amplia tradición que hemos expuesto, los juristas y políticos indianos, pues, se encontraban profundamente familiarizados con la idea de fijación del derecho en cuerpos legislativos. Ello sirve de marco con el que explicar que la renovación de aquella idea bajo la forma de codificación, haya podido incorporarse en ellos. Y también es en este sentido en el que puede decirse que el fenómeno de la codificación en América se inserta en la corriente general de la codificación europea y forma una unidad con ella, sin perjuicio de constituir además una rama diferenciada<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> Hay edición facsimilar del *Catálogo*, con una *Advertencia* sobre *El conocimiento del derecho a fines del siglo XVIII y principios del XIX* de José María Mariluz Urquijo (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978).

<sup>379</sup> RAMOS, Demetrio, *La ordenación de la minería en Hispanoamérica durante la época provincial (siglos XVI, XVII y XVIII)*, en vv. AA., *La minería hispana e iberoamericana. Contribución a su investigación histórica* (León, 1970), pp. 394 ss. Vid. ahora la edición del proyecto de Velásquez por GONZÁLEZ, María del Refugio, *Ordenanzas de la minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal. Estudio y edición por...* (México, UNAM., 1996).

<sup>380</sup> Su texto como apéndice al trabajo de LEVAGGI, Abelardo, *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica*, en *Revista de Historia del Derecho* 1 (Buenos Aires, 1973), pp. 160-168.

<sup>381</sup> Aunque desde otro punto de vista, insiste en esta unidad, sin perjuicio de una diferenciación: BRAVO LIRA, Bernardino, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en *REHJ.* 9 (1984), pp. 113 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 51 ss.

## II. La época de formación de la idea de la codificación en Iberoamérica

1. Pero la idea moderna de la codificación penetró en los espíritus, o quizá afloró de ahí, en donde yacía pasiva, por lo general una vez consumado el proceso de la Independencia.

Hubo casos excepcionales. Así el de Venezuela, cuyo Congreso Constituyente ya en 1811 acordó designar una comisión encargada de formar un código civil y criminal<sup>382</sup>; y cuya Carta Federal de ese mismo año previó la composición de tales mismos códigos<sup>383</sup>. También en la futura Argentina, en donde un anónimo proyecto de constitución para las Provincias del Río de la Plata de 1811 ya hablaba de formar un breve y sencillo código<sup>384</sup>; amén de que en varios proyectos constitucionales de 1813 el asunto volvía a ser agitado<sup>385</sup>. Asimismo en la futura Colombia, como se ve en la constitución de Cundinamarca de 1811, uno de cuyos artículos encargaba al Cuerpo Legislativo la “*reforma del código*”<sup>386</sup>; y más claramente en el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, de 27 de noviembre de 1811, que reservaba a la Federación: “*La formación de sus códigos civiles y criminales*”<sup>387</sup>. Estos casos, si descontamos aquellas zonas del imperio español en que la Constitución de Cadiz, que portaba un artículo concerniente a la codificación, estuvo vigente, porque entonces la idea de codificar fue algo extrínseco, representan, pues, excepcionales momentos de precocidad, cuya manifestación, por lo demás, no fue seguida inmediatamente de actividades coincidentes y eficaces. La regla general, así, fue que solo al término del proceso independentista surgiese una atención hacia la codificación.

2. De esta manera, en cada territorio, entre los principales, cabe reconocer como la primera manifestación pública de la idea codificadora, respectivamente a las siguientes:

En México, independiente en 1821, al decreto de 22 de enero de 1822 de la Soberana Junta Provisional Gubernativa, por el que dispuso la formación de comisiones destinadas a preparar los proyectos de los códigos civil, penal, de comercio, minería, agricultura y artes<sup>388</sup>.

En Chile, que alcanzó la independencia en 1818, al discurso de Bernardo O'Higgins, Director Supremo de Chile, de julio de 1822, en el que propuso al Congreso Constituyente sustituir el derecho antiguo por los cinco códigos napoleónicos<sup>389</sup>.

En la (Gran) Colombia, emancipada hacia 1819, al decreto del Encargado de la Presidencia, el general Francisco de Paula Santander, de enero de 1822, que ordenó por

---

<sup>382</sup> Vid. infra § 33, I, 1.

<sup>383</sup> Vid. infra § 33, I, 1.

<sup>384</sup> Vid. infra § 38, I, 2.

<sup>385</sup> Vid. infra § 38, I, 2.

<sup>386</sup> Vid. infra § 31, I, 2.

<sup>387</sup> Vid. infra § 31, I, 2.

<sup>388</sup> Vid. infra § 21, I.

<sup>389</sup> Vid. infra § 29, I, 2.



primera vez la creación de una comisión redactora de un proyecto de legislación propia de la república<sup>390</sup>.

En el Perú, emancipado en 1821, a su Constitución de 1823, que prescribía la formación de códigos civil, criminal, militar y de comercio<sup>391</sup>.

En El Salvador, a su Constitución Política de 1824, que facultó al Congreso Nacional para formar un código civil y uno criminal<sup>392</sup>.

En Bolivia, a un decreto del Mariscal Antonio José de Sucre, de 21 de diciembre, que dispuso que los tribunales de justicia se sujetaran a la ley de las Cortes españolas de 9 de octubre de 1812 relativa a la forma de proceder “*mientras se arreglen los Códigos civil y penal*”<sup>393</sup>.

En Honduras, al art. 32 N° 2 de la Constitución particular de 1825, que declaraba como atribución de la Asamblea del Estado: “*Formar el código civil y el criminal...*”<sup>394</sup>.

En Costa Rica, a un opúsculo del licenciado Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, publicado en 1834, en el que reclamaba la codificación bajo la forma de una adopción de los códigos de la Luisiana<sup>395</sup>.

En el Uruguay, que se emancipó de la Argentina en 1827, a la proposición de José Ellauri, formulada en 1836 a la cámara legislativa a que pertenecía, de formar una comisión de juristas encargada de redactar una ley de organización judicial y unos códigos civil, comercial y de procedimientos civiles; proposición reiterada en marzo de 1837 por Ramón Masinia a la misma cámara<sup>396</sup>.

En esta forma, en términos generales podemos fijar en la década de los 20 del siglo XIX el apareamiento de la idea codificadora en Iberomaérica, que coincide con la época de emancipación real de la mayoría de sus territorios; con las excepciones de Venezuela, la Argentina y Colombia, en donde, por lo demás, la precocidad en el planteamiento de la idea codificadora no tuvo el correlato de una precocidad en la formulación efectiva de sus códigos.

### **III. Las fases de la codificación en Iberoamérica**

1. Bien que la idea de reformular el derecho de los nacientes estados mediante nuevas fijaciones se hubiera presentado después de consumada su independencia, aunque no siempre decantada en la manera de la codificación moderna, una cosa era aspirar a fijar el derecho, sugerir iniciativas conducentes e incluso proponer planes bien

---

<sup>390</sup> Vid. infra § 31, I, 2.

<sup>391</sup> Vid. infra § 26. I.

<sup>392</sup> Vid. infra § 32, I, 1.

<sup>393</sup> Vid. infra § 22, I, 2.

<sup>394</sup> Vid. infra § 35, I, 1.

<sup>395</sup> Vid. infra § 24, I, 2.

<sup>396</sup> Vid. infra § 42, I, 2.

meditados para encauzar ese proceso, y otra asaz diferente llevar a cabo y buen éxito ese cúmulo de proposiciones, esto es, efectivamente confeccionar nuevos códigos capaces de sustituir con eficacia la institucionalidad en vigor. De hecho había dos partidos posibles. Uno consistía en emprender una fijación que tomara como base el derecho hasta entonces vigente, esto es, el castellano-indiano heredado y el patrio novísimamente formado, para reformularlo de acuerdo con los cánones de la moderna ciencia de la legislación, ya cristalizados en los códigos europeos; otro era el de adoptar en bloque, o bien adaptar, alguno de los códigos ya existentes, generalmente europeos.

En un momento inicial, la primera vía quedó cerrada de hecho, aunque no siempre en la intención. En su lugar se verá cómo, desde que en cada país apareció la idea de la codificación, se sucedieron las proposiciones y planes para consumirla y cómo sucesivamente fracasaron. La formulación de códigos propios y originales, que recogieran lo más posible el derecho vernáculo, era una empresa que exigía un ambiente social que no solió darse en los nuevos estados. La clausura de la época de la Independencia en la mayoría de los casos cedió su lugar a una situación de inestabilidad y turbulencia que naturalmente tenía que preocupar a los espíritus e impedirles el ocio o la contracción necesarios para meditar y realizar la obra de la codificación; por lo demás, la tan necesaria como prioritaria y urgente tarea de organizar el gobierno y la administración de los nuevos Estados absorbía la energía y el talento de los hombres más disponibles. En tales circunstancias se presentaba el modelo de los códigos napoleónicos, a los cuales se adosaba una suerte de oferta implícita que venía a decir que la empresa de la codificación ya había sido consumada, que no era necesario repetirla, que estaba a disposición. Incluso en Europa, países de gran tradición jurídica, como Holanda en 1830 y en 1838, Italia en 1865 y España, tan tardíamente como en 1889, y varios otros, por cierto, aceptaron en parte esa oferta, renunciaron a emprender la codificación por cauces propios y terminaron por plegarse al modelo napoleónico.

2. En esta forma, fue bajo los auspicios de aquel modelo que se inició la efectiva codificación en esta parte del mundo. Ya el Estado de la Luisiana, perteneciente a los Estados Unidos de Norteamérica, había promulgado por vez primera un código moderno en el continente, cuando en 1808 hizo aquello con el que se llamó *Digeste des lois civiles*. En 1825 siguió la República de Haití, que a la sazón comprendía toda la isla de Santo Domingo, esto es, el territorio occidental que después conservó, hasta hoy, el nombre de Haití, y aquel oriental que se llamó República Dominicana. Entre 1827 y 1829 correspondió el tercer turno general del continente y primero de la América de habla castellana, al estado mexicano de Oaxaca<sup>397</sup>, cuyo código rigió hasta 1837, si bien, revisado, fue puesto nuevamente en vigencia ahí en 1852, para ser derogado al año siguiente. En 1830, la iniciativa pasó a la América de habla castellana del sur, con Bolivia (cuyo código originó los sendos cuerpos legales de los Estados Nor- y Sudperuanos en 1836); y volvió al centro en 1845, con la recién constituida República Dominicana.

---

<sup>397</sup> Aunque, como se acaba de decir, desde 1825 un territorio de habla castellana como aquel de la futura República Dominicana ya estaba regido por un código moderno, solo que en cuanto parte de otro mayor, como la República de Haití, dominada por la población negra de habla francesa de la parte occidental (futuro Haití).

Estos primeros códigos americanos, en efecto, seguían el modelo francés, bajo maneras distintas empero. El código luisiano de 1808 en parte nada despreciable se basó en el Proyecto del año VIII (1800), que habían redactado Portalis, Maleville, Tronchet y Bigot-Prémeneau, y en otra parte en el código de 1804 mismo. El haitiano de 1825 y el oaxaqueño de 1827-1829 eran el código francés definitivo promulgado en 1804, con leves modificaciones. El boliviano de 1830 (y doblemente peruano, por extensión, en 1836) era el de 1804 epitomado y adicionado con derecho español. Y el dominicano de 1845 era el francés, pero no el original sino el de la versión publicada bajo la Restauración.

Entretanto, en otros estados hubo proposiciones frustradas de adoptar el código francés o uno americano basado en él. La primera actitud quedó representada por las sugerencias concernientes del Director Supremo de Chile Bernardo O'Higgins en 1822<sup>398</sup>, del Gobernador Federal de Buenos Aires, Manuel Dorrego en 1828<sup>399</sup>, del Presidente de la (Gran) Colombia, Simón Bolívar en 1829<sup>400</sup>; del Congreso ecuatoriano entre 1830 y 1833<sup>401</sup>; y de la Legislatura guatemalteca en 1836<sup>402</sup>. La segunda, por el intento de adaptar el código boliviano también en el Ecuador, desde 1835, impulsado por el Presidente Rocafuerte y el Congreso, y aplicado primeramente en un proyecto incompleto que el jurista José Fernández Salvador confeccionó basado en dicho código en 1837, en seguimiento de la petición del Congreso; y después en el proyecto que la Corte Suprema del Ecuador inició en 1856 sobre la base del código boliviano, aunque también tuvo en cuenta al peruano de 1852, y que no terminó<sup>403</sup>.

3. Esta primera fase de la codificación americana, consistente en adoptar o adaptar el modelo francés, terminó en 1852, con el código peruano de ese año, aunque la fecha podría ser retrotraída a 1847, en que se editó el proyecto que fue su inmediato antecedente; y aún a los años 1841-1847, en que se publicaron los primeros proyectos chilenos de Bello; mas, por tratarse de proyectos y no de códigos, fijaremos el límite en el anunciado 1852.

A modo de transición, sin embargo, entremedio ocurrió por vez primera un acontecimiento nuevo: la adopción en un país americano de un código hecho en otro también americano. Un precedente se había dado en Costa Rica, cuando en 1834, el licenciado guatemalteco Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, residente ahí, publicó un opúsculo en el que, reclamando la codificación, decía: *“Tenemos a la mano diferentes Códigos y, principalmente, el de los Estados Unidos Norteamericanos, que con muy*

---

<sup>398</sup> Vid. infra § 29, I, 2.

<sup>399</sup> Vid. infra § 38, I, 2.

<sup>400</sup> Vid. infra § 30, I, 2.

<sup>401</sup> Vid. infra § 30, II, 1.

<sup>402</sup> Vid. infra § 28, I, 2.

<sup>403</sup> Vid. infra § 30, II, 2.

*lijeras variaciones, nos serían adaptables y gozaríamos los frutos del trabajo y sabiduría de otras naciones...*"<sup>404</sup>, con alusión a los códigos de la Luisiana.

Y fue en la misma Costa Rica en que la nueva actitud recibió cumplida aplicación: en 1841 se promulgó un *Código General*, que incluía una parte civil, o sea un código de esa materia, la cual era una reproducción, empero, del *Código Civil del Estado Norperuano* de 1836, que, a su vez, era el boliviano de 1830, y éste, en fin, un epítome del francés adicionado con derecho español.

4. Desde 1847, según se adelantó, llegó a su término la primera fase de la codificación, con la transición indicada.

a) A partir de ese año y durante la entera década de los cincuenta, tuvo lugar una notable eclosión codificadora a través de toda Iberoamérica. La representan el proyecto de código peruano de 1847 y el código peruano mismo de 1852, el proyecto uruguayo de Eduardo Acevedo del mismo año, el proyecto granadino de Justo Arosemena de 1853, el proyecto chileno de Andrés Bello de 1853<sup>405</sup>, el proyecto venezolano de Julián Viso del mismo año (republicado en 1854), el código chileno de 1855, el proyecto (parcial) del argentino Marcelino Ugarte de 1858 y la *Consolidação das leis civis* del brasileiro Augusto Teixeira de Freitas de 1858; a fines de 1859 el mexicano Justo Sierra entregó el proyecto de libro I de un código al Gobierno (que había empezado en 1858), al que agregó el libro II y los tres primeros títulos del libro III en enero de 1860; en 1861 se lo editó como *Proyecto de un Código Civil mexicano*, que fue promulgado como código de Veracruz en diciembre de 1861. En este mismo año se empezó a publicar el *Esboço* de Teixeira de Freitas (y se concluyó en 1867).

b) Pero el momento más significativo de esta eclosión estuvo representado por el proceso de codificación peruana entre 1847 y 1852, porque esa codificación no consistió ni en una adopción ni en una adaptación del código francés, sino en una redacción original con contenido de derecho vernáculo y en el que el código francés únicamente funcionó como trasfondo.

La codificación peruana de 1847-1852, en consecuencia, fue la primera endógena de toda Iberoamérica. Si de adaptar o adoptar se trataba, ahora ésta tenía un modelo gestado en su interior y en forma relativamente original; y el movimiento empezó, en consecuencia, a cambiar en esa dirección, como se vio en un proyecto que en 1853 el panameño Justo Arosemena presentó al Congreso de Nueva Granada (futura Colombia), pues no era sino que una versión del Proyecto de Código Civil peruano de 1847. Dicho proyecto fue después promulgado como código por el estado granadino de Magdalena en 1857. Más tardíamente, en 1877, fue Guatemala la que adoptó el código peruano como propio.

---

<sup>404</sup> GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL, Agustín, *Revista política de Costa Rica en el año 1834*, en *Noticioso Universal*, de 16 de agosto de 1834 (reimp. San José, 1987, pp. 1028 ss.), transcrito por GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 69 (San José, Costa Rica, 1969), pp. 44 s.

<sup>405</sup> En realidad, Bello había editado unos proyectos parciales de su futuro código entre 1841 y 1845, que reeditó en 1846 y 1847; y había comenzado a redactarlos desde 1833 ó 1834.

5. El movimiento codificador llegó a su plena maduración con el código chileno promulgado en 1855.

a) Esa maduración se explica porque su autor, el venezolano-chileno Andrés Bello, deliberadamente no quiso adaptar el código francés, sino componer una obra vernácula. El efecto que tuvo esta decisión en el itinerario de la empresa proyectada sirve de ejemplo para lo que se dijo antes en orden a que una vía semejante de hecho quedó cerrada para Iberoamérica una vez consumadas las independencias.

Si bien en Chile la inestabilidad política quedó clausurada en 1830 y el país resultó definitivamente enmarcado en una constitución a partir de 1833, con lo cual se eliminó uno de los obstáculos para el reposado trabajo codificador original, Bello fue constantemente solicitado por el Gobierno de Chile en su tarea de organizar al país: desde 1830 se hizo cargo de la dirección y parte de la redacción del periódico gubernamental *El Araucano*; en 1834 fue designado Oficial Mayor (o sea Subsecretario o Viceministro) de Relaciones Exteriores; en 1837 fue elegido Senador de la República y en 1843 recibió el nombramiento de Rector de la recién creada Universidad de Chile, que debía por lo demás organizar; era consultado permanentemente por los altos funcionarios del Estado y redactaba cuanto escrito o discurso oficial se requería (por ejemplo, la memoria anual del Presidente al Congreso, lo mismo que la respuesta de éste a aquél); entremedio se había agregado su actividad docente en las décadas de los 30 y 40 e intelectual, que nunca dejó a un lado: en 1832 había publicado sus *Principios de derecho de gentes*, más tarde, en 1844 y 1864, reeditados como *Principios de derecho internacional*; en 1835 dio a la luz sus *Principios de ortología y métrica de la lengua castellana*; en 1841, su *Análisis ideológica de los tiempos de la conjugación castellana*; en 1843 publicó sus *Instituciones de derecho romano* y en 1847 su *Gramática de la lengua castellana*, amén de una multitud de escritos menores difundidos en *El Araucano*.

En medio de este cúmulo de solicitudes, era imposible que Bello redactara un código vernáculo en poco tiempo, como la opinión ilustrada pedía. Pero, como se dijo, hacerlo fue su deliberada decisión e inició la empresa en 1833 ó 1834; mas hubo una tardanza de aproximadamente veinte años en terminarla, como no fue el caso de ningún otro código americano: el *Proyecto de Código Civil para la República del Perú* de 1847 fue ejecutado en un año, el *Proyecto de un Código Civil mexicano* de Justo Sierra en un par de años, el *Proyecto de Código Civil para la República Argentina* de Dalmacio Vélez Sarsfiel en menos de cinco y el *Proyecto do Código Civil Brasileiro* en menos de uno.

b) Promulgado el código chileno en 1855, Iberoamérica tuvo un tercer modelo que utilizar y pronto se demostró como el más recurrido, porque el Ecuador lo adoptó en 1857; sucesivamente los estados de la Confederación Granadina hicieron lo propio entre 1859 y 1866 y la República de Colombia en 1887; el Salvador en 1859; Venezuela en 1862; Nicaragua en 1867 y Honduras en 1880 y de nuevo, después de un intervalo, en 1906. Además, influyó poderosamente en el código del Uruguay de 1868, la Comisión Revisora de cuyo proyecto dejó dicho que “...con especialidad el justamente elogiado [código] de Chile... han sido los antecedentes sobre que se ha elaborado la obra que

hemos revisado... ”<sup>406</sup>; el autor de la *Consolidação das leis civis* del Brasil y del *Esboço de Código Civil* brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas, lo calificó de *bello trabalho*<sup>407</sup> y lo empleó para componer este último; y lo mismo hizo el codificador argentino Dalmacio Vélez Sarsfield, quien dejó manifestado su parecer en orden a que el “*Código de Chile... tanto aventaja a los códigos europeos...*”<sup>408</sup>. En la misma Argentina, Domingo Faustino Sarmiento, en 1857, propuso adoptar el código chileno en su país<sup>409</sup>. Todavía a fines de siglo, el autor del proyecto de código del Brasil de 1899, Clóvis Bevilacqua, decía: “*El Código Civil chileno... es justamente considerado como uno de los mejores trabajos de codificación*”<sup>410</sup>.

6. Hacia fines de la década de los cincuenta o principios de la siguiente, tenían código los siguientes países: Haití, el estado mexicano de Oaxaca, Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Perú, Chile, Ecuador, El Salvador, los estados de Colombia y Venezuela. Entre ellos se había distribuido la doble posibilidad de adoptar o adaptar el código francés (Haití, República Dominicana, Oaxaca, Bolivia) o uno dependiente de él hecho en América (Costa Rica); o bien formular un código propio (Perú y Chile); más una nueva tercera posibilidad: adoptar el código del Perú (estado granadino de Magdalena) o el de Chile (Ecuador, El Salvador, los estados de Colombia y Venezuela).

No habían conseguido codificar, en consecuencia: Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Honduras, Guatemala, Nicaragua y los estados mexicanos, con la excepción indicada. También para ellos, pues, continuaban abiertas la tres posibilidades antes señaladas; y de hecho escogieron una de ellas Nicaragua en 1867 y Honduras en 1880, al adoptar cada uno de esos países el código chileno; y Guatemala en 1877, al hacer lo propio con el código peruano.

7. La madurez del movimiento por la codificación todavía habría de manifestarse entre algunos de esos estados.

Argentina, en efecto, promulgó un código en 1869, que había sido iniciado en 1864, el cual no era adopción ni adaptación de los códigos francés, peruano o chileno ni de ningún otro, aunque, en cuanto al sistema, estaba fuertemente influido por el de la *Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas y, en cuanto al contenido, por el

---

<sup>406</sup> Informe de la Comisión de Códigos, de 31 de diciembre de 1867, en *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* (Montevideo, La Nación, 1893), p. II.

<sup>407</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das leis civis* (3ª ed., Rio de Janeiro, 1876), p. LVII, n. 46.

<sup>408</sup> VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio, *Nota de 21 de junio de 1865*, con que envió al Ministro el proyecto de libro I, transcrita por CABRAL TEXO, Jorge, *Historia del Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1929), p. 110 s.

<sup>409</sup> O bien el *Proyecto de Código Civil* del uruguayo Eduardo Acevedo, todo ello en un artículo publicado en *El Nacional* de Buenos Aires, de 22 de enero de 1856. Sarmiento argumentaba que intentar hacer un código propio para la Argentina era repetir un trabajo ya hecho, consistente en codificar unas leyes que eran las mismas que regían en los demás países de América: textos en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia del Código Civil argentino* cit. (n. 408), p. 44 s. Vid. TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 339.

<sup>410</sup> Cit. por VALLADAO, Haroldo, *Don Andrés Bello, jurista de América*, en *Cuarto Libro de la Semana de Bello en Caracas* (Caracas, 1955), p. 337.

articulado del *Esboço* de ese mismo jurista brasileiro y por el del código chileno, amén de recibir influencias de otras muchas fuentes. El cuerpo legal argentino inauguró una nueva forma de codificación en Iberoamérica, que podemos calificar de ecléctica: imposible de identificarlo o parangonarlo con ninguno existente, recibió influencia de todos. Esa misma forma siguió el Uruguay en su código de 1868, que se empezó con posterioridad al argentino; él fue notablemente influído por el código chileno, sin que pueda decirse ser una adaptación del mismo, por el *Esboço* de Teixeira de Freitas, por los dos primeros libros del código argentino, por el *Proyecto de Código Civil* español de 1851 de García Goyena, amén del proyecto del uruguayo Eduardo Acevedo de 1852.

En los tiempos anteriores, el código argentino quizá hubiera podido aspirar a también servir de modelo en Iberoamérica; pero llegó demasiado tarde; y solo lo adoptó el Paraguay, en 1876, como consecuencia de su derrota en la Guerra de la Triple Alianza. México ya había iniciado el proceso de su propia codificación en 1858 encargando un proyecto a Justo Sierra, que este presentó entre fines de 1859 y principios de 1860, y que sirvió de base a los códigos del II Imperio (1866) y de la II República (1870). Ese proyecto y esos códigos, a su vez, lo mismo que Venezuela en 1867, no recurrieron a los modelos hispanoamericanos disponibles, sino que pusieron sus ojos en una obra europea: el *Proyecto de Código Civil* español de 1851 de García Goyena. Y cuando algunos países que ya tenían códigos, como Costa Rica desde 1841, Nicaragua desde 1867, Venezuela en 1867 y Honduras desde 1880 decidieron sustituirlos, tampoco recurrieron al código argentino: en los casos de Costa Rica y de Nicaragua, se optó por promulgar sendos códigos eclécticos en 1886 y 1904; en el de Venezuela, en 1873 se recurrió anómalamente al código italiano de 1865, imitación del francés; y en el de Honduras, en 1898 se adoptó el Código español de ese mismo año, bien que en 1906 volvió ese país al código de Chile.

8. Durante el siglo XIX, Cuba y Puerto Rico permanecieron ajenas al movimiento por la codificación, debido a que continuaron formando parte de la Corona de España. Fue consecuencia de ello que al empezar a tener un código España en 1889, se lo extendiera en este mismo año a esos territorios; sin que, al cesar esa pertenencia casi diez años después, Cuba y Puerto Rico pensarán en sustituir el código heredado.

9. La época clásica de la codificación iberoamericana terminó en 1916. En ese año, en efecto, se promulgó el código panameño, que sustituyó al que Panamá había heredado de Colombia al separarse en 1903 y que era el chileno; el nuevo código, que del anterior conservó el sistema, se fundaba principalmente en el español de 1889 y en parte en el colombiano mismo, o sea en el chileno. El mismo año de 1916, por otro lado, fue promulgado el código brasileño, cuyo proyecto databa de 1899. El Brasil disponía de la rica y original experiencia codificadora de los trabajos de Teixeira de Freitas y no necesitaba recurrir a modelos extranjeros; en consecuencia, asumió esa herencia y la incrementó en su línea pandectística hasta conseguir un proyecto que entonces, por la época en que se lo confeccionó, ya pudo tener presente el nuevo astro europeo representado por el código alemán, que venía a confirmar esa experiencia anterior.

#### **IV. Estabilidad de los códigos**

En general, una vez promulgados, varios de los códigos resultaron bastante estables, es decir demostraron una capacidad de mantenerse vigentes en el tiempo prolongado, en cuanto cuerpos legales, sin perjuicio de sufrir modificaciones de mayor o menos entidad, lo que ha sido imposible de evitar en todas partes del mundo. Ciertamente esta verificación general ofrece excepciones y modos de ser.

1. Las más notables son aquellas de los países de Centroamérica, con excepción de El Salvador y sin contar a Panamá debido a su tardía pertenencia histórica a esa región, que han sido los de más inestable codificación en el continente. Menos visible es el caso de México

a) El primer país de Centroamérica en codificar fue Costa Rica en 1841, cuando adoptó el Código Civil Santa Cruz o boliviano del Estado Nor-peruano (1836); pero lo reemplazó en 1886 con un código ecléctico, el cual aun rige.

Del segundo país hablaremos después.

El tercero fue Nicaragua que en 1867 adoptó el código chileno; pero lo sustituyó en 1904 por otro de ecléctico origen, todavía en vigencia.

Guatemala adoptó en 1877 el código del Perú (1852) y en verdad él se mantuvo en vigor durante el resto del siglo y el primer tercio del siguiente; pero fue reemplazado por un nuevo código en 1933 (salvo el libro sobre obligaciones y contratos), que a su vez resultó reemplazado por otro en 1963.

Honduras, en fin, fue el último país de la región en tener código: en 1880 adoptó el de Chile; pero lo reemplazó en 1898 por otro fundamentalmente basado en el de España de 1889, que a su turno fue sustituido en 1906 por un tercer cuerpo que era sustancialmente reproducción del de Chile y que aun se conserva.

En contraste se presenta el caso de El Salvador, segundo país centroamericano en tener un código, puesto que en 1859 adoptó el de Chile: todavía se encuentra en vigencia y ésta jamás fue interrumpida.

b) En México, el asunto se complica debido a su carácter federal.

El primer código mexicano, y el tercero de América, fue aquel del Estado de Oaxaca promulgado entre 1827 y 1829, que era una reproducción del francés; en 1837 ya no estaba en vigor; pero, revisado, fue restablecido en 1852, aunque al año siguiente se lo derogó. Podemos, en consecuencia, decir que Oaxaca fue un país de codificación inestable.

En el ámbito general, la primera codificación estuvo representada por el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, cuya vigencia no sobrevivió al colapso del Imperio en 1867. En 1870 se emitió un código federal, que en 1884 resultó sustituido por otro. Este último, sin embargo, no era materialmente un código nuevo, sino el mismo de 1870 con algunas modificaciones, que entonces fue repromulgado. México tuvo su tercer (formalmente su cuarto) código en 1928, actualmente en vigor.

Esta inestabilidad externa, no obstante, quedó compensada con una cierta estabilidad material: los códigos del Imperio, de 1870 (y 1884) y de 1928 reconocen su último



origen en el Proyecto de Código Civil que Justo Sierra preparó entre 1858 y 1859 por encargo del Gobierno de Benito Juárez.

2. Antes de presentar a los países de codificación civil absolutamente estable, aun cabe ofrecer unos casos relativamente intermedios.

a) Bolivia tuvo tempranamente su código en 1830, que era una epitomación del código francés integrado con derecho español antiguo. A este cuerpo, empero, lo reemplazó otro, más fiel aun al código francés, en 1845, pero que al año siguiente fue derogado, en sustitución del cual fue restablecido el de 1830, que rigió hasta 1975. Así, el código de Santa Cruz se mantuvo ininterrumpidamente durante 130 años y a lo largo de unos 145 años con el breve intervalo del código de 1845.

b) Venezuela tuvo su primer código en 1862, fecha en que adoptó el de Chile; a poco menos de cumplir un año se lo derogó, con el efecto de volver el país a regirse por el derecho hispano-indiano. El siguiente código fue emitido en 1867, y esta vez reproducía el proyecto de García Goyena; pero dejó de regir en 1873 al ser reemplazado por un nuevo cuerpo legal, que ahora era copia del código de Italia de 1865. En un lapso de poco más de diez años, pues, Venezuela tuvo tres códigos que seguían modelos diversos. Para después debería decirse que todavía conoció cuatro códigos más: en 1880, 1896, 1904, 1916 (y aún otros tres en 1922, 1942 y 1982), y de hecho así es de estar a la tradición venezolana que cuenta dichos códigos posteriores. Pero se trata de un espejismo, porque en ese país existe desde antiguo una disposición constitucional que obliga a repromulgar íntegras las leyes cuando son modificadas; de este modo desde 1880 en adelante no se trató de códigos materialmente distintos, sino del mismo cuerpo de 1873 sucesivamente modificado o revisado, y en esto el código venezolano no se diferenció de los de los otros países, que también recibieron numerosas y sucesivas reformas y modificaciones. En síntesis, pues, entre 1862 y 1873 la codificación se mostró muy inestable en Venezuela; desde 1873, en cambio, se estabilizó y puede decirse que el código de entonces ha regido durante unos 125 años.

c) Apenas merece ser considerado el Perú en este grupo por lo que a la época clásica respecta. Estrictamente ese país, dividido en dos Estados, del Norte y del Sur, como miembros de la Confederación Perú-Boliviana entre 1836 y 1839, tuvo su primera codificación en 1836 cuando a ambos Estados les fue impuesto el boliviano de 1830. El del Estado Nor-peruano rigió hasta 1838 y el del Estado Sud-peruano hasta 1839. El primer código propiamente peruano fue de 1852, que estuvo en vigencia hasta 1936 (el cual fue reemplazado por otro en 1984). Los hechos de haber estado ligada la doble codificación de 1836 al presupuesto político de la Confederación y de haberse tratado de una imposición proveniente de un tercer Estado, impiden considerar como un caso de inestabilidad incluso inicial al Perú, cuyo código verdaderamente nacional, el de 1852, estuvo en vigor durante poco más de ochenta años, aunque no pueda decirse algo similar en la prolongación del siglo XX, puesto que entonces el Perú ha tenido 3 códigos.

d) También apenas hay que mencionar aquí a Colombia.

El primer código que hubo en la Confederación Granadina fue aquel del Estado de Magdalena de 1857, cuyo texto redactó Justo Arosemena reproduciendo el Proyecto de Código Civil del Perú de 1847. Le siguieron los Estados de Santander en 1858 y de Cundinamarca en 1859; pero ambos eran el código de Chile. Enseguida, los estados de

Cauca (1859), Panamá (1860), Tolima (1861), Boyacá (1863), Antioquia (1864) y el propio Magdalena (1866) adoptaron el código de Cundinamarca, o sea el de Chile, lo que el Distrito Federal también había hecho en 1861. Los Estados Unidos de Colombia adoptaron el código de Santander, esto es de Chile, en 1873, como federal; en fin, la unitaria República de Colombia adoptó el de los Estados Unidos en 1887, y desde entonces fue código único para todo el territorio.

Así, pues, la visible pluralidad de códigos que encontramos en la Confederación Granadina, futura Colombia, se debió a su carácter federal y no fue, por ende, sucesiva sino paralela; y en todo caso a esa pluralidad correspondió la unidad material representada por el código de Chile, si dejamos a un lado a Magdalena entre 1857 y 1866.

3. En el resto, la primera codificación que cada país tuvo presentó una estabilidad muy sobresaliente, pues, desde que fueron expedidos, atravesaron sin interrupciones el siglo XIX para internarse hasta nuestros días los códigos civiles de Haití (1825), Chile (1855), Ecuador (1857), El Salvador (1859), Uruguay (1868), Argentina (1869), Colombia (1873/1887), Puerto Rico (1889), Panamá (1916), además del Brasil (1916).

A los anteriores cabe agregar los casos de Paraguay, cuyo código de 1876 rigió ininterrumpidamente hasta 1987; de Bolivia, el de la cual estuvo en vigencia continua desde 1846 hasta 1975; y de Cuba, cuyo código de 1889 fue reemplazado en 1985.

El caso de la República Dominicana es muy especial: ahí se puso en vigencia el código francés de la Restauración sin traducirlo en 1845 y de nuevo en 1876, esta vez en la versión a que se llegó con las reformas de Luis Felipe I y Napoleón III; solo en 1884 se tradujo esa versión al castellano y pudo entonces tenerse un código propio, aunque haya sido copia del francés. De esta manera, sustancialmente el código francés rigió en ese país desde 1845, solo que al ritmo de lo que ocurría en Francia.

Pese a su inestabilidad anterior, demostraron una estabilidad posterior Venezuela desde 1873, Costa Rica desde 1886, Nicaragua, desde 1904 y Honduras desde 1906, hasta ahora.

4. Se observará, en consecuencia, que las codificaciones que se han mostrado más resistentes a la erosión del tiempo y de las transformaciones socio-económicas han sido: (i) aquellas total o muy cercanamente fundadas en la francesa, como fueron los casos de Haití (1825), Bolivia (1830/1846-1975) y República Dominicana (1845), a los que, fuera de Iberoamérica, habría que añadir la Luisiana (1808/1825/1870); y (ii) aquellas dependientes del código chileno: Chile (1855), Ecuador (1857), El Salvador (1859), Colombia (1858 y 1859/1873/1887) y Honduras (1880 y desde 1906), con la única excepción de Venezuela que no conservó el código chileno que se dio en 1862, por razones puramente políticas contingentes internas. Resulta así casi simbólico que las dos más antiguas codificaciones a la fecha existentes en Iberoamérica sean precisamente las de Haití (1825) y de Chile (1855)<sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup> Descartada la República Dominicana que no tuvo un código propio, aunque haya sido copia del francés, sino hasta 1884. En 1845 se limitó a considerar como suyo el francés, sin emitir un cuerpo legal suyo.

## § 17. Los factores incidentes en la formación de la idea de codificación en Iberoamérica

### I. El sentimiento de la crisis del derecho

1. El problema de la incidencia del complejo de ideas que se resumen bajo el rótulo de “movimiento por la codificación” en el espíritu de juristas, políticos e intelectuales americanos que a principios del siglo XIX participaron de una u otra manera en la empresa de la Independencia y después dirigieron políticamente a los Estados nacidos de ella, está incluido ciertamente en el interior del más amplio problema histórico de la influencia de ese movimiento general de orden político, económico, social, ético y religioso, que también resumimos en el nombre de “liberalismo” en esos mismos hombres, porque si bien el liberalismo fue una componente de la codificación, una vez constituida la teoría y la práctica de ésta, se transformó ella misma en uno de los elementos de aquél. Si los dirigentes de la Revolución de Independencia fueron, pues, tradicionalistas, la idea moderna de la codificación les tendría que haber sido más bien extraña; si estuvieron imbuidos de los ideales de la Ilustración y la Revolución Francesa, aquélla tenía que representárseles como una meta que perseguir.

Pero la historia es más compleja, fluida y dinámica que los esquemas algo rígidos de los historiadores. La codificación presentaba también una componente llamémosla técnica, que se entiende muy bien al considerarla también como una respuesta a la crisis del derecho común y al cúmulo de críticas que había suscitado. Para simplificar y resumir, frente a la imagen de caos con que filósofos, juristas y políticos representaban el derecho del Antiguo Régimen, la codificación aparecía como cierta solución instauradora de un orden y sistema ciertos, estables y seguros, cuya demanda superaba entonces cualquier ideología. Una vez que fue llevada a la práctica en códigos como el prusiano o el austríaco y sobre todo el francés, con independencia de su contenido ideológico, la codificación se ofreció así como un instrumento neutro y puramente técnico, como una nueva manera de exponer el derecho en leyes, cuya racionalidad quedaba fuera de la órbita de las discusiones ideológicas. Este aspecto hizo que la codificación se transformara en un artículo de gobierno que la mayoría pudo aceptar, independientemente de sus propias concepciones sociales y políticas.

2. La conexión íntima de la crisis del derecho común, y su consiguiente crítica, con la codificación, cual remedio técnico para aquélla, a que nos acabamos de referir, puede servir para explicar, pues, la penetración de la idea codificadora, e incluso para estimar que ésta recibió en América un impulso autónomo, en la medida en que también ahí, como se vio en su lugar, la crítica obedecía a una realidad sentida como propia. Tenía que resultar natural que ante el sentimiento de esta crisis surgiera en forma espontánea la concepción de conducir la pluralidad y heterogeneidad del derecho vigente a unidad, manifestada en códigos abarcadores, independientemente de la forma concreta que ellos asumieran.

a) Es muy constante esta conexión. Así se la observa, por ejemplo, en una de las primeras codificaciones americanas, la impulsada por Andrés de Santa Cruz, en Bolivia, en 1830. En la proclama que Santa Cruz adjuntó al decreto con que promulgó su *Código Civil* en ese año, se lee: “*Un coro de desaprobación clamaba contra nuestras leyes*

civiles, escritas en los códigos españoles. Confusas, indeterminadas, contradictorias y esparcidas en mil volúmenes diferentes, no podían asegurar la propiedad, el honor y la vida, ni contra los ataques del ciudadano, ni contra los abusos de la magistratura, ni fijar el juicio mismo de los jueces en muchos casos. Restos de la jurisprudencia romana y gótica, redactados en tiempos del feudalismo, no podían ya regir en la América del siglo 19. No era, pues, menos urgente la redacción de un Código Civil...”<sup>412</sup>. Y todavía en los considerandos con que el mismo Santa Cruz, como Protector de la Confederación Perú-Boliviana, otorgó su código al Estado Sud-Peruano en 1836: “*Sud-Peruanos: Vuestra legislación, compuesta de las leyes de los Longobardos, de los Godos, de los Reyes de España y de las Decretales de los Pontífices, esparcidas en cien volúmenes, contradichas por la práctica de los tribunales, y confundidas por la glosa de los comentadores, era una verdadero caos para vosotros, para vuestros defensores y para vuestros propios jueces*”<sup>413</sup>.

La misma conexión se aprecia en las motivaciones del decreto de 30 de julio de 1841, con que el Presidente Braulio Carrillo promulgó su *Código General* en Costa Rica, así: “*Considerando: 1º Que la legislación del Estado se compone de una multitud de disposiciones basadas sobre principios contradictorios...; 2º Que a la incoherencia que resulta de esta masa informe y heterogénea, se agrega la confusión introducida por una multitud de escritores...; 3º Que esa confusión se ha aumentado tanto desde la época de la Independencia del Estado, con las repetidas leyes de circunstancias y reglamentos incompletos, que no basta ningún estudio ni la mejor disposición...*”<sup>414</sup>.

E igualmente en el considerando 1º del decreto N° 175, de 8 de marzo de 1877, con que el Presidente de Guatemala Justo R. Barrios promulgó el Código Civil de Guatemala, que decía: “*Que la legislación hasta ahora vigente en la República, en su mayor parte la antigua española, es incompleta, confusa y de difícil inteligencia y aplicación por hallarse contenida en diferentes cuerpos*”<sup>415</sup>.

Ahora bien, por la época en que se iniciaron las revoluciones de la Independencia, era inevitable que la forma concreta de reducir la pluralidad del derecho a unidad viniera a coincidir en definitiva con la diseñada en el interior del movimiento por la codificación. De hecho, el *Código Civil Santa Cruz* es en una parte importante un epítome del francés; y el *Código General de Costa Rica*, en su parte civil, el *Código Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836 mismo. Esa coincidencia es explícita en el autor político del primero cuando dice: “*Largo tiempo la necesidad y la opinión exigían una reforma en nuestros códigos para que pudiesen conformarse al espíritu del siglo, que es el de la libertad y la filosofía*”<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> En TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia del Código Civil boliviano*, como *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Bolivia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 11.

<sup>413</sup> En RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico*, Anexo I, p. 263.

<sup>414</sup> *Código General de la República de Costa Rica* (Nueva York, Wynkoop y otros, 1858), p. 1.

<sup>415</sup> En Código Civil de la República Guatemala (Guatemala, 1877), p. 1.

<sup>416</sup> En TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia* cit. (n. 412), p. 11.

b) Pero incluso en las mentes en que el diseño de la codificación moderna no era aceptable, la idea de fijar en códigos no resultaba sujeta a discusión. Un buen ejemplo de ello es el plan sugerido en Chile a la Cámara de Diputados el 14 de octubre de 1831 por Gabriel J. Tocornal<sup>417</sup>. En él Tocornal proponía una suerte de revisión del código medieval de las *Siete Partidas*, consistente en reservar la parte dispositivas de sus leyes, eliminando los preámbulos, las citas de autores, santos padres, escritores de la antigüedad y de la Biblia y resolviendo las dudas que los intérpretes habían planteado y solucionado de diversa manera. Expresamente se rehusaba él a acudir a las legislaciones extranjeras y a tomar como modelo a otros códigos.

Algo semejante se encuentra en Bolivia: en los mismos instantes en que el Presidente Santa Cruz empezaba el proceso que habría de conducir al código de 1830, el diario *El Iris de La Paz*, comentando la iniciativa, desesperaba de ella y declaraba: "es por esto que en nuestro humilde sentir, la preciosa y útil obra intitulada 'Manual del abogado americano' podría preferirse para hacer las reformas sobre ese cabal y pequeño compendio de legislación general. Reduciéndose a libros, títulos y leyes las materias que comprenden; incluyendo de las Partidas y recopiladas de Castilla e Indias todo lo que fuese conducente y necesario; según estos o semejantes principios se habría redactado con un tanto de trabajo y constancia un Código Civil completo..."<sup>418</sup>

c) Otro ejemplo de esta autonomía de la idea de fijación está en las diversas obras de fijación emprendidas en América en la época en que, en cada país, aun no se había conseguido implantar la codificación moderna. Así, en México, el jurista de filiación conservadora, Juan Rodríguez de San Miguel, en 1839 editó unas *Pandectas hispano-mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año 1820*<sup>419</sup>. Se trata de una compilación de disposiciones extraídas de los antiguos cuerpos legales castellanos e indios, de normas reales no recopiladas oficialmente, de normas patrias y de fragmentos de escritos de doctrina jurídica, sistemáticamente ordenada. Para componerla, Rodríguez no siguió los cánones de la moderna codificación, sino, según declaración expresa<sup>420</sup>, los preceptos sobre el arte de compilar de Francis Bacon de Verulamio<sup>421</sup>. La motivación directa para emprender esta obra aparece expuesta en el *Discurso preliminar* con que se inicia, y que se ha reproducido más arriba<sup>422</sup>; concretamente decía: "La [legislación] nuestra, después de casi treinta años de

---

<sup>417</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 53 anexo 649, p. 87 s. y N° 54, p. 91 ss.

<sup>418</sup> En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, pp. 17-18.

<sup>419</sup> Hay edición facsimilar de la edición de 1852 (México, UNAM., 1980), 3 volúmenes, con una *Introducción* de María del R. González.

<sup>420</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas hispano-mexicanas* (Nueva edición, Méjico, 1852), Vol. I, *Discurso preliminar*, parte segunda, p. XII s.

<sup>421</sup> BACON, F., *De augmentis scientiarum* (1623), lib. VIII, cap. 3, afor.s. 59-60.

<sup>422</sup> Vid. supra § 15, II, 3.

revolución, no solamente de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente más que otra alguna la complicación, diversidad e incertidumbre de las leyes...”<sup>423</sup>. Y consecuentemente agregaba: “En tal estado, mientras se provee a la nación de códigos propios, o porque se dispongan del todo nuevos, o porque se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección, quede a la justificación de los sabios calificar si es de notoria y suma utilidad redactar en un solo cuerpo la parte útil de la legislación anterior a la independencia y presentar ésta a manera de código general, reunida y purificada de lo totalmente inútil, de lo repetido y de lo expresamente derogado”<sup>424</sup>. Rodríguez, pues, preveía la fijación oficial (“mientras se provee a la nación de códigos propios”); y ésta podría consistir en códigos “del todo nuevos”, en lo cual debemos ver una alusión a la moderna codificación; o bien en cuerpos con que “se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección”, apuntando, así, a una fijación del derecho tradicional.

No fueron raras en América obras similares a la de Rodríguez.

En la Argentina, en 1832, el doctor Bernardo Véliz editó una *Compilación de derecho patrio*. Poco después, entre 1836 y 1841, se publicó una *Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810, hasta fin de diciembre de 1835*, debida al doctor Pedro de Angelis<sup>425</sup>.

En Costa Rica, “Un abogado centroamericano”, seudónimo que escondía a Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, editó en 1834 un *Prontuario de derecho práctico por orden alfabético* o diccionario que reseñaba el contenido de la legislación vigente con citas de ésta y que alcanzó gran éxito forense.

En la Confederación Granadina (futura Colombia), una ley de 4 de mayo de 1843 encargó al Poder Ejecutivo la compilación de los decretos y leyes emitidos en la República. La obra fue llevada a cabo en 1845, con la publicación de un cuerpo de las normas expedidas entre 1821 y 1844 bajo el nombre de *Recopilación de Leyes de la Nueva Granada* (“Recopilación Granadina”); el proyecto había sido diseñado por Clímaco Ordóñez y completado por Lino de Pombo. En 1850, se la adicionó con un apéndice de leyes dictadas entre 1845 y 1850, que hizo José Antonio de Plaza<sup>426</sup>.

En 1846, el abogado chileno Cristóbal Valdés, publicó en Santiago una *Colección de leyes y decretos del gobierno desde 1810 hasta 1823*<sup>427</sup>.

En 1852, fue publicada en Valencia, Venezuela, un *Teatro de la Legislación colombiana y venezolana vigente*, obra del jurista Pedro Pablo del Castillo, que

---

<sup>423</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas* cit. (n. 420), p. XI s.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. XII.

<sup>425</sup> PIÑERO, Jorge, *La ‘Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires’ de Pedro de Angelis*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5 (Buenos Aires, 1953), pp. 217 ss.

<sup>426</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en *VV. AA., 100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, 1987), pp. 189 y 194 s. = *RChHD*. 14 (1991), pp. 294 y 298;

<sup>427</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. I*, pp. 362 ss.

compilaba las leyes, decretos y resoluciones de los Congresos de (Gran) Colombia y Venezuela, las resoluciones del Poder Ejecutivo, los acuerdos de la Corte Suprema, los tratados internacionales y otras<sup>428</sup>. La obra adoptó la forma alfabética de materias, imitando el célebre *Teatro de la legislación universal de España e Indias* (1791-1798), del español Antonio Javier Pérez y López.

En 1855, en El Salvador, el doctor y sacerdote Isidro Menéndez editó una *Recopilación de leyes de El Salvador en el Estado de Centroamérica*<sup>429</sup>.

A esta misma línea de obras pertenece la *Consolidação das leis civis* publicada en 1857 por el brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, no bien que haya hecho parte de un plan más vasto de codificación.

Así, durante mucho tiempo las fijaciones de forma tradicional, o sea las recopilaciones suplieron a la codificación moderna. Pero es cierto que el hecho predominante fue una coincidencia entre la idea abstracta de reducir la pluralidad a unidad en cuerpos compactos de derecho y la idea concreta de la moderna codificación.

## II. La codificación napoleónica

1. La codificación napoleónica, cinco veces manifestada, fue otro de los hechos que alimentaron la idea codificadora en América. El conocido dicho de Napoleón en Santa Elena, de que podrían olvidarse sus éxitos militares, pero no su Código Civil, resultó profético en América, como, por lo demás, también en la misma Europa y en otras partes del mundo. Los libertadores y caudillos americanos, que sintieron asimismo la fascinación que irradió Napoleón<sup>430</sup>, se dejaron arrebatar por el prestigio que envolvió su legislación, como la más moderna forma jurídica al alcance; y a la hora de tener que sustituir su actividad militar por la política, cuando asumieron el gobierno de los territorios a cuya independencia habían contribuido y, por ende, la función legislativa en ellos, en no pocos casos pensaron en proyectar el modelo de la codificación, concretado en los códigos napoleónicos, en el viejo derecho romano-castellano-indiana heredado por los nuevos estados soberanos que ahora dirigían, y de cuya crítica se hacían partícipes. La forma más radical que adoptó esta actitud fue la de simplemente adoptar o implantar dichos códigos para sustituir en un solo y rápido acto toda la antigua legislación. Así, en 1822, el entonces Director Supremo de Chile Bernardo O'Higgins, su Libertador, decía en un discurso: "*Sabéis cuán necesaria es la reformación de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de*

---

<sup>428</sup> Vid. PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XLVI s.

<sup>429</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico del Código Civil*, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]), pp. 54 s.

<sup>430</sup> Sobre la influencia de la figura de Napoleón en los caudillos americanos: STOETZER, Carlos, *El pensamiento político en la América española durante el período de la Emancipación. 1789-1825* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966), Vol. II, pp. 69 ss. La primera traducción del *Code Civil* al castellano fue, al parecer, la editada en Madrid, en 1809, con el título de *Código Napoleón* (un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile); pero tal vez circuló ooco en América, debido a las guerras de la Independencia.

*estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores*<sup>431</sup>. También Simón Bolívar pensó en algo similar, según testimonio de su secretario, José D. Espinal, dado en carta que dirigió el 31 de julio de 1829 al Ministro del Interior de la (Gran) Colombia, en la que le decía: “*El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en [Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país*”<sup>432</sup>. En la Argentina, el Gobernador Federal de Buenos Aires, Manuel Dorrego, se mostró asimismo entusiasmado con la idea de adoptar el código francés “*en su mayor parte*”<sup>433</sup> como se le propuso en 1828, bien que el proponente haya sido un ex juez francés radicado en la ciudad<sup>434</sup>. En el Ecuador, entre 1830 y 1833, el Congreso ordenó desarrollar una idea semejante<sup>435</sup>. Y algo semejante hizo la Legislatura de Guatemala en 1836<sup>436</sup>.

Por lo demás, como ya hemos adelantado y se verá en su oportunidad con detalle, la implantación del *Code Civil* fue la primera forma efectiva que la codificación adoptó en Iberoamérica.

2. Esta eminencia inicial del código francés, en el marco de su prestigio genérico y del de su autor, puede explicarse más concretamente por tres hechos, por lo demás interrelacionados:

a) Al principio, no hubo un modelo de acceso más fácil que el código francés, pues el prusiano y el austríaco, desde luego por la lengua, pero también por las tradiciones que habían seguido, quedaban más alejados de la cultura iberoamericana.

b) La urgencia de tener un código que a veces se sintió, unida a la aludida ausencia de otro modelo, también explica el fenómeno. La Luisiana necesitó rápidamente un código romanístico al ingresar en la Unión en 1803, ante la inminencia de caer bajo la órbita de la *common law*. Oaxaca, que se proclamó como Estado libre y soberano miembro de la Federación mexicana en 1823, antes de que México se organizara como federación en 1824, asimismo necesitó rápidamente un código como manera de afirmar su soberanía. Y la República Dominicana del mismo modo requirió rápidamente un código al independizarse de Haití en 1845, para no tener que continuar rigiéndose por el que era del Estado del cual acababa de independizarse, con quien estaba en guerra y al que abominaba, y tan apremiante fue esa necesidad, que ni siquiera se consideró en el caso de darse tiempo para hacer un código formalmente nuevo, aunque por su materia fuera idéntico al francés: simplemente se limitó a promulgar éste como tal y en francés el mismo año de su independencia.

---

<sup>431</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificó. II: Fuentes*, Doc. N° 3 (p. 14).

<sup>432</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XXI.

<sup>433</sup> Vid. infra § 38, I, 2.

<sup>434</sup> TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 127.

<sup>435</sup> Vid. infra § 30, II, 1.

<sup>436</sup> Vid. infra § 28, I, 2.



c) En los otros casos de implantación del código francés, a los dos factores anteriores se agrega la impaciencia de gobernantes de estilo napoleónico en su forma autoritaria y en su fondo ilustrado: una vez tomada la decisión de sustituir la antigua legislación por un cuerpo nuevo, en lo que se aprecia el espíritu modernizador, la rapidez por aplicar esa decisión conducía al *Code Civil*, en lo que se aprecia la ausencia de otro modelo eficaz disponible; pero fue, en fin, el poder omnímodo o casi, de llevar a la práctica la misma decisión, la que permitió adoptarlo sin dar lugar a demasiado debate. Así, en Haití, el código de 1825 fue emitido bajo el gobierno modernizador de Boyer, a decir verdad más que autoritario, cuando no directamente tiránico; en Bolivia, el código de 1830, extendido a los dos estados peruanos en 1836, fue obsesión impaciente de Santa Cruz, cuyo esclarecido gobierno fue ciertamente muy autoritario; y el código francés de tercera generación, como fue el de Costa Rica de 1841, en cuanto derivado del Norperuano de 1836, que era, como acabamos de recordar, el boliviano de 1830, fundado en el francés, fue generado por la dictadura progresista de Carrillo.

### III. La literatura europea sobre codificación

Asímismo cabe mencionar como confluyente en la constitución de la idea codificadora el pensamiento de algunos juristas e intelectuales tanto españoles como extranjeros, que en su momento se habían manifestado partidarios de esa idea, en obras que circularon en América. Permiten creerlo algunos indicios ciertos.

Desde luego, se encuentra en Chile el célebre libro de Muratori traducido al castellano como *Defectos de la jurisprudencia* (Madrid, 1794)<sup>437</sup>; también el *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, de Pablo de Mora y Jaraba<sup>438</sup>.

Consta, asimismo, que los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de estos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, de Juan Francisco de Castro, publicados en 1765, de los que hubo una segunda edición en 1829, circularon en el Río de la Plata<sup>439</sup> y en Chile<sup>440</sup>.

En fin, en ocasiones fue la prensa la que se encargó de difundir las ideas sobre codificación de los pensadores europeos, de lo que es buen ejemplo un artículo publicado en el periódico chileno *El Araucano*, de 11 de julio de 1834, bajo el nombre

---

<sup>437</sup> Se encontraba, por ejemplo, en la biblioteca de Mariano Egaña, en donde estaba a disposición de Andrés Bello: SALINAS, Carlos, *La biblioteca de don Mariano Egaña con especial referencia a sus libros de derecho*, en *REHJ*. 7 (Valparaíso, 1982), p. 407 (registro N° 121)

<sup>438</sup> Se la halla en la biblioteca del oidor de la Audiencia de Santiago, Luis de Santa Cruz y Zenteno (1716-1784): BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en el Reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (S. XVII y XVIII)* (Santiago, 1992), p. 413 (registro N° 30); y en la de Egaña: SALINAS, Carlos, *La biblioteca de don Mariano Egaña* cit. (n. 437), p. 408 (registro N° 126).

<sup>439</sup> TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 58.

<sup>440</sup> Se encontraba, por ejemplo, en la biblioteca de Mariano Egaña, en donde estaba a disposición de Andrés Bello: SALINAS, Carlos, *La biblioteca de don Mariano Egaña* cit. (n. 437), p. 407 (registro N° 122).

de Códigos y que en realidad fue preparado por Andrés Bello; lo encabezaba así: “*En prueba de la necesidad de la formación de un código en los países que todavía se gobiernan por las leyes españolas, nos ha parecido conveniente insertar aquí lo que el docto don Francisco Martínez Marina expuso al Consejo de Castilla en 7 de septiembre de 1815 y ha publicado en su interesante opúsculo Juicio crítico de la Novísima Recopilación dado a luz en Madrid el año 1819*”; seguían extractos tomados de la *Introducción* del libro de Martínez Marina; el cual, por cierto se hallaba a disposición de Bello<sup>441</sup>.

La investigación nacional en cada país podría ampliar considerablemente esta selección.

#### IV. Jeremías bentham

En seguida se presentan, casi como especificación del factor anterior, las obras del inglés Jeremías Bentham, que en España habían recibido notabilísima difusión y tenido gran influencia<sup>442</sup>. Este autor prácticamente había dedicado su vida a la reforma de la legislación<sup>443</sup>, primero en su patria, de cuya *common law* era un acerbo crítico; y después en donde quiera que, a su juicio, se necesitaran sus servicios en tal sentido. Consta, así, que al menos redactó, si no es que envió, una carta al Director Supremo de Chile, Bernardo O’Higgins, ofreciendo sus “*servicios, en el carácter de redactor y compilador de un código de leyes para todo el territorio sobre el cual vos presidís los destinos*”<sup>444</sup>.

Bentham escribió mucho sobre legislación y codificación y su discípulo, el suizo Etienne Dumont, ordenando, revisando y traduciendo sus escritos al francés, publicó bajo el nombre de su autor una cantidad considerable de libros y opúsculos en que venía expuesta una ciencia particular de la legislación, de la cual la codificación constituía una de sus capítulos más importantes; varias de esas obras fueron traducidas a su vez al castellano<sup>445</sup>. Y de esta forma, sea en el original francés, que los americanos cultos

---

<sup>441</sup> En la biblioteca de Egaña: SALINAS, Carlos, *La biblioteca de don Mariano Egaña* cit. (n. 437), p. 407 (registro N° 119).

<sup>442</sup> Sobre esto: SALDAÑA, Q., *Bentham en España*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* 138 (1921); PÉREZ LUÑO, Antonio, *Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el primer tercio del siglo XIX*, en VV. AA., *L’educazione giuridica, II: Profili storici* (Perugia, 1979), pp. 158 ss.

<sup>443</sup> Sobre él, vid. supra n. 202.

<sup>444</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 4 (p. 14 ss.). Un comentario ala carta por ESTELLÉ, Patricio, en *Historia* 12 (Santiago, 1974-1975), pp. 376 ss. Estellé descubrió esta carta, la editó y la tradujo íbid.

<sup>445</sup> BENTHAM, Jeremías, *Espíritu de Bentham. Sistema de la ciencia social, ideado por el jurisconsulto inglés, J. B. y puesto en ejecución conforme a los principios del autor original por el Dr. D. Toribio Núñez* (Salamanca, 1820); EL MISMO, *Principios de la ciencia social o de las ciencias morales y políticas. Por el jurisc. inglés J. B., ordenados conforme al sistema del autor y aplicados a la constitución española por D. Núñez* (Salamanca, 1821); EL MISMO, *Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor J. B. por E. D. y traducida al castellano con comentarios por Ramón Salas con arreglo a la segunda edición, revista, corregida y aumentada* (Madrid 1821, 1822; Paris, 1823); EL MISMO, *Teoría de las penas legales* (París, 1825); EL MISMO, *Teoría de las recompensas*

generalmente dominaban, sea desde luego en castellano, dichas obras fueron conocidas en América, incluso desde antes de la Independencia, y recibieron ahí notable admiración y crédito<sup>446</sup>; con ello se transformaron en vehículo propagador de la idea de la codificación. Un buen ejemplo de eso lo constituye el caso del argentino Bernardino Rivadavia, Gobernador de Buenos Aires, quien en múltiples ocasiones abordó el tema de la codificación; así, por ejemplo, en un decreto de 8 de julio de 1823, a propósito de los inconvenientes que se presentaban para la aplicación práctica de cierta ley, y declaraba que “*solo la sanción de todos los códigos que deben completar la legislación del país puede triunfar frente a tales inconvenientes*”<sup>447</sup>; y en un mensaje de 24 de noviembre de 1821, hablaba de organizar la administración de justicia “*exenta en la mayor parte de los defectos de que se resiente la actual, y capaz de reparar algún tanto la falta de códigos que formen un sistema de legislación*”<sup>448</sup>. Ahora bien, Rivadavia estuvo notablemente bajo el influjo del pensamiento de Bentham<sup>449</sup>. Otro caso fue el de Andrés Bello, el codificador de Chile, quien incluso había trabajado para Bentham durante su larga permanencia en Londres<sup>450</sup>. No menos Simón Bolívar, quien impulsó la codificación en la (Gran) Colombia, sufrió la influencia de Bentham durante un tiempo<sup>451</sup>. También en Bolivia se percibe la presencia de Bentham: en 1829, cuando se

---

(París, 1825); EL MISMO, *Teoría de las penas y de las recompensas, obra sacada de los manuscritos de J. B.* (París, 1826); EL MISMO, *Tratados de las pruebas judiciales, obra extraída de los manuscritos de M. Jer. B., escrita en frances por Estevan Dumont y traducida al castellano por C. M. V.* (París, 1825); EL MISMO, *Táctica de las asambleas legislativas* (París, 1824), EL MISMO, *Tratado de los sofismas políticos* (París, 1824); EL MISMO, *Consejos que dirige a las Cortes y al pueblo español J. B., traducidos del inglés por José Joaquín de Mora* (Madrid, 1820); EL MISMO, *Propuesta de Código dirigida por J. B. a todas las naciones que profesan opiniones liberales* (Londres, 1822); EL MISMO, *Principios que deben servir de guía en la formación de un código constitucional para un estado, por J. B. Extractado del Pamphleter, núm. 44* (Londres, 1824); EL MISMO, *Cárceles y presidios, aplicación de la Panóptica de Bentham, trad. española por Jacobo Villanueva y Jordán* (Madrid, 1821).

<sup>446</sup> Sobre la influencia de Bentham en América: LEVENE, Ricardo, *El mundo de las ideas y la Revolución Hispanoamericana de 1810* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1956), pp. 237 ss.; STOETZER, Carlos, *El pensamiento político* cit. (n. 430), Vol. II, pp. 113 ss.; EL MISMO, *El influjo del utilitarismo inglés en la América española*, en *Revista de Estudios Políticos* 143 (Madrid, 1965), pp. 165 ss.; FÁBREGA, Jorge, *Influencia de Jeremías Bentham en el movimiento de reforma judicial latinoamericano*, ahora en EL MISMO, *Estudios procesales* (Panamá, 1980), pp. 41 ss.; SCHWARTZ, Pedro, *La correspondencia ibérica de Jeremías Bentham*, en VV. AA., *Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1980), Vol. I, pp. 225 ss.; SAMTLEBEN, Jürgen, *Menschheitsglück und Gesetzgebungsexport. Zu Jeremy Bentham Wirkung in Lateinamerika*, en *Rabels Zeitschrift f. ausländisches und Internationales Privatrecht* 50 (1986) 3-4, pp. 451 ss.

<sup>447</sup> En TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 124.

<sup>448</sup> En TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 125.

<sup>449</sup> Vid. LEVENE, Ricardo, *El mundo de las ideas* cit. (n. 446), p. 241 ss. Más en general: PICCINELLI, Ricardo, *Los principios de Bentham en la legislación porteña*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 11 (Buenos Aires, 1960), pp. 144 ss.

<sup>450</sup> Vid. AVILA MARTEL, Alamiro de, *Londres en la formación jurídica de Andrés Bello*, en VV. AA., *Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario* (Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981), Vol. II, pp. 211 = REHJ. 7 (Valparaíso, 1982), pp. 317 ss.; EL MISMO, *La filosofía jurídica de Andrés Bello*, en VV. AA., *Andrés Bello y el derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 41 ss.; EL MISMO, *Las ideas de Bentham sobre las pruebas que fueron enseñadas en Chile por Andrés Bello*, en *RChHD*. 9 (Santiago, 1983), pp. 67 ss.

<sup>451</sup> STOETZER, Carlos, *El pensamiento político* cit. (n. 430), Vol. II, pp. 134 ss.

emprendió ahí la codificación a impulsos del Mariscal Santa Cruz, el diario *El Iris de la Paz*, comentando esta iniciativa, recomendaba que se tuviera en cuenta “con preferencia la útil y brillante obra publicada en París en 1828, y que se titula ‘De la organización judicial y de la codificación: extracto de varias obras de Jeremías Bentham por Etienne Dumont’”, de la que en seguida resumía algunas ideas básicas<sup>452</sup>. Asimismo, el doctor Casimiro Olañeta, uno de los comisionados para la formación de los Códigos Civil y Penal que serían de Bolivia desde 1830, escribía al Presidente Santa Cruz, a propósito del proyecto del último código mencionado, que era el de las Cortes españolas de 1822, que éstas, no satisfechas con el trabajo de sus autores “lo consultaron con... el más profundo legislador Bentham... su dictamen anda en un tomito suelto que quise mandar a V. E., pero que se me ha perdido”<sup>453</sup>

Un buen indicio para pesquisar el influjo benthamiano es la presencia de la palabra “codificación”, ya que ella fue acuñada como neologismo por el pensador inglés. Cada vez que aparezca tempranamente en la prensa o en otros escritos, eso es signo, al menos probable, de tal influencia<sup>454</sup>.

Pero debe advertirse que el influjo de Bentham, en lo civil, quedó limitado a la propagación de la idea codificadora, y a lo más a muy genéricas nociones de política legislativa, pero que en nada influyó en el contenido técnico y dogmático de los códigos que sucesivamente aparecieron en Iberoamérica. Primó el buen sentido de los juristas que en ellos intervinieron, quienes a la hora de plasmar en normas precisas un derecho operable, se dieron cuenta que la tan abstrusa como radical y pedante ideología benthamiana era inepta para ese fin.

## V. La constitución de Cádiz

También tuvo su parte la Constitución de Cádiz de 1812. Este texto fue conocido en América desde el primer momento, e incluso fue proclamado en varias partes como vigente, y así pudo incidir en la formación del nuevo derecho público de cada país<sup>455</sup>. Ahora bien, como vimos, dicha constitución incluía un artículo 258, del siguiente tenor: “El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Esta forma de expresarse: “código civil y criminal y el de comercio”

---

<sup>452</sup> En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, p. 17.

<sup>453</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>454</sup> Para Chile: MERELLO ARECCO, Italo, *Codificación. Sobre los orígenes y alcances de un término. Sus primeros usos y significados en la historia del derecho nacional (1822-1833)*, en *Anales de la Universidad de Chile: Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel*, 5º serie, N° 20 (Santiago, 1989), pp. 777 ss.

<sup>455</sup> Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América: STOETZER, Carlos, *El pensamiento político en la América española durante el período de la Emancipación. 1789-1825* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966), Vol. II, pp. 223 ss.; GARCÍA LAGUARDIA, Jorge y otros, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América* (San José, Capel, 1987). Cfr. EL MISMO, *Centroamérica en las Cortes de Cádiz* (3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994)

era ciertamente ambigua, pues tanto podía aludir a “código” en el sentido moderno, ya positivamente representado, entre otros, por cada uno de los cinco códigos napoleónicos; como también meramente a la “legislación civil, criminal y de comercio”, estuviera o no codificada según el estilo moderno; pues resulta claro que el acento del citado artículo 258 estaba puesto en la frase “*serán unos mismos para toda la Monarquía*”, desde que el interés de los constituyentes gaditanos era imponer la unidad territorial-legislativa en la Monarquía, en oposición al notable pluralismo jurídico entonces vigente en ella; idea ésta que, por lo demás, ya estaba presente en el modelo seguido por la carta de Cádiz, la Constitución Francesa de 1791, cuyo tít. I decía lo siguiente: “*Il sera fait un code des lois civiles communes à tout le Royaume*”.

Esta ambigüedad, empero, no podía impedir, ni de hecho impidió, que la disposición del texto de Cádiz también pudiera ser visto en América como un incitante para la codificación en sentido moderno. Así quedó comprobado cuando en varias constituciones patrias también se consagró expresamente ese programa y, casi siempre, con el acento puesto directamente en él, que no ya en la unidad territorial-legislativa<sup>456</sup>.

Así, en un proyecto de Constitución para Chile que se redactó en 1811 y se publicó en 1813, aunque no fue aprobado, se decía en su art. 21 parte 4º: “*Concluídas estas comisiones o antes si es posible, se establecerá la de Legislación de la República, deducida de los principios de la Constitución...*”<sup>457</sup>.

En Venezuela, también en 1811, su Congreso Constituyente, en sesión de 9 de marzo de ese año, acordó designar una comisión de 8 personas “*...para que formasen un código civil y criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y brevedad de los juicios y la recta y segura administración de justicia*”<sup>458</sup>; idea que incluso fue elevada de rango en el artículo 228 de la Carta Federal de 21 de diciembre de 1811, el cual disponía que: “*Entretanto que se verifica la composición de un Código Civil y Criminal, acordado por el Supremo Congreso...*”<sup>459</sup>. Por su parte, el art. 87 N° 1 de la Constitución de 1830, disponía ser atribución del Congreso “*formar los códigos nacionales*”<sup>460</sup>; la norma se repitió posteriormente en los artículos 64 N° 1 de la Constitución de 1858<sup>461</sup>, 43 N° 6 de la Constitución de 1864<sup>462</sup> y 43 N° 6 de la Constitución de 1874<sup>463</sup>.

---

<sup>456</sup> Salvo que tal fuera un designio expreso, como en la Constitución Federal de Venezuela 1864, cuyo art. 13 N° 22 comprometía a los Estados federados “*a tener para todos ellos una misma legislación sustantiva, civil y criminal*”: en *Las Constituciones de Venezuela*, con un *Estudio preliminar* de Brewer-Carías, Allan (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y otros, 1985), p. 414.

<sup>457</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 1 (p. 13).

<sup>458</sup> *Gazeta de Caracas*, Vol. III, N° 150, de 12 abr. 1811, transcrita por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIII.

<sup>459</sup> Venezuela, *Const. de 1811*, en *Const. de Venezuela* cit. (n. 456), p. 202.

<sup>460</sup> *Ibíd.*, p. 342.

<sup>461</sup> *Ibíd.*, p. 387.

<sup>462</sup> *Ibíd.*, p. 418.

<sup>463</sup> *Ibíd.*, p. 452.

En los territorios del antiguo Virreinato de Nueva Granada (en su mayor parte futura Colombia), la Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811, decía en su art. 24 del tít. VI: “*El primer cuidado del Cuerpo Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código*<sup>464</sup> *que nos rige, a fin de adaptarlo a la reforma del gobierno que se ha establecido; entretanto que se verifica esta reforma debe declararse y se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor, en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución*”<sup>465</sup>. El artículo 7 N° 3 del Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, de 27 de noviembre de 1811, reservaba a la Federación: “*La formación de sus códigos civiles y criminales*”<sup>466</sup>. La norma cundinamarquesa inspiró la de otras constituciones particulares, como la del art. 9 del cap. III, de la Constitución de la República de Tunja de 9 de diciembre de 1811, que decía: “*Luego que lo permitan las circunstancias, deberá ocuparse [la Legislatura] en la formación de un sabio Código civil, y otro criminal...*”<sup>467</sup>; norma ésta repetida en el art. 9 del tít. III, sec. 1ª de la Constitución del Estado de Antioquía de 21 de marzo de 1812<sup>468</sup>. La antes citada de Cundinamarca lo está en el art. 20 del tít. VI de la Constitución del Estado de Cartagena de Indias, de 5 de junio de 1812, que disponía: “*Uno de los objetos principales que ocupará la atención del Cuerpo Legislativo será la revisión y reforma del Código que nos rige, a fin de acomodarlo al sistema de gobierno establecido*”<sup>469</sup>; y en el art. 34 del tít. IV de la nueva Constitución de la República de Cundinamarca, de 18 de julio de 1812: “*El primer objeto del Poder Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código que nos rige, a fin de adaptarlo a la forma de gobierno que se ha establecido; y entretanto que se verifica esta reforma se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor, en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución*”<sup>470</sup>. Más tarde, la Constitución de la (Gran) Colombia de 1830, art. 36 N° 22 dispuso ser atribución exclusiva del Congreso “*formar los códigos nacionales de toda clase*”<sup>471</sup>, lo que fue repetido en el art. 74 N° 24 de la Constitución del Estado de Nueva Granada, de 1832<sup>472</sup>.

El art. 211 de la Constitución llamada de Apatzingán (México), de 1814, ordenó mantener en vigor las antiguas leyes, mientras la soberanía nacional no formase el cuerpo de las nuevas<sup>473</sup>.

---

<sup>464</sup> En realidad, “*código*” significa aquí “*legislación*” y no tanto “*código*” en sentido moderno.

<sup>465</sup> En URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1974), Vol. I, p. 330.

<sup>466</sup> *Ibíd.*, p. 367.

<sup>467</sup> *Ibíd.*, p. 401.

<sup>468</sup> *Ibíd.*, p. 429.

<sup>469</sup> *Ibíd.*, p. 494.

<sup>470</sup> *Ibíd.*, p. 448.

<sup>471</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, 1995), p. 110.

<sup>472</sup> *Ibíd.*, p. 160.

<sup>473</sup> GONZÁLEZ, Mª. del Refugio, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX* (México, UNAM., 1981), p. 87.

El artículo 106 de la Constitución peruana de 1823 dispuso: “*Los códigos Civil y Criminal prefijarán las formas judiciales*”; y su art. 121 preveía la “*organización de los códigos civil, Criminal, Militar y de Comercio*”<sup>474</sup>. Posteriormente la llamada Constitución Vitalicia de 1826, en su art. 46 N° 1, atribuía al Senado la facultad de “*Formar los códigos civil, criminal, de procedimientos y de comercio y los rerglamentos eclesiásticos*”<sup>475</sup>. Todavía el art. 131 de la Constitución de 1828, establecía algo semejante. Y, en fin, el artículo 11 transitorio de la Constitución de 1834, dispuso que “*en la apertura de cada sesión anual presentará al Congreso la Corte Suprema el proyecto de uno de los códigos de la legislación, principiando por el civil*”<sup>476</sup>.

El artículo 32 N° 2 de la Constitución de Honduras, de 1825, declaraba como atribución de la Asamblea del Estado: “*Formar el código civil y el criminal...*”<sup>477</sup>, disposición repetida después por el art. 42 N° 2 de la Constitución de 1831<sup>478</sup>; el art. 29 N° 2 de la Constitución de 1848, dictada por Honduras bajo el imperio teórico de la Confederación Centroamericana, a su vez, señalaba corresponder al Poder Legislativo: “*...decretar los códigos civil, criminal y de procedimientos, para toda clase de personas y delincuentes*”<sup>479</sup>. El art. 26 N° 4 de la Constitución de 1865 disponía que el Poder Legislativo podía delegar en el Ejecutivo la facultad de “*Decretar los códigos civil, penal, de procedimientos, de comercio y minería*”<sup>480</sup>; lo que fue repetido por el art. 26 N° 4 de la Constitución de 1873<sup>481</sup>.

En el Uruguay, por su lado, el art. 17 N° 1 de su Constitución de 1830, la primera de ese país, decía competir a la Asamblea General: “*Formar y mandar publicar los códigos*”<sup>482</sup>.

La Constitución ecuatoriana de 1830, llamada de Riobamba, por el lugar de su emisión, en su art. 26 N° 11 imponía al Congreso la obligación de: “*Formar el código de leyes civiles*”<sup>483</sup>. El art. 43 N° 14 de la Constitución de 1835 dijo que era atribución de aquel organismo: “*Formar los códigos nacionales*”<sup>484</sup>; lo que fue repetido por los

---

<sup>474</sup> En PAREJA, J., *Las Constituciones del Perú* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1954), p. 439.

<sup>475</sup> *Ibíd.*, p. 473.

<sup>476</sup> *Ibíd.*, p. 577. Cfr. art. 177, en donde se confirma la legislación vigente “*hasta que se publiquen los códigos de legislación*” (*ibíd.*, p. 574).

<sup>477</sup> En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Honduras* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1962), p. 58.

<sup>478</sup> *Ibíd.*, p. 77

<sup>479</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>480</sup> *Ibíd.*, p. 152.

<sup>481</sup> *Ibíd.*, 181; pero este texto decía “promover” en vez de “decretar”.

<sup>482</sup> En GROS ESPIELL, Héctor, *Las Constituciones del Uruguay* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1956), p. 151.

<sup>483</sup> En BORJA, Ramiro, *Las constitucioens del Ecuador* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1951), p. 111.

<sup>484</sup> *Ibíd.*, p. 135.

artículos 37 N° 13 de la Constitución de 1843<sup>485</sup>; 42 N° 18, de la de 1845<sup>486</sup>; 31 N° 29, de la de 1851<sup>487</sup>; y 4 N° 18 de la de 1852<sup>488</sup>.

En la Argentina, el art. 67 N° 11 de la Constitución Nacional de 1853, dispuso que sería atribución del Poder Legislativo “*Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería...*”<sup>489</sup>.

Debe hacerse presente que en Haití, ya su Constitución Imperial de 1805 contenía un art. 18, que decía “*Se publicará un Código penal que deberá ser severamente observado*”<sup>490</sup>; y la de 1816, un art. 37, que rezaba: “*Se redactarán códigos civiles, penales, de procedimiento y de comercio comunes a toda la República*”<sup>491</sup>; pero estas normas, por cierto, se hacían eco de la tradición constitucional francesa que antes vimos.

## VII. El perfeccionamiento de la independencia política

1. Las independencias que sucesivamente afectaron a las distintas secciones de la América española fueron desde luego políticas, pero no jurídicas, como ya se hizo notar suficientemente. Los nuevos estados continuaron ceñidos al derecho no público que hasta la fecha había regido en los respectivos territorios en cuanto partes integrantes de la antigua Monarquía; e incluso en el ámbito del derecho público, una buena parte de él continuó en vigor, en todos los temas no directamente conectados con la organización y gestión del poder supremo o sea con el derecho constitucional, como ocurrió en la esfera de lo administrativo, en donde las autoridades subordinadas siguieron vinculadas, por ejemplo, a la *Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata* de 1782 (inicialmente dada para el Virreinato del Río de la Plata y sucesivamente extendidas a otras circunscripciones) o la *Real ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes* de 1786 (para el Virreinato de Nueva España), que se aplicaban por analogía a la nueva realidad.

Mas, para la mentalidad de los dirigentes políticos de los nacientes estados, este lazo de unión con España aún subsistente impedía considerar consumado el proceso de la Independencia<sup>492</sup>. Ni siquiera la nueva legislación patria paulatinamente emergente

---

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>486</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>487</sup> *Ibid.*, p. 231: en la fórmula se varió “*formar*” por “*dar*”, y la atribución quedó referida a una Asamblea Nacional, como se llamó ahora al órgano parlamentario.

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 269: aquí se volvió a la fórmula y al órgano tradicionales de 1835.

<sup>489</sup> En *Estatutos, reglamentos y constituciones argentinas* (Buenos Aires, Fondo Jurídico Ediciones 1962), p. 208.

<sup>490</sup> En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Haití* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1968), p. 128.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>492</sup> Sobre codificación e independencia: vid. SCHIPANI, Sandro, *El ius romanum commune codificato e i codici dell'età delle grandi rivoluzioni*, ahora en EL MISMO, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, s. d. [1996]), pp. 43 ss. Vid. también, para diversos aspectos: SCHIPANI, Sandro, A



rompía ese lazo, más que en los acotados temas a que ella se refería, subsistiendo en el resto, que constituía la mayor parte.

El punto de conflicto era que la letra y el espíritu de esa legislación heredada resumaban “feudalismo”, “monarquismo” y hasta “despotismo”, lo que resultaba incompatible con la actual constitución política y social fundada en la libertad. Esto, que ya fue hecho observar a propósito de la crítica al derecho vigente<sup>493</sup>, ahora se nos presenta con otra dimensión relevante, en cuanto factor impulsador de la codificación: la Independencia solo se consumaría cuando el antiguo derecho heredado y mantenido por la fuerza de los hechos hubiera sido abolido en su totalidad y sustituido por un nuevo derecho acorde con la nueva constitución social, originado en el interior de cada Estado y sancionado por sus autoridades. Ello conducía necesariamente a la idea de un código, por su naturaleza el único capaz de abolir y sustituir la universalidad de un cierto sistema jurídico anterior. Pero la idea abstracta de código, familiar a los americanos, por la época en que tuvieron lugar los movimientos de Independencia, se concretaba en el diseño que a aquélla había impreso el moderno movimiento por la codificación y, por ende, en los modelos históricos disponibles (máximamente representados por el código francés); así que la idea de consumir la Independencia quedó ligada a los esfuerzos por codificar a la manera moderna, en una relación de fin a medio.

2. Esta relación se observa muchas veces. Aquí, como en otros temas, nos debemos limitar a ilustrarla con solo algunos textos selectos.

Así, el ya antes citado fragmento del mensaje de 15 de febrero de 1819, que Simón Bolívar, pronunció en el Congreso de Angostura, fundador de la (Gran) Colombia, nos sirve de buen ejemplo, pues, como se recordará, dijo entonces: “...*nuestras leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio mostruoso se derribe, caiga y, apartando hasta sus ruinas, elevemos un templo a la justicia; y bajo los auspicios de su santa inspiración, dictemos un código de leyes venezolanas...*”<sup>494</sup>.

En el asimismo ya citado discurso del Libertador chileno Bernardo O’Higgins, de 23 de julio de 1822, en el cual propugnaba la traducción y adopción de los cinco códigos napoleónicos, esa sugerencia aparecía explícitamente unida al deseo de borrar “*para siempre instituciones montadas bajo un plan colonial*”<sup>495</sup>. En 1827, el político Santiago Muñoz de Bezanilla, exclamaba en un artículo periodístico: “*¿Cuándo nos convenceremos que sin códigos civil y criminal, los derechos políticos, la libertad, la*

---

*proposito di diritto romano, rivoluzioni e codificazioni*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 1 ss.; SALDANHA, Nelson, *Direito publico romano e revoluções modernas*, ibíd., pp. 47 ss.; PENE VIDARI, Gian Sabino, *Diritto romano, rivoluzioni per l’indipendenza e codificazioni del diritto in Italia e in America Latina*, ibíd., pp. 87 ss.; PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Derecho romano, codificación, independencia política en Venezuela*, ibíd., pp. 191 ss.; ANTILLÓN, Walter, *Rivoluzione e codificazione del diritto in Nicaragua*, ibíd., pp. 199 ss.

<sup>493</sup> Supra § 7, I.

<sup>494</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso* cit. (n. 347), p. 123; también en PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVI.

<sup>495</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N° 3, p. 14.

*independencia no pueden desarrollar todos los influjos, ni propagar todas sus consecuencias, ni siquiera ponerse ellos mismos al abrigo del despotismo y de la anarquía?*<sup>496</sup>. Todavía en Chile, años más tarde, el Vicepresidente de la República Fernando Errázuriz, al proponer en 1831 al Congreso Nacional un proyecto destinado a impulsar la codificación, lo apoyaba en consideraciones de esta índole, en que nuevamente vemos presentarse la idea de la independencia: *“Probablemente no se hará verosímil en la posteridad, que habiendo pasado de un régimen monárquico, despótico y semifeudal a constituirnos en República representativa, con división de poderes y casi democrática, hayamos conservado por 21 años no solamente las leyes que rigen en Castilla, sino también las coloniales*<sup>497</sup>, *dirigiendo nuestras administraciones políticas, fiscales y civiles por unos códigos que reconcentran en el Monarca toda la omnipotencia humana, y que su gobierno y principales magistraturas existían a tres mil leguas de nuestro suelo*”<sup>498</sup>. Incluso en un *Mensaje* dirigido al Congreso Nacional por el Presidente Joaquín Prieto en que también instaba a apoyar un proyecto de reforma de la legislación civil pendiente de discusión, le decía: *“No hay una parte de nuestro edificio social en que se hayan dejado subsistir tan completamente los defectos y vicios de aquel sistema político, que tuvo por objeto doblegarnos a la esclavitud, ninguna que ponga en mayor peligro nuestra conservación como Estado independiente y libre...”*<sup>499</sup>.

El Ministro del Interior de Bolivia Mariano Enrique Calvo, colaborador de Santa Cruz en el impulso a la codificación de ese país, al encargar el trabajo a la Corte Suprema, le decía: *“Cinco años cuenta Bolivia de existencia política, figurando como Estado soberano e independiente entre los demás de la América del Sud; pero aun no tiene, ni se ha pensado en darle un código propio que arregle su administración de justicia en lo civil: colonia de España antes de su emancipación venturosa, aun se puede decir que lo es en el ramo judicial, pues que la rigen en sus leyes”*<sup>500</sup>.

En 1834, un grupo de ciudadanos venezolanos dirigió una comunicación a la Cámara de Representantes, para suplicarle adelantar en el estudio de un proyecto sobre codificación pendiente de su decisión; y le decía en ella: *“Si a Venezuela no se le dan las leyes que necesita, continuaremos nosotros comparándola a un edificio cuya magnífica fachada anuncia un interior suntuoso; pero que tiene en lugar de salas y galerías dispuestas con arte y buen gusto, horribles calabozos de inquisición. Nuestra Constitución nos parece la fachada; las leyes nos representan los calabozos”*<sup>501</sup>.

En 1834, el político guatemalteco José Mariano Rodríguez, afirmaba: *“La reforma de nuestros códigos es ya casi una voz general y en todos los ángulos del Estado se repite que las leyes de una metrópoli opresora, sin relaciones con las circunstancias de nuestro*

---

<sup>496</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N° 15, p. 28.

<sup>497</sup> Se refiere a la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680.

<sup>498</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N° 177, p. 44.

<sup>499</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N° 66, p. 110-111.

<sup>500</sup> SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, p. 26.

<sup>501</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, pp. XXXIX.

país, dadas por distintos legisladores y tomadas de naciones diferentes, no son ya las más acomodadas para los guatemaltecos, que giran bajo otro sistema de libertad, con el cual no pueden conciliarse las diversas combinaciones de la esclavitud y de un régimen absoluto”<sup>502</sup>.

Aun tan tardíamente como en 1868, el argentino Juan Bautista Alberdi, en su crítica al *Proyecto de Código Civil* de Dalmacio Vélez Sarsfield, no se privaba de declarar: *“La Revolución argentina de la Independencia... proclamó esos mismos derechos; y la Constitución, que expresa y realiza el pensamiento de la Revolución, los consagró en su primer capítulo, titulado ‘declaraciones, derechos y garantías’, por sus artículos 14 a 20... De la ley civil era el papel de reglamentar su ejercicio en la organización que debían recibir la familia y la sociedad civil argentinas, según los principios proclamados por la Revolución y declarados en la Constitución. Pero la ley civil existente era la antigua ley, que desarrollaba el derecho colonial y monárquico. Dejar en pie la antigua ley civil era dejarle el cuidado de deshacer por un lado lo que la Revolución fundaba por otro. No podía quedar la Revolución en la Constitución; y el Antiguo Régimen en la legislación civil... El derecho civil argentino debía ser como su Constitución... Penetrado de ello, la Constitución dispuso por su artículo 24, que el Congreso promoviese la reforma de la legislación actual en todos sus ramos”*<sup>503</sup>. Aun cuando es cierto que Alberdi en último término se mostraba hostil a la idea de codificar en su crítica a Vélez, el texto transcrito sirve de buena ilustración del nexo entre Independencia y nueva legislación al menos.

3. En algunos casos, empero, la idea de independencia política cumplió su papel no respecto de España sino en el interior mismo de América. Tal fue el de Costa Rica, cuya temprana codificación de 1841 puede explicarse, no solo sino además, por cierto, como un deseo de afirmar su soberanía, individualidad y diferenciación con respecto a los demás países centroamericanos, con los cuales venía formando parte de una República Federal de Centroamérica desde 1824 y de la cual en el mismo año de 1841 Costa Rica se separó. La iniciativa de esta separación provino del Presidente Braulio Carrillo, el mismo que personalmente se ocupó en dotar al país de una codificación, la que entonces se nos aparece bajo la anotada luz autonomista.

Otro tanto cabe decir de la República Dominicana, formada en 1845, como consecuencia de la independencia alcanzada por la parte oriental de la isla de Santo Domingo respecto de la República de Haití, que hasta entonces dominaba toda la isla. Los dominicanos consideraron incompatible con la independencia recién obtenida conservar en vigencia los códigos haitianos de 1825 en la nueva república, y ello les llevó a derogarlos para coetáneamente –en fuerza del factor urgencia- reemplazarlos por los códigos franceses.

Quizá sea también el caso de Oaxaca, aunque algo más débilmente. Su código de 1827-1829 fue emitido en el ejercicio de un federalismo autoproclamado con respecto al resto de México y, por ende, como una manera de afirmar su soberanía.

---

<sup>502</sup> Transcrito en MONTÚFAR, Lorenzo, *Reseña histórica de Centro América* (Guatemala, El Progreso, 1878), Vol. II, p. 334.

<sup>503</sup> En RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico*, Anexo VI, p. 309..

## § 18. *Fines, fuentes y modelos de la codificación en Iberoamérica*

### I. Los fines de la codificación

1. A esta altura, el observador podría verse inducido a pensar que en la mente de los políticos, juristas e intelectuales americanos de la época, la finalidad perseguida con codificar superaba ampliamente el mero cambio formal o externo del derecho, concerniente a su manera de presentarlo, hasta llegar a una revolución jurídica, que implicara una prescindencia total del antiguo derecho y, por ende, cierta mudanza de fondo o institucional, paralela a la ocurrida en el ámbito de la organización y gestión del poder público, en donde, en efecto, el cambio fue de fondo, al haber consistido en la sustitución del régimen monárquico absoluto por uno republicano liberal. En especial, a ello conducirían las declaraciones dirigidas a hacer notar la contradicción del antiguo derecho con la actual constitución de la libertad.

Pero esta idea, tan reiterada, no era más que una ideología y una ilusión, bien que haya actuado como motor vigoroso de la codificación. Ya hemos observado<sup>504</sup> que la mutación institucional en los ámbitos interesantes para el derecho privado por lo general fue obra de las legislaciones patrias anteriores a las codificaciones, de modo que los sucesivos códigos encontraron el camino allanado, que solo debían afinar, y no tuvieron necesidad de provocar ellos mismos una mudanza institucional; en consecuencia, no necesitaron prescindir del antiguo derecho, aspecto del cual nos ocuparemos en el próximo párrafo<sup>505</sup>.

En tales circunstancias, la finalidad real de la codificación fue estrictamente formal y jurídica: componer un sistema de normas que ofreciera certeza y seguridad. Esto debe ser puesto en conexión con el contenido de la crítica al derecho vigente; crítica que en forma notablemente predominante apuntó a denunciar los vicios técnicos del ordenamiento impeditos de dichas certeza y seguridad. Lo cual explica que el cúmulo de la crítica por lo general concluyera en el punto de la mala administración de justicia, como efecto final de todos los vicios formales achacados a la legislación heredada y aun a la patria.

Lo anterior quiere decir, pues, que en América predominó el modelo garantístico de la codificación<sup>506</sup>.

2. Nuevamente podemos ilustrar esta realidad con algunos textos selectos.

En la exposición de motivos de un proyecto de codificación presentado por el chileno Francisco de Vicuña al Congreso el 27 de marzo de 1820, se fundamentaba la moción así: *“Lamenta la república entera los males que padece en el orden judicial. Ningún ciudadano, desde el instante mismo en que es citado a un tribunal, tiene segura su propiedad, aunque su buena fe, sus consultas con jurisconsultos sabios, su inspección o*

---

<sup>504</sup> Supra § 14, I.

<sup>505</sup> Infra § 18, II y III.

<sup>506</sup> Supra § 9, I, 4.

*precaución para hacerse de una propiedad de arraigo o un contrato con personas particulares o privilegiadas o cuantos medios de seguridad haya imaginado; en fin, aunque haya practicado cuanto pudo y debió hacerse; todo, todo es burlado por la complicación de leyes contradictorias, por la opinión de autores divididos en sus interpretaciones y glosas que hacen inefectivas las responsabilidades de un juez o tribunal y le hacen árbitro de vulnerar al que no sea de su agrado. De aquí nace la acepción de personas por los vínculos de la amistad, de aquí la venganza de sus enemigos, el pábulo del odio y de una pasión, los efectos de una antipatía o simpatía; nacidos todos de aquellas causas por las que vemos con dolor que se falla ex aequo et bono y que por las mismas razones que se gana un pleito se pierde otro de igual naturaleza e identidad”<sup>507</sup>, en donde es claro que la preocupación principal del autor del proyecto resulta ser la inseguridad e incertidumbre de los derechos civiles.*

El decreto de 5 de enero de 1822, firmado por el general Francisco de Paula Santander en su calidad de Encargado de la Presidencia de (Gran) Colombia, dice: *“Deseando el Gobierno emplear todos los medios posibles, a fin de presentar al futuro Congreso un proyecto de Código Civil y Criminal que facilite la administración de justicia en la República, sin las trabas y embarazos que ofrece la actual legislación española...”*<sup>508</sup>, en el cual, pues, la conexión entre codificación y administración de justicia aparece clara.

Similarmente, en un decreto de 20 de agosto de 1824, del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires Juan Gregorio de las Heras, por el que se designaba una comisión para redactar un proyecto de código de comercio, se decía en uno de sus considerandos: *“El gobierno siente cada día más la necesidad de preparar los códigos sin los cuales es imposible obtener el mayor bien que la provincia puede gozar y tiene derecho a exigir, esto es, una administración de justicia pronta, fácil, e imparcial. Sin buenos códigos, los juicios y los pueblos seguirán sufriendo la desgracia de una perpetua arbitrariedad, y la libertad y la propiedad penderán continuamente de la voluntad de los juzgadores o de su razón confundida en casi todos los casos por la contrariedad y las extravagancias de las leyes”*<sup>509</sup>. Vemos aparecer aquí nuevamente el tema de la administración de justicia en conexión con el de la seguridad y certeza de los intereses privados, a que los códigos están llamados a proveer.

No menos aparece la idea en Simón Bolívar, expresada en su discurso al Congreso de Angostura, fundador de la [Gran] Colombia: *“Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurados y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil... He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por el origen vicioso de ese piélago de legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las*

---

<sup>507</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 16 anexo 481 (p. 31).

<sup>508</sup> En MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en VV. AA., *100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, 1987), p. 193 = *RChHD*. 14 (Santiago, 1991), p. 297.

<sup>509</sup> En CABRAL TEXO, Jorge, *Historia del Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1929), p. 5.

*extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judicial, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el zote de los pueblos españoles, es el suplico más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio*<sup>510</sup>.

Algo semejante se lee en el decreto de 28 de octubre de 1830, con que el Mariscal Santa Cruz promulgó su Código Civil para Bolivia: *“Las leyes claras y positivas son la base de la buena administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad*”<sup>511</sup>

La misma preocupación se observa en el doctor Diego B. Urbaneja, Secretario de lo Interior de Venezuela, cuando argumentaba ante el Congreso, en su memoria de 20 de enero de 1834, lo que sigue en apoyo de una demanda de hacer lo necesario para formar códigos: *“No es posible que en el extremo a que han llegado las cosas en esta materia, haya un solo diputado a quien no afecte el asombro público por la perpetuidad de los pleitos; por las sinuosidades del procedimiento, por la inseguridad consiguiente de las propiedades, por la falta de confianza que éste produce y por la fuerza con que esta rémora detiene el movimiento nacional y la prosperidad... Mucho debe influir en el desorden el cuerpo de la legislación porque diseminada en leyes de Partida, de Castilla, de Indias, de [Gran] Colombia, de Venezuela, en autos acordados, cédulas, pragmáticas y órdenes reales, es imposible que haya concordancia, orden, claridad y precisión en esa ciencia que se creó para asegurar la vida, el honor y la prosperidad del hombre; pero que ya caduca, representa entre nosotros todo el desarrollo y el horror de la decrepitud viciosa*”<sup>512</sup>.

El jurista mexicano Juan Rodríguez de San Miguel, autor de una fijación editada bajo el nombre de *Pandectas hispano-mexicanas* en 1839 <sup>513</sup>, insertaba el valor de la certeza y seguridad en un ciclo universal de dispersión legislativa, que lo arruina, y fijación, que lo restablece, de modo que veía en aquel valor la finalidad de todos los códigos españoles dictados hasta la fecha (el último había sido la *Novísima Recopilación* de 1805). Después de lamentar los vicios de la dispersión legislativa con las críticas usuales, añadía, en efecto: *“No ha sido sino después de soportar enorme mal la sociedad, cuando se ha vuelto la vista al desorden de la legislación y tratado de enmendarlo: hasta que los funestos estragos de la incertidumbre y confusión de las leyes se han hecho insoportables, no se ha tomado empeño en el remedio. Después de muchos años y aun de siglos de amontonar leyes... cuando ya su inmensa mole ha agobiado a los pueblos, cuando se han visto ahogados en su multitud, cuando ignoran*

---

<sup>510</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso* cit. (n. 347), p. 125.

<sup>511</sup> En TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia del Código Civil Boliviano*, como *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Bolivia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), p. 11.

<sup>512</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XXVIII.

<sup>513</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas hispano-mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año 1820* (Nueva edición, Méjico, 1852), Vol. I, *Discurso preliminar*, parte primera, p. X.

aún si la autoridad ha dado preceptos en la materia de que se trata, entonces ha sido cuando se ha resuelto algún remedio en la formación de un nuevo código”<sup>514</sup>. Rodríguez consideraba a sus propias *Pandectas* como un remedio provisional “mientras se provee a la nación de códigos propios”<sup>515</sup>.

El jurista granadino (nacido en Panamá), Justo Arosemena, autor de un Proyecto de Código Civil que fue ley en el Estado granadino de Magdalena, escribía al Presidente de la Confederación Granadina a principios de la década de los 50: “El estudio de las leyes, que ha constituido mi profesión, me dejó ver desde muy temprano... que los derechos del granadino en su condición privada se hallaban comprometidos en medio de ese laberinto [de leyes] sin salida segura, y de ese arsenal que ofrece armas para todas las opiniones, o lo que es peor, para todas las pretensiones por injustas que sean”<sup>516</sup>.

Nuevamente aparece la señalada conexión en el *Informe* que la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil para El Salvador escribió sobre dicho proyecto para el Presidente de la República, en agosto de 1859, en donde le expresaba: “Nadie desconoce en el día los muchos y muy graves defectos de nuestros actuales códigos redactados en siglos remotos, en un lenguaje antiguo, que apenas entienden los profesores de derecho, e ininteligibles, por tanto, para la generalidad de los individuos, quienes no comprendiendo las razones, ni aun el texto de la ley, caen con frecuencia en los lazos de disposiciones que al paso que establecen obligaciones e imponen penas a los infractores, se ocultan en el misterio de su lejano origen. Es ingente, pues, la necesidad de nuevos códigos, en que se remedien los vicios del orden judicial y todos los defectos de nuestra legislación...”<sup>517</sup>.

3. Lo cual no quiere decir que el modelo estatualista<sup>518</sup> haya estado del todo ausente en el movimiento iberoamericano por la codificación. Ello no en cuanto al fin de lograr la unidad jurídica del territorio, puesto que el pluralismo jurídico territorial, como el que afectó a Europa, fue inexistente en América; sino en otros aspectos del estatualismo, particularmente en la organización de un sistema de fuentes del derecho fundado casi exclusivamente en la ley, que redujo el valor de la costumbre al ámbito de aquella denominada *secundum legem* en el *ius commune*, de modo de quedar derogados los otros tipos reconocidos en aquél, a saber las costumbres *praeter legem* y *contra*

---

<sup>514</sup> Como fueron las *Partidas* primero, la *Nueva Recopilación* después, la *Novísima Recopilación* en fin, que indica *ibíd.*, p. X, n. 1.

<sup>515</sup> *Ibíd.*, p. XII.

<sup>516</sup> Cit. por CUESTAS, Carlos, *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*, en *Revista Brasileira de Direito Comparado* 7 (Rio de Janeiro, 1992) 12, p. 78 s. = BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), Vol. I, p. 130.

<sup>517</sup> *Informe de la Comisión revisora del proyecto de Código Civil*, Agosto, 20, del año 1859, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica. Edición del Centenario* (San Salvador, Editorial Universitaria, 1960), p. 5.

<sup>518</sup> *Supra* § 9, I, 4.

*legem*<sup>519</sup>; y que ignoró todo el valor que a la doctrina de los autores concedía el mismo *ius commune*<sup>520</sup>. Explícitamente el código argentino de 1869 incluyó una disposición que cerraba el círculo normativo en la ley, al disponer: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”<sup>521</sup>.

La vieja institución romano-postclásica del “referimiento al legislador”<sup>522</sup>, con que designamos a la facultad del juez o a su obligatoriedad, de recurrir al legislador en demanda de una solución a la cual adecuar su fallo, cuando se encuentra con lagunas en el ordenamiento, o con oscuridades o ambigüedades en sus normas, que, renovada a fines de la edad media<sup>523</sup> y en la época moderna, sirvió a los fines del estatualismo, no fue ciertamente conservada como referimiento forzoso en los nuevos códigos<sup>524</sup>, pero sí en algunos casos como facultativo, aunque con efecto solo para eventos futuros, no para los presentes, como en el código peruano de 1852<sup>525</sup> y, por influencia suya, en el guatemalteco de 1877<sup>526</sup>; en el de Chile de 1855, aparece solo como un resabio, ya que se obliga a las cortes de justicia a dar cuenta una vez al año al legislador “de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas”<sup>527</sup>, con la idea de que el legislador solucione posteriormente y para el futuro esos problemas verificados.

De esta manera, en los códigos iberoamericanos, el modelo del estatualismo se presentó especialmente bajo la forma de legalismo, y con ello quedó asegurado el monopolio estatal de la producción del derecho.

---

<sup>519</sup> Sobre el tema: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX*, en *REHJ.* 12 (1987-1988), pp. 237 ss.

<sup>520</sup> En los *Títulos preliminares* de los códigos, en efecto, la doctrina ni siquiera es mencionada como fuente. Por lo que respecta a las sentencias judiciales, cuyo valor solió ser fijado exclusivamente para el caso en que ellas se pronunciaren (así el art. 3 inc. 2 del código chileno), eso no constituyó novedad en el interior de la tradición romanística a que estos códigos se conectaron, merced al viejo principio justiniano de que no se debe juzgar por los precedentes sino por las leyes (*non exemplis sed legibus iudicandum est*: Cod. Iust. 7, 45, 13) y a la doctrina del derecho común de la interpretación judicial obligatoria para el caso pero sin fuerza general (*interpretatio necessaria sed non generalis*).

<sup>521</sup> Artículo 22.

<sup>522</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia del referimiento legislativo*, I, *Derecho Romano*, en *REHJ.* 6 (1982), pp. 13 ss. = *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), Vol. V, pp. 3467 ss.

<sup>523</sup> Aparece, por ejemplo, en el Ordenamiento de Alcalá y en la ley I de Toro; pero fue muy frecuente en toda Europa

<sup>524</sup> Aunque solió ser recogida en los derechos patrios: para Chile, vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia del referimiento al legislador*, II: *El derecho nacional chileno*, en *REHJ.* 7 (1982), pp. 107 ss.

<sup>525</sup> Artículos IX a XII.

<sup>526</sup> Artículo 18.

<sup>527</sup> Artículo 5.



## II. Derecho castellano-indiano y codificación

1. Junto a la reiterada crítica al derecho castellano-indiano y a la creencia generalizada en que su abrogación iría a afianzar la Independencia, cuyas manifestaciones encontramos diseminadas en las fuentes, el observador puede quedar sorprendido ante la expresión de ciertos sentimientos paralelos y aparentemente contradictorios, concernientes a la íntima bondad sustancial del antiguo derecho, a la ausencia de intención en orden a innovarlo mediante los tan apetecidos y propugnados nuevos códigos y a la contribución preponderante que ese derecho debía aportar al contenido de tales códigos.

Al respecto es paradigmático lo que se observa en Chile. El Presidente de la República, Joaquín Prieto, dijo en su *Mensaje* al Congreso Nacional, leído con ocasión de la apertura de sus sesiones, en 1836: “*La reforma de la legislación civil y criminal es otra obra que caminará a la par, y en que sin apartarnos de las reglas fundamentales que, trasmitidas por una larga serie de generaciones, se han connaturalizado con nosotros; reglas, además, cuya intrínseca justicia y sabiduría son indisputables, me propongo recomendaros innovaciones accidentales, que modeladas sobre las que se han planteado con buen suceso en muchas partes de Europa, servirán para poner a nuestras leyes en armonía consigo mismas y con nuestra forma de gobierno, y dándoles la simplicidad que les falta, harán más accesible su conocimiento y más fácil su aplicación*”<sup>528</sup>. Las afirmaciones presidenciales de que las reglas (del antiguo derecho) estaban connaturalizadas con los chilenos, de que su sabiduría y justicia eran indisputables y de que habrían de ser objeto tan solo de innovaciones accidentales, en efecto, contrastan con el lenguaje crítico que apuntaba a esas mismas leyes como impuestas por un dominador, nacidas del despotismo y que era necesario eliminar. En otra ocasión, el futuro codificador de Chile, Andrés Bello, afirmó: “*Leyes sabias hemos tenido, es cierto, desde la dominación española...*”<sup>529</sup>. Y con respecto específico a las *Partidas* y al derecho romano, declaró que: “*nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia*”<sup>530</sup>. No menor elogio hizo Bello de los antiguos juristas españoles, como se ve en un artículo que publicó en el diario *El Araucano* en 1839, al afirmar que aquellos nada tenían que envidiar “*a los de otras naciones en la extensión y profundidad de conocimientos legales*”<sup>531</sup>; y en un nuevo artículo de ese mismo año, después de recordar el aporte recibido por el *Code civil* de parte de los antiguos juristas franceses, sostuvo que los trabajos de “*Gómez, Acevedo, Matienzo, Covarrubias meditados atentamente y comparados entre sí, ministrarán igual auxilio para la confección del código civil chileno*”<sup>532</sup>.

---

<sup>528</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 85, p. 131 s.

<sup>529</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 87, p. 133.

<sup>530</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 97, p. 158.

<sup>531</sup> BELLO, Andrés, *Comercio de libros*, en *Obras completas* (Santiago, 1893), Vol. XV, p. 330.

<sup>532</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 97, p. 158.

No por conciso es menos decidor lo que se lee en la *Exposición* que la Comisión encargada de revisar el Proyecto de Código Civil mexicano dirigió al Gobierno el 15 de enero de 1870 cuando recuerda al “*siempre memorable código de las Partidas*”<sup>533</sup>, expresión que parece entroncar con los encendidos elogios que en 1839 había dirigido Juan Rodríguez de San Miguel en su *Pandectas hispano-mexicanas* al viejo código de Alfonso X, quien “*contó más con la razón del hombre, quiso su obediencia menos ciega y más racional, se dignó ocuparse más en la ilustración de su mente, tuvo a bien usar de más dulzura y suavidad añadiendo las razones y causa de su mandato o de su prohibición, introduciendo en la legislación esa filosofía en que se aprende y busca la causa de las cosas y anteponiendo un código científico a un código despótico y la obediencia racional a la obediencia ciega*”<sup>534</sup>, no por lo cual el autor de estas palabras dejaba de propugnar nuevos códigos.

Este punto de partida nos invita a preguntarnos por el modo de relación que efectivamente hubo entre el derecho vernáculo y las codificaciones iberoamericanas. Por cierto esta pregunta no cabe formularla para las codificaciones que consistieron en la adopción de un código extranjero; para aquellas que consistieron en la adaptación de uno, hay que proponerla con respecto a su parte adaptada; y tiene pleno sentido en relación con las codificaciones endógenas, precisamente porque de todos modos sus autores jamás ocultaron y, antes bien, declararon haberse valido de modelos extranjeros al elaborarlas. Concerniendo a este tercer grupo, pues, nos referimos principalmente a los códigos peruano de 1852, chileno, argentino y brasilero; en menor medida para el mexicano de 1870.

2. Desde luego siempre y a priori hay que admitir una dosis normal de asunción de instituciones y normas extrañas, que aunque contrariaran al derecho vigente, los codificadores las aceptaban sin escrúpulos, porque eran congruente con el espíritu liberal que los inspiraba a ellos y a sus contemporáneos. En este orden entran, por ejemplo, las precauciones adoptadas para asegurar la libertad de las propiedades, de la circulación de los bienes y de la contratación, que por lo general los codificadores las hallaban plasmadas en el código francés, de donde las recogieron sin más. Así ocurrió, por dar un ejemplo, con la prohibición directa de instituir fideicomisos y usufructos sucesivos, o con el impedimento de que fueran realmente sucesivos, inspirados en los artículos 896 y siguientes del código francés.

También debe aceptarse como dosis normal de influencia la incorporación de instituciones extrañas, cuando los codificadores las juzgaron saludables y convenientes. Un caso típico ocurrió con el “consejo de familia” previsto en el código francés y aceptado en varios códigos americanos.

Fuera de este tipo de recepciones y salvo que la influencia de los códigos extranjeros quede comprobada mediante el cotejo textual, que muestre una coincidencia literaria; o mediante la comparación del derecho castellano-indiano vigente con el nuevo código, reveladora de que cierta institución de éste no estaba aceptada en aquél, como ocurrió con la adopción, que, si bien tratada en las *Siete Partidas*, había caído en desuso en el derecho posterior, no obstante lo cual algunos códigos la incorporaron, por influencia

---

<sup>533</sup> *Exposición de los cuatro libros del Código Civil, México, 15 de enero de 1870, en Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California (México, 1872), p. 2.*

<sup>534</sup> RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas hispano-mexicanas* (Nueva edición, Méjico, 1852), Vol. I, *Discurso preliminar*, parte segunda, p. IV.

del francés, que la regula en su lib. I, cap. 8, cap. 1; aparte esto, menester es cuidarse de aceptar como influencia sin más la mera circunstancia de encontrarse en un código americano cierta regulación que también se encuentra en uno extranjero, particularmente en el francés. Ello porque las fuentes de este último, por ser romanísticas, tendían a coincidir con las del derecho castellano-indiano, que exhibían el mismo carácter; de donde la coincidencia.

3. Invitan a esta cautela los dichos de los codificadores mismos en orden a haber sido el derecho castellano-indiano la primera y más principal fuente de sus obras. Podemos presentar los siguientes ejemplos:

Andrés Bello, en un artículo publicado en el periódico *El Araucano* el 6 de diciembre de 1839, o sea en un momento en que ya tenía redactados dos de los cuatro libros del futuro código de Chile, para defender la idea de codificar, expresó lo siguiente: “*Sentado que las alteraciones no deben ser considerables; que el nuevo código se diferenciará del antiguo más por lo que excluya que por lo que introduzca de nuevo; y que han de subsistir como otros tantos padrones, todas las reglas fundamentales y secundarias que no pugnen con los principios o entre sí... ¿Y por qué empeñarnos en innovaciones más extensas? Nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia...*”<sup>535</sup>.

También Eduardo Acevedo, autor de un proyecto para el Uruguay, editado en 1852, pero que no llegó a ser aprobado, aunque sirvió de base al futuro código de 1868, dejó dicho esto en la *Advertencia* que hizo preceder a la edición del proyecto: “*...nos propusimos conservar de la legislación vigente cuanto no fuere opuesto a nuestro actual modo de ser, a las necesidades del país y de la época...*”<sup>536</sup>. De esta forma: “*Eso ha hecho que nuestro trabajo, a excepción de muy pocos puntos, no sea más que la redacción en forma de código moderno de las mismas leyes y doctrinas que cada día aplican los tribunales. Se promulgaría mañana, y fuera de esos dos puntos, nadie conocería, a excepción de los abogados, que se habría alterado nuestra legislación. Parecería a la generalidad que no hemos salido del Fuero Juzgo, de las Partidas y del Derecho romano...*”<sup>537</sup>.

Julián Viso, autor de un proyecto de código para Venezuela, editado en 1853 (y de nuevo en 1854), en unas *Observaciones que dan una idea sintética del Proyecto de Código Civil que se presenta al Congreso de la República*<sup>538</sup> que anteceden a su proyecto, manifestó lo que sigue: “*En el plan del código no entra la idea de variar en absoluto la sustancia del derecho actual, sino solamente la de ponerlo a la altura del*

---

<sup>535</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 97, p. 158.

<sup>536</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay* (Montevideo, 1852), *Advertencia*, p. 12.

<sup>537</sup> *Ibíd.*

<sup>538</sup> En PARRA ARANGUREN, *Nuevos antecedentes*, p. LIII.

*movimiento intelectual de las naciones más adelantadas y de concluir las numerosas divergencias de algunos jurisconsultos españoles sobre varios puntos de derecho*”<sup>539</sup>.

Uno de los que más teorizó sobre el asunto fue el jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas. En 1854, cuando se le iba a encargar un proyecto de código para el Brasil, diseñó un completo plan, cuya primera fase consistía en lo que llamó *consolidação* y que entendía como la reunión, sistematización, clasificación y depuración técnica de la legislación vigente, para solo en seguida seguir la fase de elaboración del código fundado en el derecho consolidado, en cuyo momento era procedente introducirle las reformas que la nueva sociedad reclamaba y para lo cual se podría recurrir a los modelos extranjeros y a la doctrina internacional. De hecho, Teixeira de Freitas cumplió cabalmente la primera fase con una obra que tituló precisamente *Consolidação das leis civis* (1858); y enseguida se dio a la redacción de un *Esboço de Código Civil* que editó entre 1865 y 1867; aunque éste no fue aprobado, sirvió como fuente a los códigos del Uruguay y de la Argentina y señaló la línea que habría de seguir la futura codificación brasileira. Es oportuno recordar aquí que muchos años antes, en 1833, Andrés Bello había diseñado un plan de dos fases semejante al de Teixeira de Freitas, al cual después renunció, prefiriendo ejecutar en un mismo acto ambas fases<sup>540</sup>.

Dalmacio Vélez Sarsfield, el autor del código argentino de 1869, ante la crítica que le dirigió Juan Bautista Alberdi, en orden a haberse basado excesivamente en el proyecto del brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, le replicó en un artículo de 25 de junio de 1868: “*Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son la leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una Ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas...*”<sup>541</sup>.

También la Comisión de Códigos, encargada de informar sobre el Proyecto de Código Civil para el Uruguay al Gobernador Provisorio, en el documento pertinente de 31 de diciembre de 1867, dejó esta constancia: “*Sin embargo, el Código Civil Oriental, extraído de los distintos cuerpos de derecho que heredamos de la España y de todos los Códigos vigentes o en proyecto de los pueblos cultos, mantiene...*”<sup>542</sup>.

La Comisión encargada de revisar el Proyecto de Código Civil mexicano, en su *Exposición al Gobierno*, de 15 de enero de 1870, declaró: “*Los principios del derecho romano, nuestra complicada legislación, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los proyectos formado en México y en*

---

<sup>539</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LIII.

<sup>540</sup> Vid. infra § 29, II, 2 y GUZMÁN, Alejandro, *Condificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de A. Teixeira de Freitas*, en *Studi Sassaresi V: Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 255 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 93 ss.

<sup>541</sup> VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *El folleto del doctor Alberdi*, en *El Nacional* de Buenos Aires, de 25 de junio de 1968, ahora en GARCÍA, Manuel y otros, *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1920), p. 260.

<sup>542</sup> En *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Edición oficial* (Montevideo, La Nación, 1893), p. II.

*España, han sido los elementos con que la Comisión ha contado, unidos a doctrinas razonadas y al conocimiento de nuestro foro. Apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la Comisión; porque su principio fue innovar lo menos posible...*<sup>543</sup>.

4. ¿Cómo se concilian, pues, estas manifestaciones con el conocido y ya anotado hecho de también haberse valido los codificadores de fuentes extranjeras para elaborar sus obras, de las que solieron dejar expresa constancia, ya en general, por ejemplo en las exposiciones introductorias a sus proyectos, ya en especial y con detalle, en notas al articulado, de lo que los casos más notables fueron Vélez Sarsfield y, en menor medida, Andrés Bello?

El punto de una conciliación se encuentra en el hecho de que los codificadores usaban sus modelos como catálogos de temas o de tópicos legislativos que debían ser objetos de regulación en cualquier código y también, por ende, en el que ellos mismos proyectaban. La colación de códigos contenida en la *Concordance* de Saint-Joseph, también traducida al castellano por Verlanga y Muñiz<sup>544</sup>, fue al respecto un instrumento óptimo.

Tomando, pues, como punto de partida el contenido jurídico de cierta disposición del modelo y juzgado como merecedor de aparecer tratado en su proyecto dicho contenido, examinaban los codificadores cuanto el derecho vernáculo establecía al respecto.

a) Si se verificaba no haber conformidad, lo que raramente podía ocurrir en el todo y en la esencia de una disciplina, de modo de limitarse la disconformidad a puntos precisos de regulación positiva, una nueva ponderación conducía a decidir qué partido tomar: si el del modelo o el del derecho vigente.

Por cierto, en varias oportunidades optaron por aquél: ya hemos señalado algunos temas en que la balanza se inclinaba por el modelo; podemos aceptar otros en que ocurrió lo mismo por razones meramente técnicas; también esto es normal: los codificadores deseaban precisar, delimitar y colmar las disciplinas jurídicas, de acuerdo con los cánones de la ciencia de la legislación y para ello aprovechaban la experiencia legislativa de los códigos que entonces se hallaban a su disposición, en donde un trabajo así ya había sido consumado.

Pero en la mayoría de los casos, en cambio, optaron por el derecho vernáculo. Hay ejemplos decisivos, como el repudio de que fue objeto en América la supresión de la distinción de título y modo en materia de transferencia de bienes entre vivos, que había operado el código francés, y su otorgamiento del carácter de modo de adquirir a ciertos contratos, como la compraventa o la permuta. Unánimemente los códigos del Perú, de Chile, de la Argentina, del Brasil exigieron la tradición para que un contrato traslativo transfiriera el dominio, de acuerdo con el derecho romano y el vernáculo.

b) Cuando se verificaba haber conformidad entre el modelo y el derecho vernáculo, el codificador tenía dos caminos. Una era copiar o parafrasear el texto del código

---

<sup>543</sup> *Exposición de los cuatro libros del Código Civil*, México, 15 de enero de 1870, en *Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California* (México, 1872), p. 4 s.

<sup>544</sup> Vid. supra § 10, I 2.

consultado, y entonces estamos ante un caso de influencia literal; pero aun así, la conformidad sustancial permite sostener que la norma trasladada literal o casi literalmente desde el código extranjero era derecho vernáculo de solo redacción extranjera.

Otro camino era redactar una disposición con propias palabras. En este último caso, el observador poco avisado podría tender a decir de todos modos que dicha disposición fue inspirada por el modelo; pero el historiador atento deberá concluir algo más complejo: que la disposición en examen quizá fue inspirada por ese código en cuanto a que su contenido debería existir como materia tratada en el nuevo cuerpo que se redactaba; pero que ese contenido fue tomado del derecho vigente, amén de haber sido original la redacción.

Este es, pues, el sentido de los antes recordados dichos de los codificadores: ellos se preocuparon constantemente de estudiar y recoger su propio derecho -que por lo demás normalmente dominaban-, sin que sintieran haber contradicción con que a la par estudiaran y emplearan los códigos o la doctrina extranjeros. Cuando afirman haberse basado en el primero, debemos creer, pues, que fue lo que precisamente hicieron, aunque el contenido de la norma resultante fuera conforme con alguna fuente extraña y aunque su atención hacia el respectivo punto del derecho vernáculo hubiera sido llamada por la existencia de una norma pertinente en algún código extranjero.

Nadie mejor describió este procedimiento, que el codificador mexicano, Justo Sierra, en la comunicación con que remitió al Gobierno la primera parte de su trabajo en diciembre de 1859, en donde le dijo: *“Fijado el punto, he acudido al código francés, hecho la comparación con los referidos códigos modernos, evacuado las citas de Goyena tanto del derecho patrio<sup>545</sup> cuanto del romano, examinado la doctrina corriente de los tratadistas y resuelto la cuestión...”*<sup>546</sup>. Aquí, “fijar el punto” alude también a lo que nosotros hemos denominado acudir a tópicos legislativos o materias por tratar; y consiste, en definitiva, en la decisión de que determinada disciplina, en sí considerada y antes de decidir sobre su modo de ser, debe figurar en el código. En el texto citado, antes de la parte transcrita, Sierra había dicho: *“De algo me han valido mis apuntes sobre codificación; pero lo que realmente me ha servido de guía han sido las discusiones del código civil francés, los comentarios del Sr. Rogron, los códigos de la Luisiana, de Holanda, de Vaud, de Piamonte, de Nápoles, de Austria, de Baviera y de Prusia, comparados con el francés<sup>547</sup> y sobre todo el proyecto de código civil español, sus concordancias con nuestros antiguos códigos y el derecho romano, publicado con motivos y comentarios por el Sr. García Goyena, uno de los más eminentes jurisconsultos españoles de la escuela moderna”*<sup>548</sup>. Estas fuentes, pues, servían a Sierra para “fijar el punto”. Hecho ello, aquél acudía, por un lado, al código francés,

---

<sup>545</sup> Vale decir, al derecho castellano.

<sup>546</sup> Transcrito por BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano* (México, Porrúa, 1982), p. 169, n. 9.

<sup>547</sup> Alude a la colación de códigos modernos de Saint-Joseph.

<sup>548</sup> Transcrito por BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano* (México, Porrúa, 1982), p. 169, n. 9.

comparado con los demás modernos (usando la *Concordance* de Saint-Joseph); por otro, al derecho castellano y al romano, valiéndose de las citas pertinentes que García Goyena hacía en las *Concordancias, motivos y comentarios* de su proyecto; y, en fin, a la doctrina corriente de los tratadistas.

Podemos aceptar que este procedimiento de Sierra, más o menos, fue común a todos los codificadores americanos; como se ve, en él el examen del derecho vernáculo ocupa su lugar. En el caso particular de Sierra, con todo, el prefirió resolver “*la cuestión más frecuentemente según las fórmulas del repetido Sr. Goyena, como más claras, concisas y expresivas, sin permitirme otras modificaciones que las que he juzgado necesarias para conservar la unidad del sistema que me propuesto desde el principio*”, como declara en la continuación del texto primeramente transcrito; pero otros codificadores más frecuentemente prefirieron resolverla según el derecho vernáculo.

c) También hubo materias en que los códigos americanos, incluso aquellos que se limitaron a copiar al francés, no pudieron menos que fundarse exclusivamente en el derecho vernáculo, por razones políticas y morales: así ocurrió, por ejemplo, con la disciplina del matrimonio y de la familia, que por lo general fue tomada del derecho canónico e incluso remitida a él expresamente; algo semejante solió ocurrir con el derecho de las sucesiones.

d) En fin, están las materias que ciertos códigos americanos trataron y que no encontraron absolutamente en sus modelos legales o las encontraron escasamente desarrolladas ahí. También aquí el derecho vernáculo cumplió su papel, si bien unido a la doctrina internacional. De esto es ejemplo el código argentino, que fue el primero en tratar sistemáticamente de la simulación de los actos jurídicos y Vélez Sarsfield se preocupó de citar alguna ley de las *Siete Partidas* y ciertos textos del Digesto en apoyo, aunque también empleó a los franceses Toullier y Chardon. A veces, por faltar la respectiva disciplina en la tradición, los codificadores debieron basarse exclusivamente en la doctrina extranjera, como es ejemplo notable el del código chileno, que dedicó un extenso título especial a las personas jurídicas, el segundo en hacerlo<sup>549</sup>, fundado en las doctrinas de Savigny<sup>550</sup>.

5. Algunos ejemplos podrá aclarar estas ideas. En primer lugar, veamos el caso de un código, como el francés, que ciertamente influyó.

En torno al problema de qué efectos produce en el legado de una cosa su enajenación posterior por el testador, encontramos los siguientes textos:

a) En el *Corpus iuris civilis*:

Dig. 32, 10, 12 (Valens, 2 *fideicomm.*): “Si el testador hubiere legado una cosa suya y la hubiere enajenado por urgente necesidad, se puede pedir el fideicomiso, a no ser

---

<sup>549</sup> El primero fue el código de La Luisiana, pero en forma muy deficiente. Es claro que aquí funcionó lo antes explicado, en orden a que Bello utilizó este cuerpo como sede de un tópico por tratar, pero no lo siguió como modelo para el tratamiento que dio a la materia.

<sup>550</sup> HANISCH, Hugo, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, en *REHJ*. 5 (Valparaíso 1980), pp. 167 ss.

que se pruebe que el testador quiso quitárselo, pero debe exigirse a los herederos la prueba del cambio de voluntad”<sup>551</sup>.

Dig. 34, 4, 18 (Mod., 8 *diff.*): “Si en vida el testador hubiere donado a otro la cosa legada, en todo caso se extingue el legado; y no distinguimos si la haya donado por necesidad de los asuntos familiares o por mera voluntad, de suerte que si la hubiere donado por necesidad, se deba el legado; y si por nuda volunta, no se deba; porque esta distinción no es aplicable a la munificencia del que dona, como quiera que nadie es liberal estando en necesidad”<sup>552</sup>.

Dig. 34, 4, 15 (Paul. *l. sing. ass. libert.*): “Cuando el esclavo legado y enajenado por el testador haya sido comprado de nuevo por el testador, no se le debe al legatario habiéndose opuesto la excepción de dolo malo...”<sup>553</sup>.

El primer texto sienta una doctrina general: cuando el testador, por urgente necesidad, enajena la cosa suya que antes había legado, no se extingue el legado, a menos que los herederos prueben que el testador enajenó con intención de revocarlo. Se entiende, pues, que si la enajenación fue sin necesidad, el legado queda revocado.

El segundo describe una doctrina especial: cuando el testador enajena por causa de donación la cosa antes legada, se extingue el legado, haya tenido o no necesidad de donar.

El tercero, dando por entendido que la enajenación del esclavo, hecha por el testador que lo había legado, importa extinción del legado, señala que si el testador lo vuelve a adquirir, no renace ese legado.

Justiniano, en Inst. II, 20, 12, en fin, expone lo siguiente: “Si el testador hubiere legado una cosa suya y la enajenare después, Celso piensa que no menos se la debe, si no la vendió con animo de revocar el legado; y lo mismo dispusieron en un rescripto los divinos Severo y Antonino. Los mismos dispusieron por rescripto que aquel que, después de hecho el testamento, dio en prenda los predios que había legado, no parece haber revocado el legado; y que por ello el legatario puede ejercer acción contra el heredero para que los predios sean liberados por el acreedor. Pero si alguno ha enajenado una parte de la cosa legada, la parte no enajenada se debe en todo caso; mas la parte enajenada solo se deberá cuando la enajenación se haya hecho sin ánimo de revocar el legado”<sup>554</sup>.

---

<sup>551</sup> *Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse, probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.*

<sup>552</sup> *Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum; nec distinguimus utrum propter necessitatis rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeat, si nuda voluntate, non debeat; haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis existat.*

<sup>553</sup> *Cum servus legatus a testatore et alienatus rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario opposita exceptione doli mali...*

<sup>554</sup> *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilo minus deberi, idque divi Severi et Antoninus rescripserunt... Si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata omnimodo debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.*



En la primera parte el texto reproduce la doctrina de Dig. 32, 10, 12, omitiendo, empero, el requisito de la necesidad. En la segunda, añade que la pignoración de una cosa antes legada tampoco revoca el legado. En la tercera, aplica esa doctrina al caso de que la enajenación afecte solo a una parte de la cosa legada: subsiste el legado respecto de la parte no enajenada; y se extingue respecto de la parte enajenada, si se prueba el ánimo de revocar. Nada expreso dice Justiniano en relación con la donación de la cosa legada.

b) En las *Siete Partidas*, en su ley 17, tít. 9, Part. VI, se haya dispuesto: “*Viña o tierra, o otra cosa semejante destas, que fuesse suya del testador, si la mandasse [legase] a alguno en su testamento, e despues desto en su vida la vendiesse o la camiasse [permutase], en saluo finca [queda] aquel a quien la mandó, de demandar la estimación de aquella cosa. Fuera ende [excepto], si el heredero del testador pudiesse prouar, que su entención fue del que fizo la manda, de reuocarla, e por esto la enajenaua. Mas si el fazedor del testamento, después que ouiesse mandada alguna cosa, la diesse en don a otro, estonce se entiende que reuoca la manda que auia fecha della, e porende non la puede después demandar al heredero*”.

Este cuerpo legal concuerda en general con el derecho romano: la enajenación por venta o permuta de la cosa legada deja a salvo el legado, a menos de probarse que el testador enajenó con intención de revocar. Pero si la enajenación fue por causa de donación, el legado se extingue siempre.

La anterior doctrina aparece sustancialmente repetida en la ley 40, tít. 9, Part. VI: “*Donación faziendo el testador en su vida a algun ome [hombre], de alguna cosa que ouiesse mandada [legado] en su testamento a otro, desatase [extinguese] porende la manda, porque semeja que se arepintió, pues la dio a otro en ante que muriesse. Mas si la vendiesse o empeñasse, non se desataria, nin reuocaria por ende; ante dezimos, que aquel a quien fue mandada, que deue auer el precio por que fue vendida, o la estimacion, si fuere empeñada, assi como como de suxo diximos. E esto es porque semeja que pues que el testador la vendio o la empeño, que su entencion fue de lo fazer, por mengua [necesidad] que auia e non por reuocar la manda*”. Como se ve, la única diferencia sustancial aquí es la extensión de la no revocación del legado al caso de ser pignorada (“*empeñasse*”) la cosa que había sido su objeto, lo cual también es romano, como se ve en el párrafo de las *Institutiones* antes citado.

Nada dicen las *Siete Partidas* para el caso de que el testador recobre la cosa primeramente legada y después enajenada, como se trata en Dig. 34, 4, 15.

c) A la ley 17, tít. 9, Part. VI, Gregorio López añadió la siguiente glosa, entre otras, a la palabra *don*: “Y nota que... esta ley es aplicable incluso si después de la enajenación voluntaria el testador vuelve a comprar, pues el legado no se reintegra”<sup>555</sup> y cita la ley *Cum servus* (= Dig. 34, 4, 15).

A la ley 40, tít. 9, Part. VI, el mismo Gregorio López, aplicando la doctrina de la no reviviscencia del legado una vez recuperada la cosa por el testador al mayorazgo,

---

<sup>555</sup> *Et nota quod... et procedit ista lex, etiamsi post voluntariam alienationem testator redimat, nam non reintegrabitur legatum.*

agregó: “y también si la venta fue nula”<sup>556</sup>, citando a Bártolo. Esto es, si el testador legó una cosa y luego la vendió, el legado se extingue y no revive si después la venta es declarada nula.

d) Ahora bien, en el código francés encontramos el siguiente artículo 1.038, fundado en Pothier<sup>557</sup>: “*Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou pour échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l’aliénation postérieure soit nulle, et que l’objet soit rentré dans la main du testatur*”. Esta disposición, pues, generalizó la regla del derecho romano que tenía por revocado el legado de una cosa después donada por el testador, o vendida sin necesidad apremiante, a todo tipo de enajenaciones, incluso a aquellas por venta o permuta, es decir, a las enajenaciones a título oneroso: “*toute aliénation...*”. La norma toma en cuenta la disquisición sobre enajenaciones de una parte de la cosa, que aparecía en Inst. II, 20, 12 (“*de tout ou de partie de la chose léguée*”); también la hipótesis de que la cosa vuelva a poder del testador, que figuraba en Dig. 34, 4, 15; y, en fin, la hipótesis de que la enajenación resulte nula, que había establecido el derecho común. Nada dice, en cambio, sobre los efectos de la pignoración de la cosa legada.

e) La disposición del artículo 1.038 del código francés tuvo una evidente incidencia en los incisos 2º y 3º del artículo 1.135 del código chileno, que dicen: “*La enajenación de las especies legadas, en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, en todo o parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador./ La prenda, hipoteca o censo constituido sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero la grava con dicha prenda, hipoteca o censo*”. Aunque esta incidencia no se la reconoce bien por simple cotejo textual, ya que ambas redacciones son bastante diferentes y apenas se verifica el eco francés de la frase: “*encore que l’aliénation postérieure soit nulle, et que l’objet soit rentré dans la main du testatur*” en la chilena: “*aunque la enajenación haya sido nula y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador*”, decimos que la incidencia es evidente: la generalización de la regla romana sobre el efecto revocatorio de la donación de la cosa legada en el legado, a toda clase de enajenaciones, salvo coincidencia improbable, no tenía de dónde obtenerla Bello sino del código francés, al cual, por lo demás, habían seguido los demás europeos de la época.

Pero en una nota al artículo 1.381 del *Proyecto de 1853*, antecesor del artículo 1.135 del código, Bello dejó dicho: “*Se amplía lo dispuesto en las leyes 17 y 40, tít. 9, P. 6.*”. Bello, pues, citó el derecho de las *Siete Partidas*, que antes comentamos, para decir que se lo ampliaba, esto es, que se lo generalizaba en el sentido precedentemente indicado, silenciando que la ampliación fue inspirada por el código francés. Pero que efectivamente antes de aceptar este último Bello estudió las *Siete Partidas*, queda comprobado por la regulación que estableció sobre los efectos de la prenda en la cosa legada en el legado, en el inciso segundo: “*La prenda, hipoteca o censo constituido*

---

<sup>556</sup> ...et item si venditio fuit nulla secundum Bart. in rubric. C. de verb signif. vers. sed quid si testatur.

<sup>557</sup> POTHIER, R. J., *Traité des donations testamentaires*, párr. 302 N°4 (en *Oeuvres*, Ed. Bugnet, Paris, 1861, Vol. VIII, p. 310 s.).

sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero la grava con dicha prenda, hipoteca o censo”; pues nada de ello aparece en dicho código, como sí aparece en la ley 40, tít. 9, Part. VI: “Mas si...la empeñasse, non se desataria, nin reuocaria por ende”.

Resulta muy claro, pues, que Bello, al estatuir en el artículo 1.135 tuvo a la vista el derecho de las *Siete Partidas*; al examinar el código francés, vio que su artículo 1.038 era una generalización de la regla romana sobre el caso de la donación de la cosa antes legada; y decidió aceptar este predicamento; enseguida procedió a redactar con propias palabras la disposición de su código (como de costumbre, en manera óptima y desde luego superior al modelo); pero con los ojos puestos en las *Siete Partidas*, en donde se trataba una hipótesis, la de pignoración, que el código francés no trataba.

Así, pues, en este caso hubo incidencia de un derecho extranjero en el código chileno, pero no puede decirse que relativa a la sustancia jurídica de la disposición, que es derecho castellano, sino solo a un modo de ser de esa sustancia, en el sentido de una generalización, según ha quedado explicado.

f) También el artículo 1.308 del código francés incidió en el artículo 3.383 del argentino: “Toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula, y aunque la cosa vuelva al dominio del testador”. En la nota a esta norma, Vélez Sarsfield citó el código francés, pero también al de la Luisiana, art. 1.688, a Dig. 34, 4, 15, a Voet y a Mercadé; asimismo remitió a Part. VI, 9, 17; y a Aubr y Ray, párr. 725 nota 29; en fin transcribió cierto texto de Troplong, *Testament*, N.os 2.085 ss.

En el caso de Vélez, la dependencia textual de su norma con respecto al código francés es cercana; pero asimismo el procedió a usarla después de un estudio amplio, en el que el derecho vernáculo tuvo su lugar.

6. Veamos ahora el caso de una norma cuyo contenido fue influido solo por el derecho vernáculo, no obstante que se lo encuentra en otros.

Se trata del artículo 1.645 del código chileno: “Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con el ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla./ La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda” .

Se podría creer que esta norma fue redactada sobre la base del código francés, artículos 1.282: “La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le creancier au débiteur, fait preuve de la liberation”; 1.283: “La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire”; y 1.286: “La remise de la chose donné en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette”.

Pero esta norma solo sirvió a Bello como tópico por tratar, porque el contenido concreto de su artículo 1.645 lo obtuvo de las *Siete Partidas*, que citó expresamente en nota al artículo 1.831 del *Proyecto de 1853*, antecedente del actual artículo 1.645 del código. Para el inciso primero, se valió de la ley 9, tít. 14, part. 5: “Esso mismo sería si

*un ome diesse a otro la carta que auia sobre él, del debdo que le deuiesse, o la rompiesse a sabiendas, con entención de quitarle (= remitirle) el debdo; que también sería quito porende, como si lo ouiesse pagado. Pero si aquel que auia de auer el debdo pudiere prouar con omes buenos, que dio la carta en fieltad (= depósito) al debdor, e non con voluntad de quitarle el debdo, o que gela furtaron, o forçaron, o gela rompieron contra su voluntad, entonce en saluo le fincaría (= quedaría) su derecho, contra aquel que deuia la debda”. También la ley 40, tít.13, part. v vale para el inciso primero: “E calladamente (= tácitamente) quitaria ome el derecho que auia sobre el peño, como si la obligación de la cosa empeñada fuesse fecha por carta o el señor del debdo, que tuuiesse la carta, la cancelasse, o la rompiesse, o la diesse a aquel que gela empeñara. Ca (= porque) tornandole la carta de la debda principal, o cancelandola, entiendese quel quita el debdo e el derecho que auia sobre el peño. Fueras ende, si esto fiziesse por miedo, o por fuerça, o por engaño, que le fuesse fecho en esta razon”. Pero además para el segundo: “E maguer diesse e quitase desta guisa el derecho que auia sobre el peño, con todo esso non se eniende que le quita el debdo que auia sobre el”.*

Se ve que el derecho contenido en las citadas leyes de las *Siete Partidas*, en los artículos 1.282, 1.283 y 1.286 del código francés y en el artículo 1.645 del chileno es, en sustancia, el mismo, porque en definitiva deriva del romano; pero normativamente hablando la disposición chilena no deriva de la francesa sino de aquella medieval, aunque podemos aceptar que la idea de insertarla en el código haya sido sugerida por su presencia en el francés.

Otro tanto podemos decir de los artículos 877 del código argentino: “*Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado*”; y 886: “*La devolución voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa solo la remisión del derecho de prenda, pero no la remisión de la deuda*”. Vélez Sarsfield invocó las *Siete Partidas*, en las mismas disposiciones que Bello, o sea: las leyes 9, tít. 14 y 40, tít.13 de la Part. v; pero agregó otra: la ley 11, tít. 19, part. III, que justifica la frase: “*...si el deudor no alegare que la ha pagado*” del artículo 877, que Bello no tomó en cuenta; y citó, como derecho comparado, los códigos francés, art. 1.282; sardo, art. 1.357; y napolitano, art. 1.236. Pero es claro que él se basó en las *Siete Partidas*.

7. Los ejemplos podrían repetirse muchas veces, hasta llegar a cubrir buena parte de los códigos a que nos referimos. Por cierto, de todos modos es necesario un estudio comparativo muy minucioso; pero nos atrevemos a sostener la tesis de que los grandes codificadores de Iberoamérica partieron siempre del derecho vernáculo y que trataron de conservarlo, sin perjuicio de introducirle modificaciones que solían encontrar en sus modelos.

### III. El derecho romano y las codificaciones iberoamericanas<sup>558</sup>

Diversos, pero confluyentes factores aseguraron un intenso romanismo en los códigos de cada país de Iberoamérica, sobre la base general y tradicional de que el derecho romano, por múltiples vías había venido a convertirse en un elemento integrante de la cultura jurídica indiana, del que difícilmente podría prescindirse a la hora de tener que emprender la tarea de reformar la legislación; de hecho, fueron muy excepcionales las voces que se alzaron en contra del derecho romano. Solo alcanzamos a recordar las del chileno José Miguel Infante, quien en 1834 censuraba la reimplantación de los estudios romanísticos en el país, por motivos puramente políticos; y es digno de mencionarse que tuvo como contradictor al propio Andrés Bello, el futuro codificador<sup>559</sup>; y del peruano Lorenzo de Vidaurre, más significativo que el anterior, porque Vidaurre fue autor de un proyecto de codificación civil; en ella declaró su prescindencia del derecho romano, y en efecto, se apartaba de él en puntos importantes<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> SPINETTI DINI, L., *Il diritto romano nel Venezuela*, en VV. AA., *Studi in onore di G. Grosso* (Torino, Giappichelli, 1972), Vol. V, pp. 433 ss.; STEGER, Hans-Albert, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 4 (1973), pp. 22 ss.; EL MISMO, *La significación del derecho romano para la universidad latinoamericana en los siglos XIX-XX*, en VV. AA., *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano* (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-Latinoamerica, s. d.), pp. 25 ss.; MEIRA, Silvio, *Sobrevivencia di direito romano no Brasil, em Novos e velhos temas de direito* (Rio do Janeiro, Forense, 1973), pp. 169 ss.; EL MISMO, *O jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas e a recepção do direito romano na América Latina no século XIX*, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia 2: Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* (Bogotá, 1985), pp. 167 ss.; EL MISMO, *Direito romano e direito brasileiro*, en *RChHD*. 15 (Santiago, 1989), pp. 187 ss.; BERNAL, Beatriz, *La recepción del derecho romano a la luz de un jurista mexicano*, en *Anuario Jurídico Mexicano* 11 (México, 1984), pp. 293 ss.; LEVAGGI, Abelardo, *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del Ochocientos*, en *REHJ*. 10 (1985), pp. 145 ss.; EL MISMO, *El derecho común en la Jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX*, en *RChHD*. 15 (Santiago, 1989), pp. 173 ss.; AVELLÁN, Alberto, *La recepción del derecho romano en el Ecuador*, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia 2: Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* (Bogotá, 1985), pp. 149 ss.; FRANÇA, Limongi, *Recepção do direito romano no sistema brasileiro, especialmente no direito das obrigações*, *ibíd.*, pp. 193 ss.; VÁSQUEZ, Humberto, *Otra vía de transfusión del derecho romano en el derecho civil argentino. Los escritos jurídicos del doctor Vélez Sarsfield*, *ibíd.*, pp. 261 ss.; GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 147 ss.; MOREIRA ALVES, José Carlos, *O direito romano na formação dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil*, *ibíd.*, p. 225 ss.; DEL ARENAL, Jaime, *Historia de la enseñanza del derecho romano en Michoacán*, *ibíd.*, pp. 263 ss.; PEREIRA, Aloysio, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, en VV. AA., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, [1988]), pp. 83 ss.; SCHIPANI, Sandro, *Andrés Bello romanista-istituzionista*, ahora en EL MISMO, *La codificación del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 243 ss.; EL MISMO, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, en VV. AA., *Il diritto dei nuovi mondi* (Padova, CEDAM, 1994), pp. 55 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho romano y sistema jurídico iberoamericano*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Madrid, Civitas), pp. 4181 ss.

<sup>559</sup> Sobre este episodio: GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. I*, pp. 240 ss., con la literatura anterior.

<sup>560</sup> Vid. *infra* § 26, III, 4.

Los principales factores que aseguraron el romanismo de las nuevas codificaciones fueron los siguientes:

a) En primer lugar, la formación de los juristas que intervinieron en los respectivos procesos de codificación. Aquellos de las primeras fases de dichos procesos habían sido educados todos en las universidades indianas, y en éstas el derecho romano y el canónico eran los únicos enseñados<sup>561</sup>. Cuando esas universidades empezaron a ser reemplazadas por instituciones patrias, se mantuvo la enseñanza del derecho romano, aunque fue muy menor a aquella que había tenido antes, y no obstante que a veces fue suspendida por poco tiempo.

Como paradigma, debe recordarse que las grandes personalidades de codificadores americanos todos fueron en cierto sentido romanistas ellos mismos. Así Andrés Bello<sup>562</sup>, Augusto Teixeira de Freitas<sup>563</sup> y Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>564</sup>.

b) En segundo lugar, la tradición misma del derecho español, especialmente del código de las *Partidas*, principal y central cuerpo de derecho privado indiano, en cuanto era un texto doblemente romanista: en su origen, desde que fue compuesto con derecho romano de glosadores en el siglo XIII; y en su interpretación posterior, cuando Gregorio López en 1555, para modernizarlo, le adosó una glosa con derecho romano de comentaristas. El empleo y consulta de este texto hacía imposible a sus usuarios no estar familiarizado con el derecho romano; y he ahí entonces un nuevo factor que influyó en

---

<sup>561</sup> Vid. supra § 12, v.

<sup>562</sup> AVILA MARTEL, Alamiro de, *Bello y el derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), pp. 79 ss.; HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores, 1983); SCHIPANI, Sandro, *Andrés Bello romanista-instituzionista*, ahora en *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 243 ss.

<sup>563</sup> MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império. Vida e obra* (2ª ed., Brasília, 1983), passim; MOREIRA ALVES, J. C., *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, en SCHIPANI, VV. AA., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, [1988]), pp.17 ss.; FERRAZ PEREIRA, Aloysio, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, ibíd., p. 83 ss.

<sup>564</sup> DÍAZ BIALET, Agustín, *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield* (Córdoba, 1949-1952), 3 vols.; EL MISMO, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 14 (Córdoba, 1950), pp. 305 ss.; EL MISMO, *La transfusion du droit romain*, en *Revue Internationale du Droit de l'Antiquité* (Bruxelles, 1971), pp. 471 ss.; EL MISMO, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)*, en *Studi Sassaresi, V: Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 251 ss.; EL MISMO, *El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sarsfield*, en VV. AA., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, 1991), pp. 11 ss.; LEVAGGI, Abelardo, *La formación romanística de Dalmacio Vélez Sarsfield*, en *Studi Sassaresi* cit. ibi, pp. 317 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 105 ss.; VÁZQUEZ, Humberto, GHIRARDI, Juan Carlos y ROLFO DE COSTAMAGNA, María Luisa, *Tres escritos judiciales del Dr., Vélez Sarsfield. Su versación romanística*, en *Studi Sassaresi* cit. ibi, pp. 347 ss.; VÁZQUEZ, H., MICIELI, L., BAZÁN, M. E., y CALVO LEAL, M. A., *El derecho romano en la biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield. Ensayo histórico* (Córdoba, 1996); BAZÁN, María Elena, FERNÁNDEZ, Graciela Liliana, y MICIELI, Laura Liliana, *La equidad en las notas del Código de Vélez Sarsfield. Sus fundamentos romanos*, en *REHJ.* 18 (Valparaíso, 1996), pp. 59 ss.

el necesario romanismo de los redactores de códigos, que eran sus usuarios, unido al hecho de haber usado las *Partidas* como fuente para sus códigos.

c) Los modelos extranjeros recurridos, sobre todo el *Code Civil*, cuyo conocido romanismo no necesita ser reexaminado<sup>565</sup>.

d) En Europa, la codificación, que por su propia definición debía poner término a la vigencia del derecho romano en cada país, no hizo lo propio con el secular prestigio de que gozaba en los espíritus, y aunque en un momento inicial pudiera apreciarse una decadencia de su estudio, a los intérpretes les fue imposible cumplir su labor sin tener como trasfondo y apoyo el derecho romano, a cuya luz debían leer los nuevos textos. Así ocurrió en Francia<sup>566</sup>. Los primeros intérpretes del *Code Civil*, por ejemplo Delvincourt o Toullier, saturaron sus comentarios de derecho romano. Algo parecido ocurrió con los intérpretes posteriores. Y de esta manera, cuando le correspondió a la literatura civilista francesa el turno de funcionar como fuente de los nuevos códigos americanos, como de hecho ocurrió en alguna medida, ella misma se transformó en vehículo portador del viejo derecho de Roma hacia dichos códigos.

#### IV. Circulación y concentración de modelos de codificación

1. En Europa, el frecuente fenómeno de la circulación de modelos legislativos, a partir de la promulgación del código francés en 1804 empezó a tener por base casi exclusivamente a ese cuerpo legal, a cuya influencia solo escapó el código austriaco de 1811; el resto de los países europeos, en efecto, a la hora de codificar pusieron sus ojos en el *Code Civil*, que entonces a través de diferentes caminos y bajo variadas modalidades se introdujo en casi todos los códigos que sucesivamente fueron apareciendo.

a) Por diversas circunstancias ya analizadas<sup>567</sup>, el francés fue el primer modelo a disposición en América.

b) Pero el ímpetu con que inicialmente se presentó ese cuerpo legal se aminoró considerablemente en Chile entre 1841 y 1855 y en el Perú entre 1847 y 1852 cuando los respectivos proyectos y códigos de esos países, ya endógenos, solo consideraron al francés como guía y orientación y se abstuvieron de reproducirlo o copiarlo, para en vez adoptar caminos propios más en consonancia con el derecho tradicional. Con ello, pudieron ofrecer modelos alternativos.

c) Casi contemporáneamente, en España apareció un trabajo codificador pensado para el país, el proyecto de García Goyena de 1851, que sobretodo debido a las notas, comentarios y concordancias que su autor le agregó, transformando al todo en un útil compendio de derecho comparado, vino a convertirse en otro modelo.

---

<sup>565</sup> SACCO, Rodolfo, *Diritto romano e Code Napoléon*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Tomanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 99 ss., quien, empero, acentúa además los otros componentes incidentes en ese cuerpo legal.

<sup>566</sup> Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Los estudios de derecho romano en Francia después del código de Napoleón* (Roma-Madrid, 1970).

<sup>567</sup> *Supra* § 17, II.

d) Y en fin, desde el final de la década, un trabajo inconcluso, el *Esboço* de Teixeira de Freitas (1859-1867), por su sorprendente fisonomía y contenido, quedó destinado a transformarse en un nuevo modelo.

2. Cada uno de estos modelos tuvo seguidores.

a) Por la misma vía de la adopción o adaptación del código de Napoleón que los países europeos habían recorrido desde su aparición, se encaminó América al comienzo: la Luisiana en 1808 y en 1825, Haití en 1816 y en 1825, el Estado mexicano de Oaxaca entre 1827 y 1829, Bolivia en 1830 y en 1845, y en fin, la República Dominicana desde 1845. Así, el primer modelo legislativo puesto en circulación en América fue también el código francés sin contraste.

Dentro de esta primera fase de la codificación, uno de los códigos tributarios del francés, aquel boliviano de 1830 tuvo capacidad para convertirse en sub-modelo, quizá debido a que no era una simple copia de aquél, pues integraba en parte al derecho tradicional. Fue así como ese código de 1830 pasó a los dos Estados peruanos de la Confederación Perú-Boliviana en 1836, y a Costa Rica en 1841, por la intermediación del código del Estado Nor-peruano.

b) El segundo modelo principal presentado, la codificación peruana, no dejó de conseguir influencia: el proyecto de código de 1847 fue el recurrido por el granadino Justo Arosemena para redactar un texto que primero ofreció a la Confederación Granadina en 1853, sin éxito empero, y después al Estado de Magdalena en donde fue aprobado en 1857. Más tardíamente, en 1877 Guatemala adoptó esta vez el código peruano de 1852.

c) Pero el código peruano como modelo no pudo competir con el que le siguió de cerca en el tiempo, o sea el chileno de 1855. El anómalo partido escogido por Guatemala en 1877 de adoptar aquél y no éste se explica quizá por razones exclusivamente políticas.

En efecto, ya en 1857 el Ecuador acogió íntegramente al código chileno; le siguieron los estados granadinos de Santander en 1858 y Cundinamarca en 1859; el Salvador también en 1859, Venezuela en 1862, Nicaragua en 1871 y Honduras en 1880 y de nuevo en 1906. A su vez, el código de Cundinamarca se convirtió en modelo para los estados granadinos de Cauca (1859), Panamá (1860), Tolima (1861), Boyacá (1863), Antioquia (1864) y Magdalena (1866) y para el Distrito Federal en 1861. Por su parte, el código de Santander fue modelo los Estados Unidos de Colombia en 1873, que la unitaria República de Colombia adoptó finalmente en 1887 para todo el territorio. Al segregarse Panamá de Colombia en 1903, conservó en vigencia dicho código hasta 1916.

d) El modelo representado por el proyecto de García Goyena de 1851 fue seguido en México por Justo Sierra al elaborar su proyecto de código entre 1858 y 1869. De él salió buena parte del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866 y el código federal de México de 1870, que sirvió de modelo a casi todos los estados de la unión mexicana.

Todavía Venezuela, en 1867 se sirvió del proyecto español, cuando en ese año promulgó un nuevo código que lo copiaba íntegramente.



e) El proyecto de Freitas, fracasado en su patria, sirvió como modelo al código argentino de 1869 y determinó una tradición sistemática y dogmática que llegó hasta el código del Brasil de 1916. El código argentino, a su vez, fue íntegramente adoptado por el Paraguay en 1876 e influyó poderosamente en el código de Nicaragua de 1904 y algo en el de Panamá de 1916.

3. Estos modelos y submodelos solieron concurrir entre sí a la formación de diversos códigos.

Así, en el de Uruguay de 1868 intervinieron el código chileno poderosamente, pero también el francés y los proyectos de García Goyena, de Freitas y el de Vélez que se convirtió en código argentino.

En el de Costa Rica de 1886 influyeron el francés, los de El Salvador, Honduras, Nicaragua de 1871 y Colombia, que eran el chileno, y el proyecto de García Goyena.

En el de Nicaragua de 1904 incidieron los códigos de Argentina, México, Chile y otros.

En el de Panamá de 1916 actuaron los códigos de Argentina, Colombia, Costa Rica de 1886 y Honduras de 1898 y 1906, que eran el de Chile, aunque mayormente el de España de 1889.

4. Tardíamente, en efecto, desde su promulgación en 1889 se presentó un nuevo modelo en Iberoamérica como fue el código de España. En Cuba y en Puerto Rico él fue impuesto en el mismo año de su promulgación, puesto que esos países aun formaban parte de la Corona española. Honduras en 1898 quiso reemplazar el código chileno que la regía desde 1880 y acudió asimismo al código español, aunque efímeramente, pues en 1906 retornó al chileno. En fin, ya se ha indicado que el código de España fue el que más influyó en el de Panamá de 1916.

5. Hubo algunos modelos aislados y algo anómalos, en el sentido de no haber sido frecuentemente recurridos. Tal es el caso del código italiano de 1865, que era una buena imitación del francés. Aquél dio su sistema y su sustancia al código venezolano de 1873. Otro tanto puede decirse del código portugués de 1867, que influyó en no poca medida en el mexicano de 1870.

6. Por lo tardío de su aparición, cuando la codificación era un hecho consumado en Iberoamérica, con excepción del Brasil, el código alemán de 1900 no pudo aspirar a influir ahí. Pero alcanzó a hacerlo precisamente en el del Brasil de 1916, aunque solo lateralmente. Por influencia de Teixeira de Freitas, en el Brasil se había impuesto una tradición de corte pendentístico, que todos los proyectos siguientes continuaron y llegó hasta Clovis Beviláqua, el autor del proyecto en 1916. La presencia del código alemán, pues, vino solo a apoyar esa tradición previa.

7. De esta manera, la expansión de la codificación en Iberoamérica siguió caminos diversos a los de Europa. Ahí, el prestigio del código francés opacó de inmediato a los otros dos modelos de los códigos prusiano y austríaco, y la codificación entonces adquirió un aspecto radial, con un centro representado por el código francés, que proyectaba sus líneas hacia cada uno de los demás países, independientes unas de otras, pero todas dependientes del centro. En América, por el contrario, la codificación se presentó con el aspecto de un complejo árbol genealógico de personas y familias

relacionadas entre sí, y con múltiples proyecciones entrecruzadas<sup>568</sup>. Ciertamente, empero, hubo dos puntos de clara preponderancia: los códigos francés y chileno, cuya larga y amplia influencia fue ostensible.

8. Desde 1916, en toda Iberoamérica hubo códigos en vigencia. Formalmente se trató de tantos códigos como de países, es decir de 21. En realidad fueron 11: el francés (Haití, Bolivia I y República Dominicana); el peruano (Perú II y Guatemala I), el chileno (Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia y Honduras III); el uruguayo (Uruguay); el argentino (Argentina y Paraguay I); el mexicano (México III); el italiano (Venezuela III); el costarricense (Costa Rica I); el español (Cuba I y Puerto Rico); el nicaragüense (Nicaragua II); el panameño (Panamá III); y el brasilero (Brasil).

Como trasfondo común a todos estos cuerpos actuó el *Code Civil*, con mayor o menor intensidad: fue máxima, como que se trató de una adopción de dicho cuerpo legal, en Haití y República Dominicana; levemente inferior en Bolivia I, pues su código fue una epitomación del napoleónico; menos intensa en Venezuela III (Italia), Cuba I (España), Puerto Rico (España) y Panamá III (España preferentemente), pues los correspondientes códigos fueron una adaptación, y una de segundo grado en el de México III (en cuanto portaba el Proyecto de García Goyena, basado en el código francés); menor aún y más sistemática y temática que sustancial, en los de Perú II y Chile (Ecuador, El Salvador, Colombia, Honduras III); ya casi irreconocible y solo tópica en los de Argentina (Paraguay I), Costa Rica, Nicaragua II y Brasil. Ahora bien, la medida de este trasfondo común fue un factor de unidad en los códigos iberoamericanos

Una vez terminada la fase de adopción o adaptación del código francés, fue el derecho castellano-indiano el que empezó a servir de base a la codificación: así en Perú y en Chile, pero también en la mayoría de los códigos sucesivos. Esta intervención del derecho castellano-indiano aseguró un nuevo factor de unidad a todos los cuerpos legales incididos.

Un tercer factor de unidad derivó del fenómeno de las influencias totales o parciales entre códigos o proyectos iberoamericanos: el código de Chile (del Ecuador, El Salvador, Colombia, Honduras III) en los de Uruguay, Argentina (Paraguay I), en el proyecto de Teixeira de Freitas, en el de Nicaragua II, en el de Costa Rica II, a través de los códigos de El Salvador, Honduras I y Nicaragua I y en el de Panamá III<sup>569</sup>; el Proyecto de García Goyena en los códigos de México III y de Cuba I y Puerto Rico, como de panamá III, a través del código español que se basaba en el proyecto citado<sup>570</sup>; el *Esboço* de Teixeira de Freitas en los códigos del Uruguay, Argentina (Paraguay I) y Brasil.

---

<sup>568</sup> Vid. cuadro sinóptico N°

<sup>569</sup> CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano*, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid, 1982), pp. 121 ss.

<sup>570</sup> CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas*, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan* (Murcia, 1989), p. 153 ss. = *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1989), pp. 221 ss.

## V. El subsistema de derecho latino- o iberoamericano<sup>571</sup>

Por su propia tradición jurídica de los tres siglos anteriores la Independencia, mantenida después, y por los modelos que tomaron en consideración al codificar, los países iberoamericanos renovaron su derecho a lo largo del siglo XIX en el interior de la secular tradición romanística y pasaron a hacer parte de la familia o sistema universal de naciones con derecho codificado, que los comparatistas denominan precisamente familia o sistema romano (-germánico<sup>572</sup>). En el interior de ella, empero, se ha reconocido existir una suerte de subfamilia o subsistema, constituido por el grupo de naciones ibero- o latinoamericanas<sup>573</sup>. Esto es correcto. Si bien los derechos codificados de los países de tal grupo recibieron muchas influencia europeas, los europeos no las han recibido de ese grupo, más que en casos excepcionales; y sus miembros, en cambio, también las han intercambiado entre sí. Esto es suficiente para conformar las condiciones de un subsistema; el estudio de cuyas características no es, empero, tema que debemos afrontar aquí.

---

<sup>571</sup> Lit.: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (2º ed., Madrid, Reus, 1957), pp. 59 ss.; CASTÁN VASQUEZ, José María, *El sistema jurídico iberoamericano*, en *Revista de Estudios Políticos* 157 (Madrid, 1968), pp. 209 ss.; EL MISMO, *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en VV. AA., *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas* (Pamplona, Eunsa, 1969), Vol. VI, pp. 156 ss.; CATALANO, Pierangelo, *Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y derecho romano*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 85 (Madrid, 1982) 3, pp. 161 ss.; EL MISMO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, en VV. AA., *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano* (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-Latinoamerica, s. d.), pp. 1 ss.; EL MISMO, *Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano*; en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 15 (México, 1991) 15, pp. 101 ss.; SCHIPANI, Sandro, *Codici e rinvio ai 'principi generali del diritto'. Il Código Civil spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei*, ahora en *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 83 ss.; EL MISMO, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, en VV. AA., *Il diritto dei nuovi mondi* (Padova, CEDAM, 1994), pp. 55 ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, *Perspectiva y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano*, en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, oct. 1976), pp. 773 ss., ahora en EL MISMO, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (Madrid, Civitas, 1988), pp. 129 ss.; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, *Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 27 (San Lorenzo de El Escorial, 1994), pp. 75 ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune* 1 (Modena, 1996), pp. 29 ss.

<sup>572</sup> Si bien el agregado de “germánico” es del todo injustificado y solo se explica por el deseo de complacer a los países germánicos que viven en el derecho romano, pero que del derecho germánico no conservan casi nada.

<sup>573</sup> Especialmente desde CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos* cit. (n. 571).

SEXTA PARTE

LA CODIFICACIÓN CIVIL EN LOS ESTADOS DE IBEROAMÉRICA

## **Capítulo primero: La codificación como adopción del Code civil<sup>574</sup>**

### **§ 19. El Code civil en la República de Haití (1816/1822/1825)<sup>575</sup>**

#### **I. El Code Civil como derecho subsidiario**

1. Desde 1776, la isla de Santo Domingo quedó delimitada en una parte oriental perteneciente a la Corona de España y una occidental, a la de Francia. En 1795, en virtud del Tratado de Basilea, la primera cedió a la ya República Francesa su parte oriental, aunque la entrega efectiva de dicha parte a Francia quedó retardada hasta 1801.

Dominada por la población negra la parte occidental, que había insurgido bajo la excitación causada por las ideas revolucionarias francesas sobre igualdad y fraternidad especialmente, que creyó serles aplicables (lo cual estaba lejos del inicial pensamiento de los revolucionarios, por cierto), terminó por proclamar la independencia de la isla el 1 de enero de 1804, y en el año siguiente se dictó una constitución que organizaba a la isla como Imperio de Haití<sup>576</sup> y designaba al caudillo Jean Jacques Dessalines como Emperador. Dicho Estado se extinguió a fines de 1806, cuando en la parte sur se produjo una sublevación militar seguida de la muerte de Dessalines. Los sublevados proclamaron Jefe Provisional del Gobierno al general Henry Christophe. A fines de 1806 se emitió una nueva constitución, de carácter republicano, en virtud de la cual Christophe fue elegido Presidente. Pero éste, descontento con la organización constitucional dada, pretendió imponerse por la fuerza desde el norte en enero de 1807, sin conseguir su objetivo; por lo cual el país se dividió en dos: el norte, donde

---

<sup>574</sup> Lit. general: DAVID, René, *Rapport général, en Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 723 ss.; CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, *America Latina*, ibid., pp. 739 ss.; SANTOS JUSTO, A., *O Código de Napoleão e o direito Ibero-Americano*, en *Boletim da Faculdade de Direito* 71 (Coimbra, 1995), pp. 27 ss. = BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), Vol. I, p. 217 ss.; JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Rapport introductif*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 109 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima, Pont. Univ. Católica del Perú, 1997).

<sup>575</sup> Lit.: LEGER, M.A.-N., *De l'influence du Code Napoléon à Haïti et des différences de législation civile entre France et Haïti*, en VV. AA., *Le droit civil Français. Livre souvenir des Journées du droit civil Français* (Paris, 1936), pp. 755 ss.; MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho e historia del derecho dominicano* (Santiago R. D., El Diario, 1943), pp. 150 ss.; CASTELLANOS PIZANO, Víctor, *La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano*, en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP, 1985), pp. 142-145; VEGA, Wenceslao, *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), pp. 135-138; TAVARES, Froilan (p.)-TAVARES, Froilán (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), pp. 237-240. Dispongo de la mayor parte de esta bibliografía gracias a la gentileza de la profesora Magnolia Espinoza Tapia, de la Universidad Iberoamericana de Santo Domingo.

<sup>576</sup> Antes, en 1801, bajo la inspiración de Toussaint Louverture, se había dictado una Constitución de la Colonia de Santo Domingo, la cual venía considerada ahí todavía como parte del Imperio Francés, aunque dotada con gran autonomía gubernativa.

Christophe se mantuvo en el poder, y el sur bajo el gobierno de Alexandre Pétion, a quien el Senado eligió como nuevo Presidente, alegando que Christophe no había alcanzado a jurar su cargo.

En su Estado del norte, Christophe hizo dictar una nueva constitución en 1807, que lo designó como Presidente directamente; en 1811 ella fue sustituida por otra, que creó una monarquía de la que nuevamente Christophe fue nombrado Rey; se mantuvo aquél en el gobierno hasta 1822, año de su muerte.

En el sur, cuyo Presidente era Pétion desde 1807, como se dijo, la Constitución de 1806 fue reemplazada por otra en 1816, en mérito de la cual Pétion fue designado Presidente vitalicio; como muriera en 1818, en sustitución fue elegido Jean Pierre Boyer. En 1822, Boyer inició una guerra contra el norte del Rey Christophe. Este se suicidó en octubre de ese año y entonces el país quedó unificado bajo el mando de Boyer, quien gobernó hasta su caída en marzo de 1843.

2. En Francia, el *Code Civil* fue promulgado en el mismo año en que Haití proclamó su Declaración de Independencia, solo que en el mes de marzo, y por ello no alcanzó a entrar en vigor en el territorio americano emancipado, de forma que siguió vigente ahí la legislación francesa precedente. Pero el Presidente de Haití (sur), Alexandre Pétion, por una circular de 22 de marzo de 1816, dirigida a los Comisarios del Gobierno ante los tribunales, dispuso que: “...en todos los casos dudosos de jurisprudencia no previstos por las leyes en vigor en la República, y hasta que un código civil haya sido especialmente redactado para el país, el Código Napoleón será consultado para servir de base a las decisiones judiciales”<sup>577</sup>. Mediante un decreto de 23 de septiembre de 1822, el Presidente Jean Pierre Boyer, sucesor de Pétion, dio fuerza legal a esta circular<sup>578</sup>. Así, el código francés empezó por tener una vigencia subsidiaria en la parte sur de Haití. Sin embargo, la circular de Pétion ya preveía la emisión de códigos propios, lo que la nueva Constitución, la de 1816 (vigente en el sur y desde 1822 en todo el país), inspirada también en este punto por la francesa de 1791, ordenó directamente en su artículo 37: “Se redactarán Códigos civiles, Penales, de Procedimiento y de comercio comunes a toda la República”<sup>579</sup>.

## II. El *Code Civil de la République d’Haï ù* (1825)

1. Este mandato constitucional empezó a ser cumplido a través de un decreto del Presidente Jean Pierre Boyer, sucesor de Pétion, de 6 de octubre de 1818, por el cual se designó una comisión de 10 miembros encargada de redactar los códigos haitianos. Ella

---

<sup>577</sup> En MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho* cit. (n. 575), p. 150. El 31 de agosto de 1817, una circular del Presidente del Tribunal Superior, Soubarin, dirigida a los miembros del Tribunal de Apelaciones de Puerto Príncipe, interpretando que la carta de Pétion se refería a las leyes haitianas, cuando hablaba de las “*las leyes en vigor en la República*”, para excluir la aplicación subsidiaria de las leyes antiguas (anteriores a las Independencia), opinaba que la aplicación del código francés implicaba, en realidad, desplazar siempre a las dichas leyes antiguas: texto en: MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho* cit. (n. 575), p. 150.

<sup>578</sup> *Ibíd.*, p. 150.

<sup>579</sup> En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Haití* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1968), p. 165.

términó con su misión entre 1820 y 1821. El proyecto de código civil fue aprobado por partes por el Cuerpo Legislativo, según el mismo procedimiento que se había seguido en Francia para aprobar el *Code Civil*: en 1822, el Cuerpo Legislativo despachó 11 leyes, que Boyer promulgó, aunque no quiso publicar; en 1823 se despacharon otras 6 leyes, también promulgadas y no publicadas; en 1824 fueron aprobadas las 19 leyes restantes. Entre el 4 y el 26 de marzo de 1825, el Cuerpo Legislativo dió su aprobación final al nuevo cuerpo legal y al siguiente día 27 todo él fue promulgado como unidad, como *Code Civil de la République d’Haïti*, para entrar en vigencia el 1 de mayo de 1826.

En el mismo año de 1825 fue sancionado el código de procedimiento civil; con posterioridad, en 1826, fueron promulgados los demás códigos: de comercio, de instrucción criminal, penal y rural.

2. El código haitiano de 1825 es una completa copia del *Code Civil* de 1804, con algunas supresiones y modificaciones. Lo propio ocurre con los demás códigos homónimos, salvo el rural.

Por lo que atañe al primero, cabe destacar que su sistema externo varió sin embargo, pues los legisladores haitianos, al imitar inicialmente el procedimiento francés de aprobación del código por títulos, no consumaron la imitación de modo de incorporar los 36 títulos ya aprobadas en una nueva sistemática de 3 libros, sino que conservaron la estructura lineal derivada de semejante forma de aprobación, de guisa que el código se dividió en 36 leyes (correspondientes a los 35 títulos franceses más el preliminar), con un total de 2.047 artículos (frente a los 2.281 del modelo). Fuera de esto, el código haitiano siguió fielmente el orden del código francés.

Así, después de la Luisiana, Haití fue el segundo Estado de la entera América en recurrir al código francés como modelo para codificar.

## § 20. El Code civil en la República Dominicana<sup>580</sup>

### I. El *Code Civil d’Haï ti* en el territorio de la futura República Dominicana

1. La parte oriental de la isla de Santo Domingo, que había sido española, pertenecía a Francia, nominalmente desde 1795 y además de hecho desde 1801, y con toda la isla

---

<sup>580</sup> Lit.: MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho e historia del derecho dominicano* (Santiago R. D., El Diario, 1942), p. 258 ss.; GALÍNDEZ, Jesús de, *République Dominicaine, en Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L’influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 804 ss.; CONTÍN AYBAR, Néstor, *El Código Civil francés y sus traducciones y adaptadores en la República Dominicana*, en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP., 1985), pp. 11 ss.; CASTELLANOS PISANO, Víctor, *La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano*, *ibíd.*, pp. 141 ss.; CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos. Apuntes para su historia*, *ibíd.*, p. 181 ss.; VEGA, Wenceslao, *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), pp. 169 ss.; TAVARES, Froilan (p.)-TAVARES, Froilán (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), pp. 237 ss.; ALVAREZ, Federico (h.), *République Dominicaine, en La Circulation du modele juridique français: Travaux de l’Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 191 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico*, p. 136 ss. Dispongo parte de esta bibliografía gracias a la gentileza de la profesora Magnolia Espinoza Tapia, de la Universidad Iberoamericana de Santo Domingo.

se independizó de la Francia en 1804, como antes fue recordado<sup>581</sup>. En 1808 esa parte se liberó del gobierno haitiano. Pero en 1814 retornó a la órbita de influencia de España, hasta diciembre de 1821. En tal año, volvió a declarar independencia, esta vez de España, para nuevamente caer bajo un poder exterior, el de la parte negro-francesa de la isla en 1822, gobernada por Jean Pierre Boyer, hasta 1844. Entonces, por tercera vez hubo de emanciparse, ahora de Haití, erigiéndose, así, en República Dominicana. En 1861, como manera de proteger al país de la constante amenaza de sus vecinos negros, el Presidente Pedro Santana lo hizo acoger bajo la Monarquía española, de la que pasó a ser provincia. El rechazo popular a esta operación fue inmediato, pero solo en 1865 pudo obtener esa nación su independencia, por cuarta vez.

2. La República de Haití había promulgado un código civil en 1825, para entrar en vigencia el 1 de mayo de 1826. Por entonces, la zona oriental o española de la isla hacía parte de dicha República, desde 1822. En consecuencia, el mencionado código empezó a regir en toda la isla, es decir, también en la zona española. Ahora bien, como se vio en su momento, el código haitiano era en realidad el *Code Civil* con leves modificaciones. Lo que se ha dicho del código civil, vale para los códigos de las demás ramas.

## **II. La adopción del *Code Civil* de la Restauración por la República Dominicana.**

1. Cuando en febrero de 1844, la parte oriental se separó de la occidental y se constituyó en la República Dominicana, no se pudo innovar en tema de legislación. El artículo 209 de la Constitución de ese año, llamada de San Cristóbal, declaraba subsistente la legislación anterior, o sea la de Haití<sup>582</sup>, de guisa que su código civil debía continuar en vigencia en la nueva república. Debido, empero, a la repulsa que todo lo haitiano provocaba en los dominicanos y al estado de guerra en que se hallaban con sus vecinos, pero pretextando un desajuste técnico<sup>583</sup>, el Congreso Nacional, mediante decreto N° 58, de 4 de julio de 1845, decidió prescindir de los códigos haitianos y al mismo tiempo conservar sus fuentes, es decir los cinco códigos napoleónicos directamente, que empezaron a regir desde la publicación del decreto, es decir, desde el 4 de julio de 1845. Por la época en que esto ocurrió, los textos de los códigos promulgados en la República Dominicana fueron expresamente aquellos a que se había llegado en Francia bajo la Restauración, es decir, según su edición de 1816, y no, pues,

---

<sup>581</sup> Supra § 19, I, 1.

<sup>582</sup> Const. de 1844, art. 209: “*Todas las leyes actuales, no contrarias a la presente Constitución, continuarán en vigor hasta que sean abrogadas por otras nuevas*”, en CAMPILLO, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580), p. 182.

<sup>583</sup> El artículo 136 de la Constitución establecía Tribunales de Apelación, que la legislación haitiana desconocía, por lo que los tribunales carecerían de “*una regla cierta e invariable para la secuela de tales juicios [de apelación]...*”, como expresaba, para justificarse, el decreto a que se aludirá seguidamente. Era un pretexto porque como argumento valía como para derogar solo los códigos de procedimiento civil y de instrucción criminal, mas no los códigos de fondo.



según los originales de 1804-1809<sup>584</sup>; lo que resultaba especialmente significativo para el *Code Civil*, puesto que, como se sabe, la Restauración, para mantenerlo, le introdujo modificaciones: el caso más notable fue la abolición del divorcio vincular que el original establecía.

Pero la adopción de dichos textos fue total y completa; y tan completa, que incluso se los mantuvo en su lengua, sin previamente traducirlos al castellano, aun cuando antes del decreto se había mandado hacer una traducción<sup>585</sup>. En consecuencia, los códigos franceses no penetraron en la República Dominicana como en Haití, en cuanto en la primera ni siquiera se los sometió a una revisión a que sí se los sometió en este último país, por lo que el caso constituye el de la más plena y completa recepción que dichos códigos hayan sufrido en América.

### III. Los esfuerzos por traducir y adaptar el *Code Civil* de la restauración

1. Las evidentes dificultades propias de una adopción tan plena no pasaron desapercibidas para los juristas y políticos dominicanos. Prontamente se elevaron voces dirigidas a impulsar una revisión de los códigos vigente y, desde luego, su traducción al castellano; de hecho ambas cosas corrieron a parejas. Así, ya en 1845, en su *Memoria* anual al Congreso Nacional, el Ministro Bobadilla precisamente sugería la traducción y la revisión al pedir que: “...una comisión de legisladores, bien organizada, después de traducir los códigos, se reúna para discutirlos y añadir o quitar lo que convenga...”<sup>586</sup>.

a) Ya se ha indicado que una traducción fue prevista desde antes de la adopción de los códigos franceses; mas, al parecer, el encargo no dio resultado. Al año siguiente empezaron nuevos trabajos de traducción, por obra de los señores del Monte y Valencia, quienes incluso recibieron un subsidio público acordado en las leyes de presupuestos de 1846 y de 1848. Puesta la traducción en conocimiento del Congreso, la aprobó en su sesión de 11 de julio de 1848; pero la aprobación caducó sin que el Ejecutivo la promulgara. Cuando se trató de renovarla en 1851, el Congreso prefirió autorizar al Ejecutivo para que adquiriera en España una partida de 50 ejemplares de una traducción del Código Civil francés al castellano aparecida en ese país, a fin de distribuirlos en los tribunales; entretanto, una comisión de legisladores y jueces debía revisar el texto de la traducción de 1848 y proponer modificaciones y adaptaciones de fondo al texto legal en un proyecto especial; con el mérito de ello, el Congreso debería proceder a emitir el código definitivo<sup>587</sup>. Pero no hay noticias de que esta comisión adelantara algo en su trabajo.

---

<sup>584</sup> El art. 1º del citado decreto decía en efecto: “Desde la publicación del presente decreto se observarán en todos los tribunales de la República Dominicana los códigos franceses de la Restauración...”: en MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho* cit. (n. 580), p. 260 s.

<sup>585</sup> A cargo del señor Manuel Aybar: CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580), p. 182.

<sup>586</sup> En VEGA, Wenceslao, *Historia del derecho dominicano* cit. (n. 580), p. 217.

<sup>587</sup> El texto de la discusión parlamentaria sobre este asunto: en CONTÍN AYBAR, Néstor, *El Código Civil francés* cit. (n. 580), p. 18.

b) En 1854, el Congreso Nacional seguía ocupado en el tema de las traducciones<sup>588</sup>, sin avanzar en nada positivo. En el año siguiente, el 16 de mayo, por iniciativa del Presidente del Senado Consultor, Tomás Bobadilla, ese organismo aprobó un decreto, después promulgado el 22 de mayo de 1855, que ordenaba al Ejecutivo designar una nueva comisión de 3 personas, encargada, por un lado, de recoger todas las traducciones de los códigos realizadas hasta la fecha, a fin de confrontarlas y arreglarlas, con la facultad de completar las traducciones faltantes o mandar hacerlas en el extranjero; por otro, de acomodar los códigos a las necesidades, usos y convenciones del país y al carácter y genio nacionales, en armonía con sus principios e instituciones<sup>589</sup>.

c) De nuevo nada se avanzó en estas materias, como que al año siguiente el Ministro de Justicia, Félix del Monte, antiguo traductor de los códigos, se quejaba en su *Memoria* al Congreso del estado de una legislación no “*aclimatada*” en el país<sup>590</sup>. Esta queja sirvió para que en la Comisión de Justicia del Senado se impulsara la iniciativa de formar una comisión de legisladores y abogados en ejercicio, presidida por el Ministro de Justicia, para “*localizar*”, esto es, acomodar al país, los códigos de procedimiento civil, de instrucción criminal y penal; al mismo tiempo, se recomendó al Ejecutivo la adquisición en el extranjero de traducciones de los códigos civil y de comercio. La comisión fue designada posteriormente; pero una vez más no rindió los frutos esperados<sup>591</sup>.

d) El 24 de enero de 1859, el Senado Consultor discutió una *Memoria que somete a la consideración el que suscribe, sobre la necesidad de dar a la República una legislación propia, adecuada a sus costumbres y actual organización*, del senador Felipe Dávila Fernández de Castro; en ella proponía, como su título indica, dotar al país de una legislación propia, pero exigía fundarla en la revisión de la existente. El debate a que dió lugar esta moción condujo finalmente a insistir ante el Ministro de Justicia en la aplicación del decreto de 22 de mayo de 1855, el cual respondió al requerimiento del Senado mediante la remisión de los manuscritos de las traducciones de códigos existentes y la petición de que se nombrase una comisión para las traducciones aun faltantes. El Senado la designó de entre sus miembros, con el encargo de revisar lo hecho y devolver sus resultados en forma de leyes separadas, a fin de facilitar el examen parlamentario. Esta vez, la comisión designada empezó a cumplir con su cometido. A partir del 9 de marzo de 1859, el Senado comenzó a conocer por partes el código civil traducido y a aprobarlo, labor ésta que avanzó hasta concluir con el capítulo 2º del título II del libro I; pero desde el 23 de marzo de 1859 no hubo más avance<sup>592</sup>.

e) En mayo de 1859, un grupo de abogados propuso traducir los códigos al Senado Consultor; éste aceptó la proposición, lo que posibilitó que los abogados entregaran una

---

<sup>588</sup> CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580 ), p. 184 s.

<sup>589</sup> *Ibíd.*, p. 186 s.

<sup>590</sup> *Ibíd.*, p. 187.

<sup>591</sup> *Ibíd.*, p. 187 s.

<sup>592</sup> *Ibíd.*, p. 191 s.; CONTÍN AYBAR, Néstor, *El Código Civil francés* cit. (n. 580 ), p. 19 s.

parte del trabajo ofrecido, que sin duda ya tenían adelantada; pero el Senado optó finalmente por dejar el asunto en manos del Ministerio de Justicia<sup>593</sup>.

2. Ocurrida la incorporación de Santo Domingo en la Corona de España, una Real Orden de 6 de octubre de 1861 declaró vigentes en su territorio los códigos penal y de comercio y la ley de enjuiciamiento civil españoles, lo mismo que la legislación sobre procedimiento criminal que regía en la Península; pero mantuvo la vigencia “*de las leyes civiles emanadas de los poderes legítimos de la antigua República Dominicana*”<sup>594</sup>; en otras palabras, del *Code Civil* de la Restauración (en francés).

Otra Real Orden, de 21 de noviembre de 1861, autorizó a la Real Audiencia de Santo Domingo para que designara un comisión traductora del *Code*. Una nueva Real Orden, de 4 de mayo de 1862, dispuso que en la traducción ordenada el año anterior, se suprimiese todo lo relativo al matrimonio civil y a las actas del estado civil.

La traducción fue llevada a cabo por los magistrados de la Real Audiencia José M. Morillos y Tomás Bobadilla, y resultó aprobada por la Real Orden N° 732 de 8 de junio de 1862, como *Código civil de la provincia española de Santo Domingo*, la cual, además, ordenó una edición oficial. De esta manera, fue como dependencia de la Corona española que Santo Domingo consiguió al fin tener su código civil en versión castellana.

3. Al recobrar su independencia los dominicanos en 1865, la Junta Superior Administrativa que sucedió al gobierno español, por decreto de 24 de enero de 1865, declaró en vigor, a partir de esa fecha, las leyes que regían al momento de la incorporación en España, lo cual incluyó implícitamente al *Code Civil* en su versión francesa. Esta disposición fue ratificada por la Convención Nacional por decreto de 11 de marzo de 1865. Un nuevo decreto del Protector de la República, José M. Cabral, de 6 de agosto de 1865, ordenó específica y directamente, el restablecimiento de los códigos de la Restauración<sup>595</sup>.

Así, pues, la República Dominicana volvió a regirse por un código redactado en lengua extranjera. Pero los trabajos de su traducción y “localización” fueron reiniciados en 1866, cuando los ciudadanos Pedro Bobea y Carlos Nouel los propusieron al Gobierno, quien aceptó la oferta por resolución de 29 de noviembre de 1866. Los resultados fueron la traducción del código civil y penal en 1867, que el Congreso alcanzó a sancionar, antes que los acontecimientos políticos que empezaron a afectar a la República suspendieran de hecho la promulgación. Todavía, con posterioridad, el Ministro de Justicia, en 1870 y en 1873, y el Presidente, en este mismo último año, no dejaron de llamar la atención sobre el tema<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580), p. 194 s.

<sup>594</sup> *Ibíd.*, p. 193. La Real Orden fue emitida por consejo del Ministro de Guerra y Ultramar de España, quien dirigió una *Memoria sobre el estado de la legislación en Santo Domingo* a la Reina Isabel II: vid. TAVARES, Froilan (p.)-TAVARES, Froilán (h.), *Historia del derecho* cit. (n. 580), p. 244 s.

<sup>595</sup> CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580), p. 195 s.

<sup>596</sup> *Ibíd.*, p. 197 s.

4. En 1874, después de la caída del Presidente Báez, el Congreso Nacional retomó el asunto en sus manos. La Comisión de Justicia y Legislación de los diputados se encargó de investigar el estado de la cuestión, y concluyó que, habiendo sido aprobado el Código Civil en 1867 por el Congreso y habiéndose suspendido su publicación por causa de los sucesos políticos, no procedía una nueva discusión parlamentaria, sino que debía remitirse el proyecto al Ejecutivo para una nueva promulgación y consiguiente publicación. La Cámara acogió el informe de la Comisión y se limitó a dar su sanción al proyecto, enviándolo al Consejo de Secretarios de Estado, que por entonces estaba encargado del Ejecutivo, quien lo promulgó por resolución N° 1.315 de 1 de septiembre de 1874, ordenando su publicación<sup>597</sup>. Por segunda vez, pues, la República Dominicana empezaba a tener un código en lengua vernácula.

#### **IV. La readopción del *Code Civil* con las modificaciones de Luis Felipe I y de Napoleón III y su traducción al castellano**

1. En una *Memoria* de 19 de abril de 1876, la Corte Suprema de Justicia denunció la existencia de muchos errores de traducción en el Código Civil promulgado en 1874 y cambios en la numeración de los artículos con respecto a la versión francesa, que dificultaban el uso de los comentarios y de la jurisprudencia anteriores, por lo cual solicitó dejar sin efecto la promulgación y volver a dicha edición francesa. Puesta la *Memoria* en conocimiento de la Cámara Legislativa, ésta acogió la sugerencia en una resolución de 18 de mayo de 1876, promulgada por el Presidente Espartero el 23 siguiente, por la cual se derogaba la de 1 de septiembre de 1874 y se ponía en vigor “...el Código Civil francés de la Restauración con las modificaciones introducidas en su texto en el reinado de Luis Felipe de Orleans y en el imperio de Napoleón III”. En 1878 se siguió igual partido con respecto a los demás códigos, excepto el penal<sup>598</sup>. Una vez más, pues, la República Dominicana volvía a los códigos franceses en francés, pero en una distinta edición.

2. El 4 de julio de 1882, el Presidente Meriño promulgó una resolución del Congreso, por la cual se declaraba de necesidad pública “...la traducción, localización y adecuación de los códigos civil, de comercio, de procedimiento civil y de instrucción criminal, así como la revisión del código penal común”<sup>599</sup>; además, autorizaba al Ejecutivo para encargar la tarea a una comisión de 5 abogados, que dispondría del plazo de 1 año. En cumplimiento de esta norma, el 6 de noviembre de 1883, el Ministro de Justicia, después de compilar todos los trabajos de traducción que se habían emprendido hasta la fecha, celebró un contrato con los abogados José de Jesús Castro, Apolinar de Castro, Manuel Galván y José Joaquín Pérez<sup>600</sup>, por el cual estos se obligaban a realizar el trabajo de traducir, localizar y concordar los códigos franceses<sup>601</sup>.

---

<sup>597</sup> *Ibíd.*, p. 198 ss.

<sup>598</sup> Todo, inclusive los textos citados, *ibíd.*, p. 200 ss.

<sup>599</sup> En CONTÍN, Néstor, *el Código Civil francés* cit. (n. 580), p. 20 s.

<sup>600</sup> Datos biográficos *ibíd.*, p. 22 ss.

<sup>601</sup> Todo, inclusive los textos citados: en CAMPILLO PÉREZ, Julio, *Los códigos dominicanos* cit. (n. 580), p. 202 ss.

Esta vez la iniciativa produjo resultados positivos. Los abogados comisionados dieron cima a su cometido en poco tiempo, de modo que el Congreso Nacional, por decreto N° 2.213, de 17 de abril de 1884, sancionó su traducción como *Código Civil de la República Dominicana*<sup>602</sup>, editado en Santo Domingo en ese año<sup>603</sup>, el cual, por todo lo visto, no es otra cosa que el francés en la versión a que había llegado en 1876.

En el mismo año se hizo lo propio con los demás códigos.

## § 21. *El Code civil en México: El Código civil para el Gobierno del Estado libre de Oaxaca (1827-1829) y otras tentativas*

### I. Los esfuerzos por la codificación en México hasta 1833<sup>604</sup>

1. El Virreinato de Nueva España, o sea México, consumó su independencia, iniciada el 16 de septiembre de 1810, el 27 de septiembre de 1821. Entre medio rigió ahí la *Constitución de Cádiz* de 1812, con visciditudes semejantes a las que tuvo en España. Correspondió a este texto político introducir la idea de la codificación en el Virreinato, puesto que su artículo 258 prescribía: “*El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”. Esta disposición se reflejó de manera inversa en el art. 211 del *Decreto constitucional para la libertad de América mexicana*, de 1814, conocido como Constitución de Apatzingán, que ordenó mantener en vigor las antiguas leyes, mientras la soberanía nacional no formase el cuerpo de las nuevas. Pero solo poco después de la Independencia fue que se inició en México el movimiento por la codificación realmente, cuando la Soberana Junta Provisional Gubernativa, por decreto de 22 de enero de 1822, dispuso la formación de comisiones destinadas a preparar los proyectos de los códigos civil, penal, de comercio, minería, agricultura y artes; aunque dichas comisiones no llegaron a cumplir sus cometidos<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> *Ibíd.*, p. 207 s.

<sup>603</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>604</sup> Lit.: MACEDO, P., *El Código Civil de 1870. Su importancia en el derecho mexicano* (México, 1971); VÁSQUEZ DE PANDO, Fernando, *Notas para el estudio de la historia de la codificación del derecho civil en México de 1810 a 1834*, en *Jurídica* 4 (México, 1972), pp. 381 ss.; GONZÁLEZ, María del Refugio, *Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1828)*, en VV. AA., *Libro del Cincuentenario del Código Civil* (México, UNAM., 1978), pp. 95 = BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), Vol. I, pp. 277 ss.; LA MISMA, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX* (México, UNAM., 1981), pp. 65 ss.; LA MISMA, *Introducción al derecho mexicano. Historia del derecho mexicano* (México, UNAM., 1981), pp. 56 ss.; LA MISMA, *El derecho civil en México. 1821-1871* (México, UNAM., 1988), pp. 57 ss.; ICAZA DUFOUR, Francisco de, *La codificación civil en México. 1821-1884*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 9 (México, 1985) 9, pp. 265 ss.; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 10 (México, 1986) 10, pp. 373 ss.; EL MISMO, *Historia del sistema jurídico mexicano* (México, UNAM., 1990), pp. 64 ss.; EL MISMO, *Historia del derecho mexicano* (México, Porrúa, 1995), p. 165 ss.; SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, *Mexique*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 167 ss.

<sup>605</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios cit.* (n. 604), p. 87; LA MISMA, *El derecho civil cit.* (n. 604), p. 83.

Desde entonces la iniciativa pasó a las regiones, institucionalizadas como estados, en virtud de la Constitución Federal de 1824<sup>606</sup>.

## II. El Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca I (1827-1829)<sup>607</sup>

1. Esta iniciativa alcanzó éxito en Oaxaca, cuyo espíritu federalista había quedado en evidencia desde antes, cuando en 1823 se proclamó como Estado libre y soberano miembro de la federación mexicana, antes de que México realmente fuera una federación<sup>608</sup>, y como manera de afirmar esa soberanía. Entre 1827 y 1829, dicho estado de la federación mexicana, en efecto, llegó a darse un *Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca*<sup>609</sup> aprobado por libros separadamente en el Congreso Constitucional del Estado y promulgado por el Gobernador, así: el 2 de noviembre de 1827 un *Título preliminar* y el libro I: *De las personas*; el 4 de septiembre de 1828 el libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y el 14 de enero de 1829 el libro III: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (incompleto)<sup>610</sup>. Este código dejó de estar vigente en Oaxaca en 1837<sup>611</sup>, seguramente como consecuencia de la abolición del federalismo en 1836.

2. El código de Oaxaca es un ejemplo más de adopción del *Code Civil*<sup>612</sup>. Sus autores no otra cosa hicieron que traducir, muy fiel y literalmente, el texto francés, cuyo sistema y distribución, por lo demás, conservaron exactamente, aun cuando eliminaron muchas

---

<sup>606</sup> En la discusión de este texto constitucional, hubo proposiciones para incorporar artículos sobre el tema de la codificación, en orden a que fuera competencia del Congreso General; no prosperaron, debido a las ideas federalistas imperantes: GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios* cit. (n. 604), p. 88 s.; LA MISMA, *El derecho civil* cit. (n. 604), p. 85.

<sup>607</sup> Lit. especial: ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana* (México, Porrúa, 1974).

<sup>608</sup> *Ibíd.*, p. 69 ss.

<sup>609</sup> Cuya autoría y circunstancias de confección se ignoran: ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 23.

<sup>610</sup> Una edición moderna *ibíd.*, como *Apéndice*, pp. 117 ss.

<sup>611</sup> Así lo dice el Gobernador de Oaxaca, Benito Juárez, en su *Exposición* de gobierno dirigida al Congreso del Estado el 2 de julio de 1848: “*En la primera época del sistema federal, el Congreso del Estado trabajó y sancionó esta parte de la legislación [se refiere al derecho civil] que estuvo rigiendo entre nosotros hasta el año 1837...*”, con lo cual alude sin duda al código (transcrito por ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 40). GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios* cit. (n. 604), p. 90, n. 125, dice que este código no entró nunca en vigencia, pues su art. 1.852 condicionaba su vigencia a la promulgación del Código de Procedimientos Civiles, lo cual no se realizó. Pero debe de tratarse de una confusión de citas, porque LA MISMA, *Notas para el estudio* cit. (n. 604), p. 115, n. 126 (p. = 295 n. 126), refiere esa afirmación al proyecto de Código Civil para Zacatecas, del que se hablará. Por lo demás, ocurre que en el código de Oaxaca no existe ningún artículo 1.852, al menos en la citada edición de López-Urquidi.

<sup>612</sup> Inaceptable ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 20, según el cual el código oaxaqueño “no es una copia servil y fácil, rastrera y cómoda del modelo inspirador”. Este autor da como argumento la diferencia en el número de artículos entre ambos códigos: 2.281 el francés y 1.415 el de Oaxaca; pero no tiene en cuenta que ello se debe a que este último omitió muchas materias tratadas en el primero, como se dirá enseguida. El cotejo textual, en cambio, muestra lo contrario de lo afirmado por Ortiz-Urquidi.

de las numerosas subdivisiones internas rubricadas que ofrece el original, fundiendo entre sí las respectivas materias que aparecían de ese modo separadas en dicho original. Solo se observan algunas modificaciones. Entre las principales, en el *Título preliminar*, un desarrollo del tema de la publicación de las leyes y demás normas; en el libro I, la omisión del tema de la nacionalidad y una presentación resumida de la materia de las inscripciones y actas del estado civil, adaptadas a su administración por los párrocos. También el régimen del matrimonio aparece modificado, para ajustarlo al canónico. En el libro II no se aprecian modificaciones importantes, más que unas cuantas en tema de sucesión intestada. En el libro III, los codificadores eliminaron todo lo relativo al régimen patrimonial del matrimonio. Por lo demás, este libro quedó inconcluso: solo llega hasta el título del contrato de sociedad (compañía), de modo que omite la reglamentación de las siguientes materias: comodato, mutuo, depósito, mandato, fianza, transacción, prenda, privilegios, hipotecas y prescripción.

### III. Otros proyectos estatales de Código Civil<sup>613</sup>

1. También en otros Estados tuvo algún avance, aunque no éxito, la obra de la codificación.

a) En Zacatecas, un *Plan* presentado al Congreso en 1827, y editado ese mismo año, dio por resultado un *Proyecto de Código Civil presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas por la Comisión encargada de redactarlo* terminado el 1 de diciembre de 1828 y publicado Zacatecas, en 1829, para recibir comentarios, si bien no fue discutido oficialmente ni aprobado.

b) En 1833 fue publicado en Guadalajara un *Proyecto de la parte primera del Código Civil del Estado Libre de Jalisco*, que había sido impulsado el año anterior, pero sin mayores resultados.

c) En el mismo año de 1833, por decreto de 21 de mayo, del Congreso de Guanajato, se abrió un concurso, sin efecto, para premiar los mejores proyectos de diversos códigos, entre ellos el civil.

2. Los proyectos formulados en Zacatecas y en Jalisco “tuvieron a la vista el código francés”<sup>614</sup>, pero ignoramos en qué grado<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> Para lo que sigue: GONZÁLEZ, *Notas cit.* (n. 604), pp. 115 ss.; LA MISMA, *Estudios cit.* (n. 604), pp. 90 ss.; LA MISMA, *El derecho civil cit.* (n. 604), pp. 86 ss.

<sup>614</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios cit.* (n. 604), p. 91.

<sup>615</sup> Siento no haber podido tener yo a la vista dichos proyectos estatales. Para un primer análisis: los trabajos de GONZÁLEZ, María del Refugio, citados en la n. 604

## **Capítulo segundo: La codificación como adaptación del Code civil**

### **§ 22. El Código civil Santa Cruz o boliviano I (1830)<sup>616</sup>**

#### **I. Una codificación sin esfuerzos previos**

La historia de la codificación civil en Bolivia es simple, breve y directa, porque el proceso concerniente fue impulsado y terminado por la voluntad de un caudillo dotado con cualidades políticas superiores.

1. Hacia 1809, los territorios de la futura Bolivia, como Alto Perú, hacían parte del Virreinato del Perú, en una de cuyas ciudades, Chuquisaca (hoy Sucre), se instaló una Junta de Gobierno en ese año, iniciando un proceso que culminó en 1825 al proclamarse la independencia de esos territorios y al crearse un nuevo Estado con el nombre de Bolivia. En mayo de 1829, un antiguo general de Bolívar, Andrés de Santa Cruz, asumió la Presidencia de ese Estado, desde donde fue capaz de formar una Confederación Perú-Boliviana en 1836, constituida por tres partes: Bolivia, el Estado Nor-peruano y el Estado Sud-peruano (estos últimos desmembrados del Perú), cada uno con un Presidente, sobre todos los cuales había un Protector, cargo que desempeñó el propio Santa Cruz hasta que la Confederación fuera extinguida en 1839, como consecuencia de su derrota en una guerra emprendida por Chile con ese preciso objetivo.

2. En el mismo año de la Independencia de Bolivia, un decreto del Mariscal Antonio José de Sucre, de 21 de diciembre, dispuso que los tribunales de justicia se sujetaran a la ley de las Cortes españolas de 9 de octubre de 1812 relativa a la forma de proceder “*mientras se arreglen los Códigos civil y penal*”<sup>617</sup>. Esta disposición representa la primera manifestación y previsión de la idea de codificar en Bolivia. En seguimiento de ella, en el año 1826, la Asamblea Constituyente de Bolivia adoptó el Código Penal de las Cortes españolas de 1822. Promulgado por Sucre en 1827, a poco de ello fue mandado revisar, y después de algunas visicitudes, ese trabajo de revisión recayó en la

---

<sup>616</sup> Lit.: DURAN, Manuel, *Bolivia*, en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 767 ss.; TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia del Código Civil Boliviano*, como *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Bolivia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 9 ss.; ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe sobre el Código Civil Boliviano*, en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* 8 (Oruro, 1966) 1, pp. 18 ss.; SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, pp. 15 ss.; ABECIA, Valentín, *La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz*, ibíd, pp. 77 ss. = VV. AA., *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia* (Sucre, 1977), Vol. II, pp. 15 ss., ahora también en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356 ), pp. 61 ss.; ROMERO SANDOVAL, Raúl, *Derecho civil según los 'Apuntes de derecho civil boliviano' del Prof. Dr. Raúl Romero Linares* (2ª ed., La Paz-Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1986), pp. 90-98; SAUCEDO JUSTINIANO, José Luis, *Nuevas tendencias en el derecho civil boliviano. Principios rectores: conferencia pronunciada en la I Convención Latinoamericana de Derecho* (Ica, Perú, 20-24 de noviembre de 1995), un ejemplar manuscrito de la cual me ha sido gentilmente cedido por su autor; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp.148 ss. Agradezco al Dr. Augusto Jordán Quiroga y los profesores Leónidas Gordillo, de la Universidad de Oruro, José Saucedo Justiniano, de la Universidad de Santa Cruz de la Sierra, y Gerardo Bustamante, de la Universidad de Cochabamba, por su gentileza de haberme proporcionado materialmente parte de esta bibliografía.

<sup>617</sup> En ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 19, n. 3.



Corte Suprema, que lo culminó en octubre de 1829, ya bajo la presidencia de Santa Cruz y precisamente a instancias de él. Años después, Santa Cruz narraría haber sido la contemplación del cielo con que los jueces de la Corte Suprema habían trabajado en este asunto lo que le hizo concebir la idea de elaborar un código civil<sup>618</sup>; si bien quien hubo de ser su Ministro del Interior, Mariano Enrique Calvo, años después afirmó corresponderle a él la autoría de la idea<sup>619</sup>.

Fuera como haya sido, lo cierto es que el art. 3 de un decreto de 16 de julio de 1829 dispuso la reforma legislativa en términos muy abstractos, como siguen: “*El gobierno hará las reformas o alteraciones que el estado del país y el convencimiento práctico de la inconveniencia de muchas leyes le obliguen a hacer en alguna o algunas de ellas; quedando sujetas al examen de la primera representación que se reúna*”<sup>620</sup>. En consonancia con lo anterior, el Ministro Calvo remitió un oficio a la Corte Suprema el 17 de septiembre de 1829, en el cual le solicitaba la designación de una comisión integrada por dos de sus miembros y dos de la Corte Superior de Chuquisaca, encargada de presentar “*en el menor tiempo posible un Código completo de administración para en lo civil, tomando de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación*”<sup>621</sup>. La Corte Suprema nombró de entre sus integrantes a los doctores José Mariano Serrano y Casimiro Olañeta y de entre los miembros de la Corte Superior, a los señores José María de la Lloza y Mariano de

---

<sup>618</sup> SANTA CRUZ, Andrés de, Mensaje de 1831 a la Asamblea General Constituyente: “*Esta hermosa base, y las buenas disposiciones que advertí en nuestros Magistrados, me hicieron concebir la idea de formar el Código Civil*” (en SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p. 26). En su Manifiesto de 1841, destinado a explicar y justificar su conducta política durante el tiempo que le correspondió gobernar, Santa Cruz dice al respecto: “*Uno de los congresos anteriores [se refiere a la Asamblea General Constituyente de 1826] concibió la feliz idea de reformar la legislación de Bolivia y encargó a la Corte Suprema la revisión de un Proyecto de Código Penal [se refiere al Proyecto de Código Penal de las Cortes españolas de 1822], el cual yacía confundido y caso olvidado. El respetable señor Calvo me dio la noticia y excitado por ella a hacer una cosa importante, que cediese en bien de la Patria y de mi buen nombre, me resolví a emprender la reforma de toda la legislación del país...*” (ibíd., p. 35).

<sup>619</sup> CALVO, Mariano, *Los cinco primeros capítulos del Manifiesto de Santa Cruz de 24 de octubre de 1840 publicado con notas comprobatorias de las falsedades que contiene* (Sucre, Beeche, 1843), p. 42. Si atendemos a las palabras del propio Santa Cruz en su Manifiesto de 1841 (vid. n. 618), Calvo le dio la noticia de haber la Asamblea General Constituyente de 1826 mandado revisar el Proyecto de Código Penal de las Cortes españolas de 1822, y “*excitado por ella... me resolví a emprender la reforma de toda la legislación del país*”. Cuando en este texto reemplazamos “ella” (la noticia de Calvo) por “él” (Calvo), resulta que, en efecto, fue Calvo el que excitó a Santa Cruz a emprender la reforma de la legislación. Pero el texto dice “ella”. Si atendemos, ahora, a documentos del propio Calvo, este reconocía la paternidad de Santa Cruz: así en su oficio de 27 de marzo de 1827, dirigido a los miembros de la Comisión que entonces redactaba el futuro código, en donde escribió: “*Cuando S. E. el Presidente concibió la benéfica y grande idea de que en su administración se diese a la República un Código civil...Este proyecto, si bien él solo basta para hacer querida a la posteridad la memoria del Presidente...*” (en ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 22, n. 16). Ahora bien, es impensable que Calvo se haya limitado a dar la noticia de la decisión de adoptar el código español a Santa Cruz, sin haber añadido algún comentario ni alguna sugerencia derivada, en orden a proseguir y ampliar la tarea. De donde aparece la posibilidad de que la idea de esta reforma haya surgido dialécticamente en la conversación que habrán sostenido ambos. En todo caso, el mérito principal pertenece a Santa Cruz, como indiscutible autor político y por el entusiasmo exaltado puesto en la empresa y la firme decisión de llevarla a cabo.

<sup>620</sup> Ibíd., p. 220, n. 10.

<sup>621</sup> Ibíd., p. 20, n. 11.

Callejo<sup>622</sup>; pero el primero, por razones de salud, fue sustituido por el doctor Manuel María Urcullu<sup>623</sup>. Más tarde, el doctor Mariano de Callejo fue reemplazado por el doctor José Manuel de Antequera<sup>624</sup>.

3. La comisión de magistrados concluyó la redacción del proyecto hacia el 22 de junio de 1830<sup>625</sup>; desde entonces procedió a discutirlo en detalle<sup>626</sup>; y posiblemente terminó esa discusión hacia el 25 de octubre de 1830<sup>627</sup>; con posterioridad se dio a la labor de copia y de nuevas correcciones<sup>628</sup>, de modo que entregó el proyecto definitivo al Gobierno solo el 11 de diciembre de 1830<sup>629</sup>. Había trabajado, pues, durante unos nueve meses en redactarlo y unos seis en revisarlo, o sea unos quince meses en total<sup>630</sup>. No es seguro que en la última fase de su formación, el proyecto haya sido sometido a la revisión de una junta de ministros de estado y magistrados presidida por el propio Santa Cruz<sup>631</sup>. Mas sí es cierto que la Comisión Redactora trabajó bajo la intensa presión de éste, impaciente por ver concluida la obra<sup>632</sup>.

---

<sup>622</sup> *Ibíd.*, p. 21, n. 12. el oficio de 19 de septiembre de 1829, con que se comunica este nombramiento a Calvo.

<sup>623</sup> El nuevo oficio, *ibíd.*, p. 21, n. 12.

<sup>624</sup> *Ibíd.*, p. 21 s.

<sup>625</sup> Así lo informó al Ministro Calvo el comisionado Urcullu en oficio de esa fecha: “*La redacción del Código Civil está concluida; mas no se ha procedido a discutir su articulado en detalle... Este es su estado actual*” (*ibíd.*, p. 23, n. 18).

<sup>626</sup> Según la orden que recibió del Ministro Calvo, en oficio de 24 de junio de 1830: “*En contestación a la nota de V. S. I. fechada ayer [en realidad el 22], S. E. el Presidente me ha encargado decirle... que... la misma [Comisión] que ha redactado [el Proyecto] debe también ocuparse de discutirlo...*” (*ibíd.*, p. 23, n. 19).

<sup>627</sup> Esta fecha figura junto a los nombres de los comisionados en la edición príncipe del código de 1831 (vid. SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p. 31).

<sup>628</sup> Vid. las cartas de 12 y 27 de noviembre, del comisionado Urcullu a Santa Cruz; y de 27 de noviembre del Ministro Calvo al mismo Santa Cruz (en SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p. 331-332). De ellas se desprende que a las fechas se ultimaba la revisión y se copiaba el texto definitivo.

<sup>629</sup> *Ibíd.*, p. 23, n. 20 el oficio de remisión del proyecto.

<sup>630</sup> No dejó actas de sus sesiones: ABECIA BALDIVIESO, Valentín, *Obra legislativa* cit (n. 616), p. 83 (= 20 = 64).

<sup>631</sup> La noticia aparece en el diario *El Iris de la Paz*, de 8 de enero de 1831, al anunciar la próxima edición de ese proyecto lo mismo que la del penal: “*Si el Penal es la célebre producción del sabio español Calatrava... revisada en fin escrupulosamente por un Consejo presidido por el Mariscal Santa Cruz y compuesto por los Ministros de Estado, de los Magistrados de la Corte Suprema y Superior y de innumerables personas de probidad y luces; el Código civil... ha sido profunda y luminosamente discutido en igual reunión de individuos, por seis horas diarias en los cuatro meses de la residencia de S. E. el Presidente en Chuquisaca, a su segunda recorrida por los Departamentos. Tenidas las sesiones en Palacio y a su presencia, no solamente ha sido el promovedor de tan grandiosa empresa, sino también un digno colaborador, con admiración de los mismos profesores de derecho*” (en SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p. 24). También lo expresa Santa Cruz mismo en el *Manifiesto* que precede al decreto de promulgación del código, de 28 de octubre de 1830: “*El [Proyecto] ha sido examinado por una asamblea... Yo la he presidido personalmente...*” (en TERRAZAS, Carlos, *Historia* cit. (n. 616), p.12). Aceptan esta versión: TERRAZAS, *Historia* cit. (n. 616), p. 10; SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p. 30). Ahora bien, queda excluida una participación de Santa Cruz en las labores de redacción habidas entre septiembre de 1829 y junio de 1830, porque estuvo

Pero incluso antes de que la comisión hiciera entrega del proyecto, Santa Cruz, movido por una gran ansiedad legislativa y haciendo uso de poderes extraordinarios de que estaba dotado, hubo de promulgar el proyecto mediante decreto de 28 de octubre de 1830, precedido de un manifiesto<sup>633</sup>, para que aquél entrara en vigencia desde el 1 de enero de 1831<sup>634</sup>. La circunstancia de haber quedado concluido el código recién el 11 de

---

ausente de Chuquisaca, sede de la Comisión, la mayor parte de ese tiempo; entonces solo recibía informaciones periódicas del comisionado Olañeta (vid. sus cartas a Santa Cruz: en SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), pp. 27-30). El tema, pues, queda reconducido a la segunda fase, o sea a la de revisión que del proyecto hizo la misma Comisión que lo había redactado, con posterioridad a junio de 1830; y concretamente al punto de la asamblea de ministros y magistrados que lo habría examinado bajo la presidencia de Santa Cruz. Como vimos, el proyecto estaba ya redactado al 22 de junio de 1830 y entonces Santa Cruz se encontraba en Chuquisaca desde el 18 de junio (ibíd., p. 30). Ahora bien, es cierto que Santa Cruz tuvo la intención de asistir a la discusión del proyecto y que se proporcionó sus textos; así consta en un oficio del Ministro Calvo a la Comisión, de 6 de julio de 1830: “S. E. el Presidente quiere presenciar él mismo la discusión del Código Civil y para determinar las horas en que la Comisión deba reunirse con este objeto, determina que en el día prevenga V. S. I. a los miembros que la componen, pasen sus trabajos a su poder para fijar enseguida la hora de su reunión” (en ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 24, n. 24). Pero este designio original fue después desechado, como se desprende de otro oficio del Ministro a la Comisión, de 14 de julio de 1830: “Muy ligeramente ha visto S. E. los cuadernos que contienen el proyecto del Código Civil redactado por la Comisión y por ello que no habiendo podido hacer un cabal concepto de la obra, solo se interesa en su pronta conclusión...” (ibíd., p. 24, n. 25). Para después, solo hay constancia de la intención de una reunión del Presidente y la Comisión “donde de concierto con S. E., podrán tomarse las providencias que expediten la obra”, que quedó prevista para el 10 de septiembre de 1830 a las 4 de la tarde (ibíd., p. 25, n. 26 el oficio con que Calvo cita para entonces a la Comisión para el objetivo indicado). Si antes de esa fecha Santa Cruz hubiera presidido en persona una comisión revisora de manera asidua, habría estado informado cabalmente del avance del proyecto y no habría necesitado citar a la reunión del 10 de septiembre. El 28 de octubre de 1830 fueron promulgados los proyectos de Código Penal y Civil (vid. infra), y a poco Santa Cruz abandonó Chuquisaca (SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis* cit. (n. 616), p.), aunque la Comisión siguió trabajando en el proyecto civil, que entregó al Gobierno el 11 de diciembre (vid. supra n. 629). Así, pues, los “cuatro meses de la residencia” de Santa Cruz en Chuquisaca, a que alude *El Iris de la Paz*, a efectos de la revisión, se reducen a lo más a un mes y 18 días entre el 10 de septiembre y el 28 de octubre. Por lo demás, no consta en las fuentes publicadas que se haya convocado oficialmente a una nueva comisión integrada por las personas que dice *El Iris de la Paz*. Quizá hubo alguna reunión amplia, pero informal en el breve período indicado. Téngase presente que las noticias tenidas por un diario de La Paz sobre lo ocurrido en Chuquisaca acaso no eran muy fidedignas. Concordes en dudar de una intervención de Santa Cruz: ABECIA BALDIVIESO, Valentín, *Obra legislativa* cit (n. 616), p. 84 ss. (= 21 ss. = 64 ss.); ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 24

<sup>632</sup> Mediante un oficio de 27 de marzo de 1830, de Mariano Calvo a la Comisión, le dice que Santa Cruz: “se promete que a su arribo a Chuquisaca encontrará sus trabajos [de la Comisión] enteramente concluidos” (en ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 22, n. 16). Más tarde, en otro de 22 de junio de 1830, le expresa: “Recordando S. E. el Presidente que ha pasado con demasía el tiempo calculado para la redacción del Código Civil, desea saber si se ha concluido o cuál es su estado actual” (ibíd., p. 23, n. 17). Incluso circuló el rumor de que Santa Cruz pensaba revocar el mandato dado a la Comisión y encargarlo a otra: tal fue la razón que adujo la Comisión, en oficio de 22 de junio de 1830 (ibíd., p. 23, n. 18), dirigido a Calvo, en respuesta al de éste, del mismo día, para excusarse de no haber concluido la discusión del articulado en detalle, lo cual Calvo debió desmentir mediante respuesta del día 24, no sin antes reclamar nueva urgencia (ibíd., p. 23, n. 19). Además, está la reunión del 10 de septiembre de 1830 de Santa Cruz con la Comisión para tomar providencias a fin de hacer expedita la obra (vid. supra n. 631).

<sup>633</sup> El texto del manifiesto y del decreto: en TERRAZAS, *Historia* cit. (n. 616), p. 11-13.

<sup>634</sup> Puede conjeturarse que en la reunión de Santa Cruz y la Comisión, del 10 de septiembre de 1830 (vid. n. 631), que estaba destinada a “tomar providencias que expediten la obra”, se haya acordado una fecha de entrega, que permitió a Santa Cruz pensar en la promulgación para el día 28 de octubre, y en

diciembre de 1830, y la necesidad de editarlo, obligó a postergar su entrada en vigor: un nuevo decreto, de 22 de marzo de 1831, fijó la vigencia para el 2 de abril del mismo año<sup>635</sup>. Un tercer decreto, de 26 de marzo, dispuso la solemne publicación de los nuevos códigos por bando en las capitales de departamento y de provincia<sup>636</sup>. La edición príncipe del nuevo código se hizo en La Paz de Ayacucho en 1831<sup>637</sup>.

Poco después, la Asamblea Constituyente de Bolivia, por ley de 18 de julio de 1831, ratificó la segunda promulgación del nuevo cuerpo legal obrada por el Presidente, mandó que rigiera “*mientras el Poder Legislativo se ocupe de su discusión y sanción*”, y dispuso que fuera conocido con el nombre de “*Código Santa Cruz*”<sup>638</sup>. Debe hacerse presente que todo este proceso de promulgación y sus posteriores vicisitudes se refirió simultáneamente al Código Penal también, que había sido aprobado en 1826, y que la Corte Suprema venía revisando desde antes de iniciarse la formación del civil.

## II. El Código Civil Santa Cruz o Boliviano I (1830)

1. El oficio de 17 de septiembre de 1829, con que el Ministro Calvo solicitaba a la Corte Suprema la designación de una comisión codificadora, concebía su trabajo sobre la base de tomar “*de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación*”<sup>639</sup>. Con “*códigos vigentes*” Calvo se refería, por cierto, a los cuerpos de legislación españoles todavía en vigor en Bolivia. Así que en el designio de uno de los promotores de la iniciativa de codificar en ese país, el nuevo código debía basarse en el antiguo derecho.

Este diseño original no fue seguido por la Comisión codificadora sino parcialmente, porque ella tomó como modelo al *Code Civil* francés<sup>640</sup>, y la obra se limitó a una traducción literal suya -con acusados errores<sup>641</sup>-, a una epitomación del mismo y a la introducción en su texto de ideas extraídas de la legislación castellana tradicional y del derecho canónico para la regulación de determinadas materias, como la matrimonial y sucesoria<sup>642</sup>. Resultó, así, un cuerpo resumido de 1.556 artículos, en contraste con el

---

que, como la entrega no tuvo lugar, Santa Cruz haya decidido proceder a la promulgación de todos modos.

<sup>635</sup> En TERRAZAS, *Historia* cit. (n. 616), p. 13-14.

<sup>636</sup> *Ibíd.*, p. 14-15.

<sup>637</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>638</sup> *Ibíd.*, pp. 15.

<sup>639</sup> En ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 20, n. 11.

<sup>640</sup> Se dice que como secretario de la Comisión actuó el abogado José María Linares y que éste se encargó de traducir el código francés; pero el asunto no pareciera estar documentado: vid. la discusión del punto en ABECIA BALDIVIESO, Valentín, *Obra legislativa* cit (n. 616), pp. 82-83 (= 20-21= 63-64).

<sup>641</sup> SAUCEDO JUSTINIANO, José Luis, *Nuevas tendencias* (n. 616), informa de que se han verificado existir errores en cerca de 300 artículos y da algunos ejemplos; otros en: DURAN, Manuel, *Bolivia* (n. 616), pp. 775 s.

<sup>642</sup> Un análisis en RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico*, p. 149 ss. Una comparación entre el código francés y el boliviano en: GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una*

francés, que alcanzaba los 2.281 artículos. Se han calculado en 476 los del código boliviano que no están tomados de aquél<sup>643</sup>.

El sistema externo del nuevo cuerpo legal, en cambio, consistente en un *Título preliminar* sobre *La publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*, y tres libros: I: *De las personas*; II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, con sus respectivas subdivisiones internas en títulos y capítulos (aunque no éstos en secciones, como el francés), es reproducción fiel del modelo.

Haber seguido un partido distinto, de modo de animarse a componer una obra original y nueva, fue prácticamente imposible para la Comisión, a la que el Ministro Calvo le ordenó trabajar “*en el menor tiempo posible*”, y la que, bajo la constante presión de Santa Cruz, de hecho dispuso de solo nueve meses para su labor. El modelo más inmediato y prestigioso que tuvo al alcance fue el código francés. El propio Santa Cruz, admirador de Napoleón, pudo incluso haber influido. Pero, con todo, el código boliviano inició una nueva etapa en la historia de la codificación iberoamericana, al abandonar la práctica hasta entonces seguida de simplemente adoptar el código francés en el todo, e inauguró un procedimiento nuevo, consistente en revisarlo e integrarlo con derecho tradicional, sentido en el cual marcó época.

Este código, ciertamente ilustre a pesar de sus defectos, rigió en Bolivia hasta el 18 de noviembre de 1845, fecha en que se lo reemplazó por otro<sup>644</sup>. Pero fue puesto nuevamente en vigencia desde el 11 de noviembre de 1846. Esta vez empezó una vida longeva: solo fue derogado desde el 2 de abril de 1976, día en que cobró vigencia el cuerpo legal actualmente en vigor<sup>645</sup>.

### **§ 23. *El otorgamiento del Código civil Santa Cruz al Perú I: El Código civil Santa Cruz del Estado Sud-peruano I (1836) y el Código civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano I (1836)***<sup>646</sup>

Los esfuerzos por la codificación en el Perú comenzaron a poco de su Independencia, impulsados por Simón Bolívar y por el intelectual Manuel Lorenzo de Vidaurre, como

---

*vieja polémica*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 69 (San José, Costa Rica, 1969), pp. 33 ss.; también en ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 28 ss.

<sup>643</sup> ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe* cit. (n. 616), p. 29.

<sup>644</sup> Vid. infra § 25.

<sup>645</sup> Vid. infra § 58.

<sup>646</sup> Lit.: BASADRE, Jorge, *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El Proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 3 (Lima, 1939) 2, pp. 300 ss., reproducido en: EL MISMO, *Historia del derecho peruano* (2° ed., Lima, 1997), pp. 327 ss.; SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, Andrés, *Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú*, en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), Vol. III, pp. 63 ss.; ABECIA, Valentín, *La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz*, ibíd., pp. 94 ss. = VV. AA., *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia* (Sucre, 1977), Vol. II, pp. 36 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 61 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 163 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del derecho* (2° ed., Lima, 1997), Vol. II, pp. 221 ss. Vid. infra § 26, IV.

se verá después<sup>647</sup>. Pero ellos fueron interrumpidos en 1836, cuando el territorio peruano fue invadido por el ejército boliviano, lo que permitió al Presidente de Bolivia, Andrés de Santa Cruz, constituir la Confederación Perú-Boliviana. El Perú, sin embargo, fue dividido en dos partes: el Estado Nor-peruano y el Estado Sud-peruano, cada uno con un Presidente. Ambos estados peruanos y Bolivia, cuyo presidente era el propio Santa Cruz, constituían, pues, la Confederación, de toda la cual este último era el jefe supremo con el cargo de Protector.

Por decreto del Protector Santa Cruz, emitido en El Cuzco el 22 de junio de 1836, el Código Civil vigente ahí desde 1831 (también el penal y el de procedimientos judiciales) fue promulgado en el Estado Sud-peruano, para que se publicara ahí el 13 de agosto y empezara a regir dos meses después de la publicación<sup>648</sup>. La edición oficial, como *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-peruano*, fue hecha en Lima en 1836.

Un nuevo decreto de Santa Cruz, dado esta vez en Lima el 1 de noviembre de 1836, promulgó dicho código (no los demás) para el Estado Nor-peruano, disponiendo su publicación para el 15 del mismo mes y su entrada en vigor para el 1 de enero de 1837<sup>649</sup>. La edición oficial, como *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano*, fue hecha también en Lima y en 1836.

En ambos casos, el código original, es decir el de Bolivia, había sido sometido a una ligera revisión, mayor en aquél destinado al Estado Nor-peruano, que alcanzó a 1.563 artículos frente al original boliviano de 1.556<sup>650</sup>.

La vigencia del *Código Civil Santa Cruz* en ambos estados peruanos fue breve. El Protector mismo, mediante decreto de 16 de mayo de 1837, suspendió su vigencia. El Presidente Orbegoso, del Estado Nor-peruano, derogó el código de su territorio por decretos de 31 de julio y de 3 de agosto de 1838. Al desaparecer la Confederación en enero de 1839, el código del Estado Sud-peruano quedó definitivamente fuera de vigencia.

Por lo demás, estos códigos sufrieron la repulsa general de los abogados y juristas peruanos, que veían en ellos a una imposición extranjera, de donde su despectiva calificación de “códigos bolivianos”.

---

<sup>647</sup> Infra § 26, II y III.

<sup>648</sup> El decreto fue acompañado de una proclama: ambos en RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 263-267.

<sup>649</sup> También el decreto fue acompañado de una proclama: ambos en RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 271-276.

<sup>650</sup> Un análisis del contenido de estos códigos en: BASADRE, Jorge, *Historia del derecho peruano* (n. 646), pp. 327 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 165 s. Puedo tener a la vista una copia del código Nor-peruano, que debo a la gentileza del profesor Rafael Jaeger, de la Universidad de San Marcos de Lima.

**§ 24. La adopción del Código civil Santa Cruz del estado nor-peruano en Costa Rica: El Código general del estado en materia civil (1841)<sup>651</sup>**

**I. Los esfuerzos por la codificación del derecho en Costa Rica hasta 1841**

1. Hacia 1800, Costa Rica, con las demás regiones de Centroamericana que después formarían los países de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, integraba la Capitanía General de Guatemala, teóricamente dependiente del Virreinato de la Nueva España; la parte centroamericana norte, o sea Chiapas, pertenecía a México, y Panamá al Virreinato de Nueva Granada. Los acontecimientos que empezaron a desencadenarse sucesivamente en toda la América española a partir de 1809 tuvieron alguna tibia repercusión en la Capitanía General, pero solo a partir de 1821 se planteó más seria y directamente la posibilidad de una emancipación, que en fin fue declarada en septiembre de ese año como consecuencia de la de México. Pero a principios del año siguiente la antigua Capitanía General se incorporó en el Imperio Mexicano de Agustín de Iturbide. Una suerte de segunda independencia, esta vez de México, tuvo lugar en 1823; y en 1824 sus territorios formaron un nuevo Estado que se llamó República Federal de Centroamérica, con capital en Guatemala y después, desde 1835, en San Salvador.

La República Federal se dio una Constitución en 1824. En 1825, Costa Rica, como parte de aquélla, emitió una carta particular denominada *Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica*. El 8 de marzo de 1841, este territorio se separó de hecho de la República Federal -que, por lo demás, también de hecho, aunque no oficialmente, ya no funcionaba desde 1835-; mas sólo en 1848, Costa Rica se constituyó oficialmente en república soberana e independiente.

2. La constitución gaditana de 1812 estuvo vigente en los territorios de la antigua Capitanía General de Guatemala, y a ella, pues, se debe la introducción de la idea de codificación ahí; pero sin resultados directos inmediatos. En 1834, el licenciado guatemalteco, residente en Costa Rica, Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, escribió un opúsculo en que criticaba la antigua legislación española, como de costumbre, y reclamaba la codificación, pero bajo la forma de una adopción de códigos extranjeros: "*Tenemos a la mano diferentes Códigos y, principalmente, el de los Estados Unidos Norteamericanos, que con muy ligeras variaciones, nos serían adaptables y gozaríamos*

---

<sup>651</sup> Lit.: FERNÁNDEZ GUARDIA, R, *Carrillo y los códigos del 41. Opinión equivocada*, en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), pp. 650 ss.; BEECHE LUJÁN, Héctor y FOURNIER JIMÉNEZ, Favio, *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Costa Rica* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia del derecho* (San José, 1967), pp. 158 ss.; GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 69 (San José, 1991), pp. 23 ss.; GUIER, J. E., *Historia del derecho* (San José, EUNED., 1993), pp. 596 ss.; TREJOS, Gerardo, *Costa Rica*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 153 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp.154 ss.; SÁENZ CARBONELL, Jorge, *Historia del derecho costarricense* (San José, Juris Centro, 1997), pp. 183 ss. Debo parte de esta literatura y la citada infra, a la gentileza del profesor Walter Antillón, de la Universidad de La Salle.

*los frutos del trabajo y sabiduría de otras naciones...*”<sup>652</sup>. La alusión era a los códigos de la Luisiana. En ese mismo año, Gutiérrez publicó en San José un *Prontuario de derecho práctico por orden alfabético*, que consistía en una especie de diccionario donde aparecían resumidos los principales preceptos del derecho vigente con citación de las leyes que eran sus fuentes; por el gran éxito que obtuvo esta obra, hizo las veces de código durante mucho tiempo<sup>653</sup>.

En 1837, el Gobierno costarricense renovó la idea de Gutiérrez y propuso al Poder Legislativo la adopción de los códigos luisianos<sup>654</sup>, sin que el asunto avanzara.

3. El movimiento por la codificación en Costa Rica consiguió rendir un fruto bajo el gobierno del dictador Braulio Carrillo. Mediante una nota de 13 de julio de 1838 dirigida al jurista Luz Blanco, Carrillo le solicitó que organizara una comisión de miembros de la Corte Suprema, para reformar la administración de justicia en todas sus instancias. Luz Blanco requirió de Carrillo los códigos luisianos y los bolivianos de Santa Cruz para emplearlos como fuentes<sup>655</sup>. Al parecer, el trabajo no prosperó, como es que por decreto de 18 de mayo de 1840, Carrillo formó directamente una comisión, integrada por el salvadoreño Isidro Menéndez, como presidente, y por los licenciados Filadelfo Benavente, Felipe Molina y Joaquín Rivas, con el encargo de preparar tres proyectos de leyes: de policía, de enseñanza y de administración de justicia. El 2 de septiembre del mismo año, un nuevo decreto amplió la tarea de la comisión a la de redactar un proyecto de código penal, aunque el día 7 siguiente se revocó este encargo, a fin de que el primitivo fuese cumplido a la brevedad. La comisión se disolvió en enero de 1841; pero Carrillo solicitó a Menéndez un proyecto de Código de Procedimientos, cosa que no consta haya hecho<sup>656</sup>.

Resulta curioso que en estos esfuerzos por codificar haga defecto toda mención al código civil. La respuesta se encuentra en que de él se encargó personalmente Carrillo, quien era abogado y profesor de derecho; lo propio ocurrió con el código penal, cuya redacción, como vimos, en un momento Carrillo decidió encomendarla a la comisión que presidía Menéndez y después se arrepintió de ello.

Fue así como por decreto de 30 de julio de 1841, Carrillo promulgó un texto legal bajo el nombre de *Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica*<sup>657</sup>, editado ese mismo año<sup>658</sup>.

---

<sup>652</sup> GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL, Agustín, *Revista política de Costa Rica en el año 1834*, en *Noticioso Universal*, de 16 de agosto de 1834 (reimp. San José, 1987, pp. 1028 ss.), transcrito por GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo* cit. (n. 651), pp. 44 s.

<sup>653</sup> SÁENS CARBONELL, Jorge, *Historia* cit. (n. 651), pp. 184 s.

<sup>654</sup> SÁENS CARBONELL, Jorge, *Historia* cit. (n. 651), p. 185. Este autor no proporciona mayores antecedentes de esta noticia.

<sup>655</sup> GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo* cit. (n. 651), p. 28.

<sup>656</sup> Todo en FERNÁNDEZ GUARDIA, R., *Carrillo* cit. (n. 651), pp. 651-652; GUIER, J. E., *Historia* cit. (n. 651), p. 598.

<sup>657</sup> Tenemos a la vista la edición Nueva York, Wynkoop y otros, 1858. Su portada inscribe la segunda denominación; pero en la edición misma, precedida del decreto que lo promulgó, se lo llama *Código General del Estado*, que entonces parece haber sido la designación oficial.



## II. El Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica (1841)

1. El *Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica* consta de tres partes: la parte primera trata de la *Materia Civil*; la parte segunda, de la *Materia Penal*; y la parte tercera, de la *Materia de procedimientos judiciales*. Ahora bien, estas materias corresponden a tres códigos: civil, penal y de procedimientos judiciales; de modo que el *Código General* envuelve tres diferentes códigos en uno solo. No sabemos la razón que tuvo Carrillo para operar esta refundición; pero es posible que en esto haya seguido el modelo del *Allgemeines Landrecht* prusiano.

a) Por lo que respecta a la *Materia* (código) *civil*, que contiene 1.575 artículos, debe decirse que ella no es ni más ni menos que la reproducción literal, tanto en sistema como en articulación y redacción, del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836, que a su vez era una versión levemente modificada del *Código Civil Santa Cruz* de 1830. Las alteraciones que el código costarricense introdujo a su modelo nor-peruano fueron muy escasas y menores, y aumentaron levemente el volumen del código costarricense de 1.563 artículos que tenía el original nor-peruano a 1.575.

A título de ejemplo, el artículo 212 Nor-peruano prescribía que los herederos de un tutor no suceden en la tutela que administraba su causante, sin perjuicio de tener que continuar administrándola hasta que se nombre un nuevo tutor, si son mayores de edad. El art. 212 costarricense agrega: “*la misma obligación tienen los albaceas*”. Otro ejemplo lo da la comparación del tít. 4º del libro I: *De la tutela dativa o judiciaria*. El código nor-peruano presenta solo 2 artículos sobre la materia (213 y 214), mientras que el costarricense ofrece 6 (213 a 218); así, pues, los artículos 215 a 218 son originales de Carrillo. Como entonces la numeración de las disposiciones empieza a quedar desfasada en ambos cuerpos a partir del art. 219 costarricense que corresponde al 215 nor-peruano, para volver a hacerla coincidente, Carrillo refundió algunas disposiciones de su modelo en una: los artículos 215 y 216 en el 219, los artículos 228 y 229 en el 231 y los artículos 233 y 234 en el 234, y eliminó otra: el art. 230, de modo que a partir del artículo 235 vuelven a ser plenamente congruentes las numeraciones de ambos cuerpos, etc.<sup>659</sup>.

En estas circunstancias, no puede hablarse sino que de adopción íntegra del modelo; y como, según se vio, el código de Santa Cruz, del que derivaba el del Estado Nor-Peruano, era una adaptación del francés adicionada con antiguo derecho español, he ahí entonces que lo mismo cabe decir en definitiva de la *Parte Civil* del *Código General* de Costa Rica de 1841<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>659</sup> También hay diferencias en materia de servidumbres; en la no consideración del testamento privilegiado de los indios, de que sí trataba el código Nor-peruano; en la porción de mejoras: un quinto en este último, dos tercios del quinto en el costarricense; en la inversión de la primera regla de interpretación de los contratos: en el código de Nor-Perú, debe estarse a la común intención de las partes antes que al sentido literal de los términos; en el de Costa Rica, primero al sentido literal y, en caso de oscuridad, a la común intención de las partes; y otras.

<sup>660</sup> También las partes penal y de procedimientos corresponden al Código Penal (que es, a su vez el Código Penal español de 1822) y al de Procedimientos de Santa Cruz.

b) El tema de las fuentes de dicha parte, empero, ha sido discutido por los especialistas costarricenses, aunque de manera descarriada. Un historiador del siglo XIX había juzgado categóricamente que Carrillo se limitó a adoptar el *Código Civil Santa Cruz*, lo mismo que su *Código Penal*, dictados “durante la existencia de la Confederación Perú-Boliviana”<sup>661</sup>; pero en 1942, otro especialista afirmó, no menos categóricamente, que “el jurisconsulto costarricense don Braulio Carrillo es el verdadero y único autor del código general de 1841”<sup>662</sup>; opinión esta refutada doblemente, por quien, siguiendo a un autor anterior, sostuvo que la parte civil era una traducción y un resumen del código francés<sup>663</sup>; y por quien, recordando los dichos del historiador del siglo XIX antes citado, renovó la idea de haber copiado Carrillo el código de Santa Cruz<sup>664</sup>.

La razón de dudar se encontraba en una proclama al pueblo de Costa Rica emitida por Carrillo el 15 de junio de 1843, desde Sonsonate, en donde se hallaba exiliado, y que decía: “*Sí; yo viviré siempre, a pesar de mis enemigos, en el corazón sencillo de los costarricenses, porque todos ellos vieron desenmarañada su legislación, desbaratado ese laberinto infernal de la jurisprudencia y alumbrado con las antorchas de la filosofía y la razón el santuario de la justicia: hablo de los códigos civil, penal y de procedimientos que les dí, en cuyo trabajo, si bien fui auxiliado por los cuerpos de derecho de otras naciones y por mis propios conocimientos de profesor, no es lo menos que pasé muchas noches sin dormir, animado del más puro patriotismo. ¿Se han visto en otra parte, por ejemplo, más desatadas y menos expuestas al abuso las libertades de hablar y de escribir? Pues esta es una prueba de que me entregué a la meditación sin que ella me quitara el tiempo para las ocupaciones comunes, aunque se absorbiera el que la naturaleza ha destinado al reposo*”<sup>665</sup>. Una interpretación amplia de este texto, en efecto, permite sostener que Carrillo parece atribuirse la paternidad del *Código General* de 1841.

---

<sup>661</sup> MONTÚFAR, Lorenzo, *Reseña histórica de Centro América* (Guatemala, EL Progreso, 1879), Vol. III, pp. 605: “Durante la existencia de la Confederación Perú-Boliviana se dictó un Código Civil y un Código Penal, de los cuales llegaron ejemplares a Costa Rica. Carrillo se apoderó de uno de ellos y después de haberlo leído se le ocurrió la idea de que esos códigos se adoptaran en su país”. Según sabemos, la Confederación, como tal, no tuvo un Código Civil ni un Código Penal; Bolivia los tuvo en 1831, antes de fundarse aquel organismo político, y después de su fundación fueron extendidos individualmente para el Estado Nor-Peruano y el Estado Sud-Peruano. Montúfar parece ignorar la primera circunstancia y creer que dichos códigos fueron de la Confederación como tal.

<sup>662</sup> FERNÁNDEZ GUARDIA, R, *Carrillo y los códigos del 41. Opinión equivocada*, en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), pp. 650 ss.

<sup>663</sup> ANÓNIMO, *Martillando en la herradura*, en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), pp. 653 ss., que sigue al jurista Salvador JIMÉNEZ, *Elementos de derecho civil y penal de Costa Rica* (1874).

<sup>664</sup> GUARDIA, Jorge, *Juicio de un magistrado eminente*, en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), pp. 655 ss.

<sup>665</sup> Transcrito en GUIER, J. E., *Historia del derecho* cit. (n. 651), p. 597.

La duda fue parcialmente zanjada en 1991, cuando un autor costarricense demostró<sup>666</sup>, mediante el único método aceptable, a saber: el cotejo de textos, que sin género de duda la *Parte Civil del Código General* es el *Código Civil Santa Cruz*, concluyendo, pues, que “...por largas y muchas que hayan sido las noches que don Braulio dedicara a la redacción del Código General, en lo que se refiere al Civil, tomó el Código de Santa Cruz y apenas si le introdujo unas pequeñas modificaciones, que por su escaso número pueden citarse en detalle”<sup>667</sup>. Esta fue su opinión final. Pero, curiosamente, en la misma sede en que hace el estudio pertinente ese autor, previamente había adelantado que: “la hipótesis válida me parece debe ser que fueron las ediciones peruanas y no las bolivianas las enviadas a nuestro país”<sup>668</sup>, refiriéndose al código de Santa Cruz en sus versiones nor- y sur-peruana, fundado en que Costa Rica a la sazón tenía vínculos con el Perú y no con Bolivia.

Ahora bien, esta última hipótesis del citado autor es en realidad la correcta, como de hecho ya fue asumido: el cotejo textual que nosotros hemos practicado<sup>669</sup> muestra, en efecto, que la *Parte Civil del Código General* contiene disposiciones que no aparecen en el *Código Civil Santa Cruz* promulgado para Bolivia en 1830, pero que sí figuran en el *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* sancionado en 1836.

Un ejemplo muy decisivo está dado por los artículos 244 a 254 de la *Parte Civil del Código General*, que regulan la *restitución in integrum* en favor de los pupilos y menores de edad: mientras el artículo 242 del *Código Civil Santa Cruz* deja: “*abolido el beneficio de restitución concedido a los menores y a otros cuerpos*”, el artículo 243 de la mencionada *Parte Civil* dice: “*Queda abolido el beneficio de restitución concedido al Estado, Iglesias, Corporaciones y a los privados de la administración de sus bienes*”, agregando, en el artículo 244, respecto de los pupilos y menores, que: “*sin embargo de lo dispuesto para la seguridad de sus bienes, seguirán gozando del beneficio de restitución in integrum*” (que regula, como se adelantó, en los artículos siguientes). Pero eso es literalmente lo mismo que prescriben los artículos 243 y 244 del código nor-peruano, continuando la coincidencia literal en el resto del articulado regulador de ese beneficio hasta el artículo 245.

Los ejemplos podrían multiplicarse; y en tales circunstancias ahora no debe caber ni una mínima duda de que la *Parte Civil del Código General* costarricense de 1841 fue una reproducción fiel y exacta del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836 y no del código boliviano de 1830, que entonces solo revistió el carácter de fuente indirecta.

c) Está claro que Carrillo hizo el trabajo personalmente y en solitario y que aquél no fue obra de ninguna comisión; a eso es a lo se refirió en su proclama de 1843; pero

---

<sup>666</sup> GUTIÉRREZ, Carlos José, *Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 69 (San José, 1991), pp. 23 ss.

<sup>667</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>669</sup> Gutiérrez solo cotejó el código de Santa Cruz y el *Código General* con el francés (*ibíd.*, p. 32) y no tuvo a la vista el Nor-peruano. Para mi cotejo con éste último me he valido de una copia proporcionada gentilmente por el profesor Rafael Jaeger, de la Universidad de San Marcos de Lima.

también está claro que dicho trabajo consistió en leer, comprender y asimilar el código Nor-peruano y en introducirle algunas modificaciones; así entendido, no hay propiamente contradicción entre la proclama y la realidad.

2. En los años sucesivos, el código de 1841 recibió numerosas modificaciones. Hacia 1856, el Gobierno tuvo el designio de ejecutar una nueva edición. Paralelamente, el Regente de la Suprema Corte, Rafael Ramírez, venía realizando privadamente un trabajo de anotación del código y de puesta al día con la legislación posterior<sup>670</sup>. Sabedor el Gobierno de ese trabajo, finalmente se decidió por transformarlo en oficial. Una vez concluido, el Presidente de la República Juan Rafael Mora lo aprobó y lo mandó imprimir por decreto de 23 de julio de 1858<sup>671</sup>. En mérito de ello, se procedió a la nueva edición del cuerpo legal, que tuvo lugar en el mismo año de 1858, en Nueva York<sup>672</sup>. Como quiera que se suscitaban dudas acerca de si ciertas disposiciones del código, que el comisionado había tenido por derogadas, realmente lo estaban, por decreto de 8 de abril de 1859, el Gobierno mandó observar como ley esta edición de 1858 para así zanjar las dudas<sup>673</sup>.

El *Código General* rigió en Costa Rica hasta 1888<sup>674</sup>.

## § 25. *El código civil boliviano II (1845)*<sup>675</sup>

### **I. La abrogación del *Código Civil Santa Cruz*, la sanción de un nuevo código y el restablecimiento del primero**

A la caída de Santa Cruz en 1839, y como parte de la reacción general que entonces se desató en contra de su política, el artículo 5 de una ley de 27 de agosto de ese año cambió el nombre de los códigos existentes, que a la fecha, aparte el civil y el penal, eran también los de procedimientos, de minería y de comercio, todos conocidos como “*Códigos Santa Cruz*”, por el de “*Códigos Bolivianos*”.

Una nueva ley, de 13 de noviembre de 1839, encomendó a la Corte Suprema de Justicia el estudio de la reforma de los tres primeros códigos mencionados precedentemente. Una tercera ley, de 2 de junio de 1843, autorizó al Ejecutivo para que,

---

<sup>670</sup> Así lo narra el propio Ramírez en su *Advertencia* a la edición de 1858 del *Código General* cit. (n. 657), p. II.

<sup>671</sup> El decreto, *ibíd.*, p. IV.

<sup>672</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>673</sup> GUIER, *Historia* cit. (n. 651), p. 600.

<sup>674</sup> Vid. *infra* § 43.

<sup>675</sup> Vid. *supra*. § 22. Lit.: DURAN, Manuel, Bolivia, en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 771; TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia del Código Civil Boliviano*, como *Estudio preliminar* a la edición del Código Civil de Bolivia (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 17-18; ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe sobre el Código Civil Boliviano*, en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* 8 (Oruro, 1966) 1, pp. 68-77; ROMERO SANDOVAL, Raúl, *Derecho civil según los 'Apuntes de derecho civil boliviano' del Prof. Dr. Raúl Romero Linares* (2ª ed., La Paz-Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1986), p. 98.

previo el informe de una comisión nombrada por él, mandara la publicación y observancia de los Códigos Civil, Penal y de Procederes, cuya reforma se había encargado a la Corte Suprema por la ley de 1839<sup>676</sup>. El 19 de octubre de 1844, dicho tribunal entregó al Gobierno un Proyecto de Código Civil<sup>677</sup>, de cuya redacción se había encargado una comisión formada por los señores José Mariano Serrano, Manuel Sánchez de Velasco, Pedro Antonio Oblitas, Mariano José Calvo y Andrés María Torrico. En uso de la facultad otorgada por la ley de 1843, el Presidente de la República José Ballivian emitió un decreto el 12 de agosto de 1845, por el cual sancionó ese proyecto de la Corte Suprema, para que entrara en vigencia a partir de 18 de noviembre de 1845<sup>678</sup>. La edición príncipe se hizo en 1845 en Sucre<sup>679</sup>.

Como quiera que el nuevo código creó graves problemas de aplicación, el mismo Ballivian promulgó el 11 de noviembre de 1846 una ley cuyo artículo 1 autorizaba al Ejecutivo para nombrar una comisión permanente encargada de la formación de nuevos Códigos Civil, Penal y de Enjuiciamiento y la Ley Orgánica de los jueces; el artículo 2 lo autorizaba para designar dos comisiones con igual objeto respecto de los códigos de Minería y de Comercio. Su artículo 3 dispuso: “*Mientras se publican los nuevos Códigos, regirán los antiguos Civil, Penal y de Procederes, y las demás disposiciones relativas a éstos, que estaban en vigor hasta el 18 de noviembre de 1845, quedando derogados los publicados en esta fecha y la Ley Orgánica*”<sup>680</sup>. Se esta manera fue derogado el código de 1845 –solo estuvo en vigencia, pues un año y siete días- y restablecido el vigor del *Código Civil Boliviano* de Santa Cruz<sup>681</sup>, que rigió desde entonces hasta 1976<sup>682</sup>.

## II. El Código Civil Boliviano II (1845)

El código de 1845 contiene 2.309 artículos, distribuidos en un *Título preliminar* rubricado *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*; un libro I: *De*

---

<sup>676</sup> En *Colección oficial de leyes, decretos, órdenes y resoluciones supremas que se han expedido para el régimen de la República boliviana* (Sucre, 1858), Vol. VIII, p. 128.

<sup>677</sup> Se lo editó como *Proyecto del Código Civil presentado en 19 de octubre de 1844*. Imprenta de Beeche. Sucre.

<sup>678</sup> Insertado en la edición príncipe del nuevo código citado en la nota siguiente.

<sup>679</sup> Dispongo de dos copias de esta edición: una la debo a la gentileza del Dr. Edgar Oblitas Fernández, tataranieta del Dr. Antonio Oblitas, miembro de la comisión de redactores del código de 1845, quien me la facilitó a instancia del Dr. Augusto Jordán Quiroga; la otra, a la del profesor Leónidas Gordillo, de la Universidad de Oruro; a quienes agradezco. Debo hacer presente que en la Biblioteca del Congreso de Chile hubo un ejemplar de este hoy rarísimo impreso, que ahora ha desaparecido. Pero otro lo he encontrado recientemente en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago: tiene la particularidad de haber sido donado personalmente por Don José Ballivian a Don Manuel Montt, y lleva su dedicatoria autógrafa; la ocasión seguramente fue cuando Montt permaneció como diplomático en Bolivia, antes de ser elegido Presidente de Chile en 1851.

<sup>680</sup> Todo en *Colección oficial de leyes, decretos, órdenes y resoluciones vigentes* (Imp. de Beeche, s. l., s. d.), Vol. II, p. 282 ss.

<sup>681</sup> TERRAZAS TORRES, Carlos, *Historia del Código Civil boliviano* cit. (n. 675), pp. 17-19.

<sup>682</sup> Vid. infra § 58.

*las personas*; un libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y un libro III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, cada cual dividido en títulos, capítulos y a veces secciones. Es, pues, más voluminoso que el de 1830, el cual, como se recordará, solo contiene 1.556 artículos. Pero el modelo empleado fue el mismo recurrido por aquél, vale decir el *Code Civil*, si bien en forma más fiel y completa que su antecesor. Desde luego siguió íntegramente el plan del código francés (igual que había hecho el código de 1830), respetando incluso su subdivisión en secciones (a diferencia de aquél). En cuanto al contenido, adoptó muy literalmente el articulado de su modelo, lo que explica su mayor extensión. Pero no dejó de introducirle modificaciones, algunas fundadas en el derecho tradicional, como, por ejemplo, el régimen del matrimonio, librado al derecho canónico, el reconocimiento de la distinción romana de cosas corporales e incorpóreas (artículos 411 y 412), la clasificación de los modos de adquirir en originarios y derivativos (artículo 600) o la consideración de la ocupación como modo de adquirir (lib. III, cap. 1, títulos 1 y 2) que en el código francés no existe, ya que los bienes sin dueño pertenecen al estado, etc.; incluso hay innovaciones algo bizarras, como la categoría de las obligaciones de “no dar” (artículos 1.104 y 1.122, con evidente error, ya que “no dar” es, en realidad, un caso de no hacer). Estas modificaciones, empero, no alcanzan para evitar decir que el código de 1845 revisó a su modelo en medida considerablemente menor que el de 1830, y que solo apenas puede considerárselo como una adaptación de ese modelo, en todo caso ligera, y no directamente como una adopción.

## **Capítulo tercero: La primera codificación iberoamericana endógena, el Código civil del Perú II (1852)<sup>683</sup> y su adopción en Cundinamarca y en Guatemala**

### **§ 26. El Código civil del Perú II (1852)<sup>684</sup>**

#### **I. La codificación como un programa constitucional**

La Constitución de Cádiz fue publicada y jurada en Lima por decreto del Virrey Abascal el 12 de octubre de 1812<sup>685</sup>. Su tantas veces citado artículo 258, que preveía la codificación, fue estrictamente el primer antecedente sobre la materia en el Perú; pero los acontecimientos sucesivos, que desembocaron en la Declaración de Independencia el 28 de julio de 1828, impidieron, por cierto, cualquier actividad efectiva sobre la materia. Sin embargo, la sugerencia gaditana formó tradición constitucional en el Perú.

El Libertador Bolívar se instaló en Lima desde septiembre de 1823 y en noviembre de ese mismo año fue dictada la primera Constitución del país, cuyo artículo 106 dispuso: “*Los códigos Civil y Criminal prefijarán las formas judiciales*”; su artículo 121, por otro lado, confirmó la vigencia del antiguo derecho “*hasta la organización de los códigos Civil, Criminal, Militar y de Comercio*”<sup>686</sup>. En febrero de 1824 el Congreso otorgó a Bolívar poderes dictatoriales. En 1826 se promulgó en el Perú la llamada Constitución Vitalicia o Bolivariana, que también preveía la codificación en su artículo 46 N° 1, al otorgar al Senado la facultad de: “*Formar los códigos Civil, Criminal, de Procedimientos y de Comercio y los reglamentos eclesiásticos*”<sup>687</sup>. Todavía el art. 131 de la Constitución de 1828, establecía algo semejante; y aún se reiteró un precepto sobre el asunto en la Constitución de 1834, como veremos después.

---

<sup>683</sup> Vid. supra § 23.

<sup>684</sup> Lit.: BASADRE, Jorge, *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El Proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 3 (Lima, 1939) 2, pp. 283 ss. (cuyo texto debo a la gentileza del profesor Renzo Honores, de la Pont. Univ. Católica del Perú), reproducido en: EL MISMO, *Historia del derecho peruano* (2° ed., Lima, 1997), pp. 313 ss.; EL MISMO, *Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 6 (Lima, 1942) 1, pp. 48 ss. (cuyo texto también debo a la gentileza del profesor Renzo Honores, de la Pont. Univ. Católica del Perú) = EL MISMO, *Historia del derecho peruano* (2° ed., Lima, 1997), pp. 345 ss.; BARANDIARAN, José León, *Estudio preliminar a Código Civil del Perú* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; TORRES MÉNDEZ, Miguel, *Perou*, en *La circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 181 ss.; TRAZEGNIES, Fernando de, *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (2ª ed. Lima, Pont. Univ. Católica del Perú, 1992), passim; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 160 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852*, en *RChD*. 17 (1992-1993), pp. 147 ss.; EL MISMO, *Historia del derecho* (2° ed., Lima, 1997), Vol. II, pp. 208 ss.

<sup>685</sup> PAREJA, José, *Las Constituciones del Perú* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1954), p. 133.

<sup>686</sup> *Ibíd.* p. 439.

<sup>687</sup> *Ibíd.*, p. 473.

## II. Los esfuerzos de Simón Bolívar y Manuel Lorenzo de Vidaurre por la codificación en el Perú

En los comienzos efectivos del movimiento por la codificación en el Perú se asociaron, en cambio, los impulsos políticos de Simón Bolívar y los esfuerzos intelectuales del magistrado, jurista, político, diplomático, literato y proyectista peruano Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841)<sup>688</sup>.

La propaganda pública de Vidaurre por la codificación empezó en 1824, con unos discursos editados en Trujillo, en que abogaba por la reforma legal. Pero ya desde 1811 había comenzado a estudiar Vidaurre un Proyecto de Código Penal, que editó en 1828, en Bostón y remitió al Congreso Constituyente del Perú y al Gobierno de Chile, que por entonces había ofrecido un premio al que presentare un proyecto semejante<sup>689</sup>; después, en 1830, en París, publicó un Proyecto de Código Eclesiástico dedicado al Papa Pío VIII; ambos proyectos los presentó al Senado peruano en 1831, que no los llegó a discutir.

En 1825 las ideas de Bolívar y de Vidaurre se hicieron confluyentes. En el prefacio de su *Proyecto de un Código Penal* editado en Boston, en 1828, narra Vidaurre haber Simón Bolívar designado una comisión de 12 individuos, que el propio Vidaurre habría de presidir, con el objeto de que formase nuevos códigos; añade que “*en la primera y única junta que tuvimos no se avanzó otra cosa que excusas por excesiva moderación, por ocupaciones serias y por no estar ratificado aún el Código Político*”<sup>690</sup>. Aunque Vidaurre no lo cita, se refiere a un decreto emitido por Bolívar en Lima, con el número 18 el 31 de enero de 1825, en que efectivamente designaba a una comisión con 12 integrantes, entre los cuales estaba el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, cargo que a la sazón desempeñaba Vidaurre, con el cometido de formar un proyecto de código civil y criminal<sup>691</sup>. Ya se ha visto el resultado de esa comisión, narrado por el propio Vidaurre. Pero fue con tal ocasión que él empezó a redactar su proyecto de código civil.

En 1831, el Presidente Gamarra nombró una nueva comisión codificadora general de cuatro individuos, integrada por el propio Vidaurre y los señores Tellería, Arianíbar y Mariátegui, de la que solo salió un discurso del primero sobre recusaciones y que por razones económicas no pudo funcionar mayormente. El Gobierno pensó en encomendar la redacción de los códigos a otras dos personas, los señores Ortiz de Zevallos y Pando, que tampoco nada apreciable concluyeron<sup>692</sup>.

---

<sup>688</sup> En general, sobre este personaje: JOS, Mercedes, *Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano*, en *Anuario de Estudios Americanos* 17 (Sevilla, 1961), pp. 443 ss. Vid. asimismo la literatura cit. infra n. 693.

<sup>689</sup> LATORRE, Enrique, *Algunos otros antecedentes para la historia de la codificación nacional: Proyecto de Código Penal para Chile*, inicialmente publicado en 1899, ahora aparece reeditado en *REHJ*. 3 (Valparaíso, 1978), pp. 297 ss.; ahí mismo (pp. 303), aparece reproducido el proyecto.

<sup>690</sup> Se cita según la reedición indicada en la nota anterior, p. 299.

<sup>691</sup> El texto del decreto en: PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, pp. XIX s.

<sup>692</sup> BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), p. 319.



### III. El Proyecto de un Código Civil Peruano de Manuel L. de Vidaurre (1834-1836)<sup>693</sup>

1. Por otra parte, el artículo 11 transitorio de la Constitución de 1834 dispuso que “en la apertura de cada sesión anual presentará al Congreso la Corte Suprema el proyecto de uno de los códigos de la legislación, principiando por el civil”<sup>694</sup>; su artículo 177, además, expresaba: “Todas las leyes que no se opongan a esta Constitución quedan vigentes hasta que se publiquen los códigos de legislación”<sup>695</sup>. Ocurría que Presidente de la Corte era precisamente Vidaurre, quien entonces vio en la disposición primeramente citada la oportunidad de llevar adelante la codificación por la que había venido clamando desde hacía tanto tiempo. Así, el 23 de junio de 1834, convocó a los vocales de la Corte y les expuso la necesidad de emprender la obra encargada por la Constitución, proponiendo que uno de los magistrados redactase un proyecto de código civil según un plan tripartito de materias relativas a las personas, dominio y contratos y sucesiones, dedicando cuatro meses a cada una, para, al término de ese plazo, presentar el trabajo a una comisión revisora, que dispondría de dos meses dedicados al examen de lo hecho; finalmente, la Corte en pleno revisaría el todo en un mes. El tribunal aceptó el programa de su Presidente, a quien encomendó la redacción del proyecto, y designó a otros tres vocales para formar la comisión revisora<sup>696</sup>.

2. Vidaurre cumplió con su cometido y entre fines de 1834 y 1836 pudo editar un *Proyecto de Código Civil Peruano* en 3 volúmenes<sup>697</sup>, cada uno dedicado a una parte dividida en títulos, con artículos cuya numeración empezaba de nuevo en cada título, a la antigua usanza<sup>698</sup>. Hay que sospechar que el infatigable Vidaurre tenía preparada al menos una porción importante del proyecto desde antes de 1834, lo cual explica los exiguos plazos que él mismo propuso a la Corte para presentar el proyecto que disponía la Constitución de ese año.

Ya cuando la segunda parte del proyecto estaba en la imprenta, se iniciaron graves trastornos políticos en el Perú que dificultaron su edición y la pusieron incluso en peligro; además, una enfermedad del autor agregó obstáculos a la edición de la tercera parte. Dichos acontecimientos políticos impidieron que el proyecto pudiera ser considerado por el Gobierno. En fin, en 1836, el Perú fue invadido por las tropas bolivianas de Andrés de Santa Cruz y el país, por lo demás dividido en dos estados, quedó incorporado en un organismo mayor, como fue la Confederación Perú-Boliviana. Todo esto determinó el fracaso definitivo del proyecto de Vidaurre, que, por

---

<sup>693</sup> Lit.: BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 321 ss.; NÚÑEZ, Estuardo, *Don Manuel Lorenzo de Vidaurre y su obra jurídica*, en *Revista del Foro* 36 (Lima, 1949) 4, pp. 444 ss.; DE TRAZEGNIES, Fernando, *La idea de derecho* cit. (n. 684), pp. 153 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 161 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), Vol. II, pp. 218 ss.; RAMÍREZ Y BERRÍOS, *La obra jurídica de Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada* (Lima, Jus, 1995), especialmente pp. 103 ss. (debo poder usar este texto a la gentileza del profesor Jorge Basadre Ayulo).

<sup>694</sup> En PAREJA, José, *Const. del Perú* cit. (n. 685), p. 577.

<sup>695</sup> *Ibíd.*, p. 574.

<sup>696</sup> Todo en BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), p. 320.

<sup>697</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>698</sup> La primera parte, relativa a personas, se editó en Lima, en 1834; la segunda, concerniente a dominio y contratos, ahí mismo, en 1835; la tercera, que atañe a “todo lo correspondiente a las últimas voluntades”, también ahí en 1836; las tres en la Imprenta del Constitucional, por Justo León.

otro lado, aun en circunstancias normales, probablemente igual hubiera fracasado atendidas sus singularidades.

3. Para elaborar su proyecto, Vidaurre recurrió a toda clase de fuentes: desde luego, a los códigos entonces disponibles, con preferencia al francés y al prusiano; a los antiguos comentaristas, como Baldo, Bártolo, Juan Andrés; a juristas clásicos españoles, como Diego de Covarrubias, Diego Pérez, Gregorio López, Antonio Gómez, Juan Matienzo, Juan del Castillo, Luis de Molina, etc.; a franceses como Jacobo Cuyacio y Juan Domat; a jusnaturalistas, como Hugo Grocio, Samuel Puffendorf, Juan Heinecio, Juan Jacobo Burlamaqui, Gaetano Filangieri o Emeric de Vattel; no faltan citas de Juan Jacobo Rousseau, Charles de Montesquieu y Jeremías Bentham.

4. El proyecto de Vidaurre, en efecto, por varios conceptos ha sido el más anómalo y también original -para su temprana época- de los elaborados en el período clásico de la codificación iberoamericana. Su repudio expreso al derecho romano<sup>699</sup> (que, entre otras cosas, notablemente se manifiesta en el abandono del principio *superficies solo cedit*<sup>700</sup>), su intento de fundarse directamente en la naturaleza<sup>701</sup>, su predilección por el código prusiano de 1794 y por los proyectos de la Revolución Francesa que había elaborado Cambacères, su anticlericalismo (manifestado, por ejemplo, en la secularización del matrimonio) y su radicalismo e igualitarismo, su independencia frente a la institucionalidad tradicional (que, también por ejemplo, se expresa en la introducción de la libertad de testar) permiten, en efecto, ese juicio. Pero técnicamente es muy defectuoso ese proyecto. Vidaurre, pese a su enorme cultura y experiencia legal, no llegó a asimilar los principales artículos de la moderna ciencia de la legislación y careció de intuición para percibir las diferencias entre la legislación, la moral y las costumbres sociales y los límites y exactas funciones de la primera, como lo demostró a veces en el Proyecto de Código Civil<sup>702</sup> y sobremanera en aquél de Código Penal.

---

<sup>699</sup> VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, *Exposición de las leyes contenidas en el proyecto*, Lib. I, tít. 1º: De los esponsales: “*He dicho alguna vez que nuestros males políticos vinieron de Roma; siempre lo repetiré. Las ambigüedades, contradicciones, sentidos opuestos que se hayan en las legislaciones modernas resultan de ser las más de ellas hijas o copias del derecho romano. Yo no lo tomo por guía. Mi principal estudio es la naturaleza. Esta maestra, aunque desfigurada por los vicios, enseña más que los Cujacios y Donelos*”.

<sup>700</sup> VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, *Segunda parte del Proyecto de Código Civil*, tít. I, art. 17: “*El que quiera trabajar en suelo ajeno, cuyo dueño se ignora, plantando o edificando, denúncielo por desamparado. Si después de edificado apareciese el dueño, no se le restituirá [el suelo], reconociendo [el sembrados o plantador] su valor, por el que o podrá ser reconvenido en cuatro años*”. Art. 10: “*Al dueño legítimo le corresponde el aumento natural de la cosa- el industrial si ha provenido de su trabajo...*”.

<sup>701</sup> Vid. supra n. 699

<sup>702</sup> Un ejemplo en: VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, *Segunda parte del Proyecto de Código Civil*, tít. I, art. 16: “*Si de metales o maderas ajenas se hiciesen alhajas o muebles sin consenti iento del dueño, la accesión declárese a éste: será el castigo del hurto*”. Técnicamente, la disposición es muy empírica y concreta, cuando la regla tiene valor más general (“*metales o madera*”, en vez de “*materiales*”; “*alhajas o muebles, en vez de “objeto nuevo*”); pero la obsesión moralizante y penalizante, que se manifiesta en la expresión “*será el castigo del hurto*”, hace olvidar al redactor que bien puede ocurrir que no haya habido hurto en el especificante, quien pudo haber adquirido el material de buena fe a terceros.

#### **IV. El Código Civil Santa Cruz I en el Perú: El Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-Peruano II (1836) y el Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano II (1836). Remisión<sup>703</sup>**

Como hemos dicho, de todos modos el esfuerzo de Vidaurre fue detenido por el advenimiento de un cambio político importante en el Perú, como fue su caída bajo la órbita de poder de Bolivia y de Andrés de Santa Cruz y su incorporación en la Confederación Perú-Boliviana, en 1836. En ese mismo año, el Protector Santa Cruz impuso su *Código Civil* separadamente a los dos estados en que quedó dividido el Perú; ellos rigieron hasta 1838 en el Estado Nor-peruano y 1839 en el Sud-Peruano.

De esto hemos hablado en otro lugar y a él remitimos.

#### **V. El proceso de la codificación culminado en 1852**

1. El curso del movimiento por la codificación propia en el Perú, extinguido el intervalo confederado, se reinició en 1845, cuando el senador José Luis Gómez presentó a la cámara a que pertenecía, una iniciativa de ley que impulsaba de nuevo la codificación. Aprobada por el Congreso, se convirtió dicha iniciativa en ley que el Presidente Ramón Castilla promulgó el 9 de octubre de 1845. Ella ordenaba el establecimiento de una comisión de 7 personas designada por el Gobierno, de entre quienes figuraran en unas ternas formadas por el Consejo de Estado, encargada de redactar diversos proyectos de códigos: primero de enjuiciamiento civil y penal, después penal y en fin los demás, en el plazo de 2 años, con la obligación de publicar sus trabajos cada 3 meses, que además debían ser revisados por las Cortes superiores. La comisión fue designada por decreto de 20 de diciembre de 1845 y la integraron los señores Manuel Pérez de Tudela, Francisco Javier Mariátegui, Manuel López Lisson, Mariano Carrera, José Julio Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez y José Manuel Tirado. Se trataba mayoritariamente de juristas liberales y conservadores y un radical. El reglamento de la comisión fue emitido el mismo día 20 de diciembre y aquella quedó instalada el 2 de enero de 1846, bajo la presidencia de Manuel Pérez de Tudela. Empezó su trabajo por el proyecto de código de enjuiciamiento civil, que terminó a fines de 1846. Seguidamente entró la Comisión a preparar el proyecto de código civil, que concluyó en poco tiempo, a mediados de 1847, y en cuyo proceso el punto de discusión más agudo fue el relativo a la naturaleza sacramental y civil o solo civil del matrimonio. El texto resultante fue editado en Lima, en 1847, como *Proyecto de Código Civil para la República del Perú*<sup>704</sup>.

El Proyecto de 1847 contiene 2.055 artículos distribuidos en tres libros, que son: el I: *De las personas y de los derechos que como tales tienen*; el II: *De las cosas. del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; el III: *De los derechos que unas personas tienen sobre otras y de las obligaciones que nacen de los contratos y cuasi-contratos*.

---

<sup>703</sup> Vid. supra § 23.

<sup>704</sup> Todo en BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 334 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia*, Vol. II, (n. 684), pp. 236 s. Un ejemplar del Proyecto de 1847 en la Biblioteca Nacional de Chile.

Este proyecto fue sometido a la consideración del Congreso entre 1847 y 1849, en donde finalmente se atascó.

2. Como manera de reimpulsar la codificación, una ley de 21 de diciembre de 1849 creó una nueva comisión integrada por tres parlamentarios designados por el Ejecutivo a propuesta del Consejo de Estado, con el encargo de revisar los proyectos de código de enjuiciamiento y civil de 1847 y de reservar, en un plazo de 3 meses, los artículos que debían ser discutido por el Congreso, declarándose de antemano reservados los concernientes al matrimonio; la idea era proceder a la promulgación del resto. La Comisión revisó ampliamente los proyectos; y el Presidente Castilla, en contra del parecer del Consejo de Estado, quien opinó no ser conveniente promulgar códigos incompletos, aludiendo a las materias que habían quedado reservadas al Congreso, promulgó los dos proyectos, el de código de enjuiciamiento civil y el de código civil, por decreto de 22 de noviembre de 1850, para que rigieran desde siete meses después y entretanto se los editara<sup>705</sup>.

3. El Presidente Castilla fue sucedido por José Rufino Echenique a principios de 1851 y poco después, la ley de 7 de junio de ese año dispuso la suspensión de los efectos del decreto promulgatorio de los códigos, de 22 de noviembre del año anterior. Una segunda ley, de la misma fecha que la recién indicada, ordenó constituir una comisión de parlamentarios de ambas cámaras dirigida a revisar los dos códigos dentro de un plazo que acabaría al expirar la siguiente legislatura ordinaria<sup>706</sup>. El 12 de junio la comisión fue integrada con 2 senadores –los doctores Andrés Martínez y José Luis Gómez Sánchez- y 5 diputados –los doctores Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores-, bajo la presidencia del jurista Andrés Martínez, y desarrolló su labor hasta diciembre de 1851. Por lo que respecta al *Proyecto de Código Civil* de 1847, la revisión afectó sobre todo a los temas del matrimonio, la filiación, la herencia, los derechos sobre cosas y los contratos; y desde luego a la redacción y al estilo; además, se expurgó al proyecto de ciertas normas que excedían al derecho civil, como las relativas a los gremios, las profesiones o las letras de cambio<sup>707</sup>.

Una vez finalizado el trabajo de la comisión, el Congreso aprobó el proyecto sin más debate, mediante la ley de 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29, que ordenaba al Presidente de la República promulgar solemnemente el *Código Civil* y el de *Enjuiciamiento Civil* el 28 de julio de 1852, para que rigieran desde el día siguiente. La primera edición tuvo lugar en Lima en el mismo año de 1852<sup>708</sup>.

---

<sup>705</sup> Todo en BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 342 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), vol. II, pp. 239.

<sup>706</sup> El texto de esta ley en la edición del *Código Civil del Perú* cit. infra (n. 708), p. 7.

<sup>707</sup> BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 342 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), vol. II, pp. 240 s.

<sup>708</sup> Aquí usamos: *Código Civil del Perú con citas notas y concordancias* por M. A. Fuentes y M. A. de la Lama (Lima, Imprenta del Estado, 1870).

## VI. El Código Civil del Perú II (1852)<sup>709</sup>

1. El *Código Civil del Perú* de 1852 encierra 2.301 artículos y aparece dividido en un *Título preliminar* y en tres libros, que son: el I: *De las personas y de sus derechos*; el II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; y el III: *De las obligaciones y contratos*. Cada libro se divide en secciones y éstas en títulos, algunos de los cuales aparecen subdivididos mediante rúbricas no numeradas. Este esquema obedece claramente al modelo institucional gayano-justiniano de las *personae* (libro I) y *res*, subdivididas en: corporales (libro II) e incorporales, es decir: derechos reales (libro II) *hereditas* (libro II) y *obligationes* (libro III). El punto se ve corroborado porque el código recogió la distinción gayano-justiniana de cosas en corporales e incorporales en su artículo 454. Este plan, pues, no es el del código francés; y no podía serlo desde que el peruano, en contra de aquél, nuevamente recogió el principio romano-castellano de que la propiedad entre vivos no se transfiere por contrato sino por la tradición subsiguiente (artículos 571 ss.); ello determinó una drástica separación de la doctrina de los modos de adquirir, tratada en el libro II; y aquella de las obligaciones y contratos, expuesta en el libro III, que el código francés, en cambio, integra.

2. Por otra parte, la ordenación de las materias en el interior de cada libro parece inspirada en la sistemática que solían seguir los prácticos españoles<sup>710</sup>, como Tapia en su *Febrero novísimo* (1828) y en su *Febrero novísimamente redactado* (1845)<sup>711</sup>; incluso en la terminología a veces; como se ve en este ejemplo:

<i>Código Civil de 1852</i>	<i>Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados...</i> por Don Eugenio de Tapia (Valencia, Mompié, 1828), Vol. I:
Lib. I: <i>De las personas y sus derechos</i>	Lib. Primero: <i>De las personas</i>
	Tít. I: <i>Del estado de las personas</i>
Sección primera: <i>De las personas según su estado natural</i>	Cap. primero: <i>Del estado natural de las mismas</i>
	Párr. 1: <i>Respecto al estado natural las personas se consideran:</i>
Tít. 1º: <i>De los nacidos y por nacer</i>	1º <i>como ya nacidos o como concebidas</i>

---

<sup>709</sup> Sobre él: BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 345 ss.; DE TRAZEGNIES, Fernando, *La idea de derecho* cit. (n. 693), pp. 161 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), vol. II, pp. 243 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El código napoleónico*, pp. 168 ss.

<sup>710</sup> Sobre los prácticos: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Los 'prácticos' con especial consideración de los españoles*, en *Revista Jurídica de Córdoba* 3 (1947), pp. 349 ss.

<sup>711</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *REHJ.* 7 (Valparaíso, 1982), p. 88 = *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional* (Caracas, La Casa de Bello, 1987), pp. 343 ss.

	<i>solo...;</i>
Tít. 2º: <i>De los varones y mujeres</i>	<i>2º como varones y hembras;</i>
Tít. 3º: <i>De los mayores y menores de edad</i>	<i>3º como mayores y menores de edad.</i>
Tít. 4º: <i>De los capaces e incapaces</i>	
	Cap. segundo: <i>Del estado civil de las personas</i>
Sección segunda: <i>De las personas según el estado civil</i>	Párr. 1: <i>Clasifícanse los hombres, según el estado civil, del modo siguiente:</i>
Tít. 1º: <i>De la dependencia e independencia de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles</i>	
Tít. 2º: <i>De los peruanos y extranjeros</i>	<i>1º naturales de estos reinos y extranjeros;</i>
Tít. 3º: <i>De los vecinos y ausentes</i>	<i>2º vecinos de algún pueblo o transeúntes;</i>
Tít. 4º: <i>De los clérigos</i>	<i>3º nobles, hidalgos o plebeyos;</i>
	<i>4º eclesiásticos y legos;</i>
Tít. 5º: <i>De los ingenuos, siervos y libertos</i>	<i>5º libres, esclavos o libertos.</i>
Tít. 6º: <i>De la manumisión</i>	

Otro ejemplo relativo a sistemática puede observarse en las materias agrupadas al final del lib. III del código:

<i>Código Civil de 1852</i>	<i>Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados... por Don Eugenio de Tapia (Valencia, Mompié, 1828), Vol. I. lib. II, tít. 4º:</i>
Sección sexta: <i>De los pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones</i>	
Tít. 1º: <i>De la prenda</i>	Cap. 17: <i>De las fianzas en común</i>
Tít. 2º: <i>De la hipoteca</i>	Cap. 18: <i>De varias fianzas particulares</i>
Tít. 3º: <i>De la fianza</i>	Cap. 19: <i>De las prendas e hipotecas</i>
Sección séptima: <i>De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto</i>	
Tít. 1º: <i>De los cuasicontratos</i>	Cap. 26: <i>De los cuasi-contratos</i>
Tít. 2º: <i>De la comunidad y partición de herencia</i>	
Tít. 3º: <i>De las obligaciones que nacen de delitos o</i>	

Lo que aquí cabe destacar es la siguiente secuencia común de materias: cauciones, cuasicontratos, extinción de obligaciones, que es totalmente ajena al código francés, pues más bien se inspira en el orden de materias de las *Institutiones* de Justiniano:

Lib. III

Tit. 20: *De fideiussoribus*

Tit. 27: *De obligationibus quasi ex contractu*

Tít. 29: *Quibus modis obligatio tollitur*

3. Las sucesivas comisiones codificadoras que intervinieron en la redacción del código no dejaron notas que proporcionen datos acerca de las fuentes usadas, por lo que sólo un estudio comparativo puede arrojar luz acerca de este tema, que no ha sido hecho más que en general. Con todo se puede decir lo que sigue.

Primeramente, la afirmación de que este código copió al francés es absolutamente falsa. Ya se ha visto que en cuanto al sistema general, hay diferencias radicales derivadas de decisiones de fondo. Incluso los ejemplos concretos ofrecidos de algunas partes de ese sistema muestran esas diferencias. Si hay similitudes, algunas se originan en el hecho de que, después de todo, el sistema gayano-justiniano también está en la base del código francés. Por lo demás, el cotejo textual muestra que: “Las diferencias entre el Código del 52 y el código francés son resaltantes en múltiples tópicos. Entre ellos: prodigalidad, ausencia, clérigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela..., filiación, semovientes, posesión, invención, usucapión de muebles, prescripción libetaroria, donación..., testamentos con facilidad para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredación total (desconocida en Francia), sustitución de herederos, comunidad de bienes del régimen matrimonial, gananciales, parefinales, reservas, lesión, retracto, etc.”<sup>712</sup>.

Claro lo anterior, ello, sin embargo, no significa en modo alguno que ese cuerpo legal no haya influido en el peruano. Por el contrario, hay diversas disposiciones suyas y hasta partes completas que fueron inspiradas por aquél. Así, por ejemplo, el tít. 3º: *De los requisitos esenciales de los contratos* (artículos 1.235 ss.) de la sección primera del lib. III del código peruano, tiene por fondo claramente perceptible al cap. 2º: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* (artículos 1.108 ss.), del tít. III del lib. III del *Code Civil*; pero no se trata de una mera traducción.

---

<sup>712</sup> BASADRE, Jorge, *Historia* cit. (n. 684), pp. 358.

Bajo ciertos respectos, el código de 1852 fue muy tradicionalista: ello se observa desde luego en la fijación de un estatuto de la esclavitud (lib. I, sec. 2º, tít. 5º: *De los ingenuos, siervos y libertos*; tít. 6º: *De la manumisión*), explicable porque en 1852 el Perú aun no abolía esa institución y no competía al código hacerlo; eso, junto al hecho de también haber dedicado una reglamentación a los clérigos (lib. I, sec. 2º, tít. 4º: *De los clérigos*), permite afirmar que a este cuerpo legal aun resultaba algo ajena la idea moderna de la unidad del sujeto de derecho. El aludido tradicionalismo también se observa en la regulación de instituciones antiguas como las capellanías y el patronato (lib. II, sec. 7º, títulos 1º y 2º) y los censos (lib. III, sec. 5º, tít. 4º).

Desde el punto de vista formal, el código del Perú de 1852 ofrece una muy correcto estilo literario y un diseño que satisface plenamente los cánones de la moderna ciencia de la legislación.

### **§ 27. El Proyecto de Código civil del Perú de 1847 en el estado granadino de Magdalena (Colombia, 1857): el Código civil de Magdalena I<sup>713</sup>**

En 1853, el jurista granadino nacido en Panamá, Justo Arosemena (1817-1896), presentó al Congreso de la Confederación Granadina (futura Colombia, a la que entonces pertenecía Panamá), un *Proyecto de Código Civil*, que no resultó aprobado<sup>714</sup>. Pero años más tarde, la Asamblea del Estado de Magdalena, miembro de la confederación que había sido creado en 1857, y que, de acuerdo con la ley federativa de 1855, poseía, como todos los demás estados, competencia legislativa en materia civil, aprobó un *Código Civil* para ese estado por ley de 12 de diciembre de 1857, que fue promulgado el 18 de diciembre del mismo año. La citada ley decía en su artículo 1º: “*Los proyectos de Código Civil, Penal de Organización judicial y de Procedimientos en asuntos civiles y criminales, presentados al Congreso Nacional de 1853, por el ciudadano Justo Arosemena... serán publicados como leyes del Estado*”<sup>715</sup>. De esta manera, la ley reconocía que el código que sancionaba era el proyecto que Arosemena había presentado en 1853; aunque con modificaciones, pues agregaba que esa sanción había sido con “*las variaciones que ella [la Asamblea de Magdalena] ha aprobado*”.

---

<sup>713</sup> Lit.: NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil que rigió en Colombia*, como apéndice a: EL MISMO, *Estudio de las obligaciones naturales* (Bogotá, Temis, 1980), pp. 139 ss. (agradezco al Profesor Carlos Ignacio Jaramillo, de la Universidad Xaverian de Bogotá por poder disponer de este artículo); MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en VV. AA., *100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, 1987), pp. 187 ss. = *RChHD*. 14 (Santiago, 1991), pp. 291 ss.; CUESTAS, Carlos, *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*, en *Revista Brasileira de Direito Comparado* 7 (Rio de Janeiro, 1992) 12, pp. 63 ss. (debo a la gentileza del autor poder disponer de la primera versión de este último escrito; y a la del profesor Aloysio Surgik, de la Universidad de Curitiba, el tener la segunda); este trabajo se ve ahora también en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 121 ss.; cfr. EL MISMO, *El concepto de persona en el Proyecto de Código Civil de Justo Arosemena*, en *Boletín de la Asociación Venezolana para el Estudio y Difusión del Derecho Romano* N° 4 (1997-1998), pp. 65 ss.

<sup>714</sup> Vid. infra § 31, II.

<sup>715</sup> El texto en NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil* cit. (n. 713), p. 140, n. 3.



Ahora bien, para componer su proyecto de 1853, después aprobado por el Estado de Magdalena, Arosemena siguió el sistema y el articulado del *Proyecto de Código Civil del Perú* de 1847, con algunas supresiones y alteraciones formales. Baste esto por ahora, pues más adelante discutiremos en detalle esta afirmación<sup>716</sup>.

La vigencia del código de 1857 duró hasta 1866, en que por la ley N° 39, de 29 de octubre de tal año, emitida por la Asamblea Soberana de Magdalena, se lo reemplazó por el código del Estado de Cundinamarca, que, a su vez, era el chileno levemente modificado<sup>717</sup>.

## **§ 28. *El Código civil del Perú II de 1852 en Guatemala: El Código civil de la República de Guatemala I (1877)***

### **I. Formación del Código Civil<sup>718</sup>**

1. En la época indiana, Guatemala era el nombre común de todo el territorio de Centroamérica, con excepción de Panamá y de Chiapas al sur de México, organizado como Capitanía General o Reino de Guatemala y con capital en la ciudad del mismo nombre. En ésta se proclamó la independencia de toda la Capitanía General el 15 de septiembre de 1821, como un corolario de la Independencia de México, a cuyo Imperio presidido por Agustín de Iturbide se sometió en 1822, para independizarse al año siguiente y constituir una República Federal de Centroamérica en 1824, con Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Costa Rica. En 1844, Guatemala se separó de derecho de la República Federal, que desde hacía una década, sin embargo, ya no funcionaba de hecho.

2. La Constitución de Cádiz de 1812 fue jurada en la ciudad de Guatemala el 25 de agosto de 1813<sup>719</sup>; y su artículo 258, que prescribía la formación de códigos civil y criminal fue así el primer antecedente sobre la materia en el país. Pero la codificación civil efectiva, a diferencia de Costa Rica, desde luego, pero también de El Salvador, tardó en sobrevenir. Con todo, Guatemala se adelantó en otras ramas, propiamente en la penal, con la adopción de los códigos que Edward Livingston había proyectado, aunque sin éxito, para la Luisiana. Este acontecimiento reviste importancia para nuestro tema, porque en medio de él se impulsó asimismo la codificación civil.

Livingston<sup>720</sup>, quien observaba con interés el experimento federalista de las antiguas secciones de la Capitanía General de Guatemala, ofreció en 1829 al futuro Presidente

---

<sup>716</sup> Infra § 31, II.

<sup>717</sup> Vid. infra § 31, III, 4 j).

<sup>718</sup> Lit.: BELTRANENA, María Luisa, *Lecciones de derecho civil* (Guatemala, s. d.), pp. 27 ss., que debo a la gentileza de la autora.

<sup>719</sup> Texto del acta de la jura: en GALLARDO, Ricardo, *Las constituciones de la República Federal de Centroamérica* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1958), Vol. I, pp. 885 s.

<sup>720</sup> Lo que sigue en: MONTÚFAR, Lorenzo, *Reseña histórica de Centro América* (Guatemala, El Progreso, 1878), Vol. II, pp. 289-295; 333-349, Vol. III (1879), pp. 63-85. En especial: RODRÍGUEZ, Mario, *The Livingston Codes in the Guatemalan Crisis of 1837-1838*, en VV. AA., *Applied*

Provisional del Estado de Guatemala, José Francisco Barrundia, su trabajo titulado *System of Penal Law*. Se trataba de un proyecto de codificación penal, procesal penal y penitenciaria, que estaba integrado por cinco proyectos de cuerpos legales: *Code of Crimes and Punishment*, *Code of Procedure*, *Code of Evidence* y *Code of Reform and Prison Discipline*, más un *Book of Definition*. Livingston lo había redactado entre 1820 y 1826, por encargo de la Legislatura del Estado de Luisiana, la cual empero, una vez que lo conoció en este último año, lo rechazó. Con todo, la publicación del fracasado trabajo proporcionó una gran fama intelectual a su autor.

Barrundia convenció al Presidente Federal Francisco Morazán de la bondad de la empresa de adoptar los códigos ofrecidos, y se dio personalmente a la tarea de traducir esos textos con la ayuda de José Antonio de Azmitia. Finalmente fueron aprobados para Guatemala: en 1834 el *Code of Crimes and Punishment* y el *Code of Reform and Prison Discipline*; en 1835, el *Code of Procedure*; y en 1836, el *Code of Evidence* y el *Book of Definition*. Se los editó a fines de 1836 y debían empezar a regir desde el 1 de enero de 1837. Estos cuerpos fueron paradigmáticos para el gobierno liberal que regía en la República Federal y en el Estado de Guatemala, en cuanto se creía que aseguraban el ejercicio de las libertades civiles, sobre todo gracias al juicio por jurados sobre el que se basaban, y que constituían una firme cortapisa a la arbitrariedad judicial. Además, se pensaba en que una vez asentados en Guatemala, los demás miembros de la Federación habrían de seguir su ejemplo.

Entretanto, en 1836 la Legislatura guatemalteca encargó a Miguel Larreinaga la preparación de un código civil concordante con el sistema liberal de los códigos de Livingston. Para ello, se instruyó al comisionado en orden a que siguiera el modelo del Código Civil de la Luisiana de 1825, porque en su confección había intervenido el propio Livingston y porque se lo sabía redactado bajo la inspiración cercana de la codificación francesa, que hasta ese momento la Legislatura miraba como posible de adoptar y en cuya revisión estaba empeñada<sup>721</sup>. Este empeño, sin embargo, no tuvo resultados.

La legislación livingstoniana fue un completo fracaso en Guatemala. Con más prudencia habrían quizá obrado los luisianos al rechazarla en 1826. En efecto, el tecnicismo de aquella resultó inaplicable en un país con gran población de stirpe indígena, que no sabía leer, que escasamente comprendía el castellano y que no se encontraba dispuesta a perder el tiempo integrando jurados. Además, como paradigmática era para los liberales, aberrante era para los conservadores y los eclesiásticos. Y de esta manera, poco a poco se fueron haciendo blanco de los ataques de esta oposición conservadora y clerical. Un cúmulo de acontecimientos laterales convenció incluso a los círculos gobernantes de su inadaptación al país, hasta que en marzo de 1838 fue suspendida indefinidamente la vigencia de los códigos de Livingston.

---

*Enlightenment. 19<sup>th</sup> century Liberalism* (1955, 2<sup>a</sup> ed., New Orleans, Tulane University, 1972). Debo una copia de este trabajo, difícil de encontrar incluso en la biblioteca del Congreso de los EE. UU. de N. A., a la tenacidad de mi antiguo estudiante Alec Gallaher.

<sup>721</sup> La noticia en RODRÍGUEZ, Mario, *The Livingston Codes* cit. (n. 720), p. 13. El autor dice que a la sazón, la Legislatura de Guatemala llevaba revisados y aprobados 500 artículos del código francés. Desgraciadamente no he podido encontrar datos más abundantes sobre el tema.

3. El asunto tardó mucho tiempo en ser retomado. Solo en 1875, un “acuerdo” (decreto) del Presidente Justo Rufino Barrios, de fecha 26 de julio de ese año, designó una comisión integrada por el Ministro de la Gobernación Marco Aurelio Soto, y los licenciados Lorenzo Montúfar, José Berberena, Ignacio Gómez, Valero Pujol y Carlos Murga, a quienes se agregaron después los licenciados José Salazar y Joaquín Macal, con el encargo de redactar los Códigos Civil y de Procedimientos. Un estado de guerra que afectó a Guatemala con El Salvador obligó a la Comisión a suspender sus trabajos, que fueron reiniciados en seguimiento de un nuevo decreto, de 29 de septiembre de 1876, por una nueva comisión integrada por Montúfar, Pujol, Salazar, Murga y Macal (quien no concurrió a la terminación por ausencia). El 5 de febrero de 1877 esta Comisión pudo presentar un *Proyecto de Código Civil* (y otro de *Código de Procedimientos Civiles*). En mérito de ellos, el Presidente Barrios emitió el decreto N° 175, de 8 de marzo de 1877, con el cual promulgó el proyecto como *Código Civil de la República de Guatemala* (también el de *Procedimientos Civiles*), para que rigiera desde el 15 de septiembre del mismo año. La edición príncipe se hizo en el mismo año en Guatemala<sup>722</sup>. Paralelamente se iba confeccionando el *Código de Comercio*, que fue promulgado también en 1877.

## II. El Código Civil de la República de Guatemala I (1877)

1. El código de 1877 consta de un *Título Preliminar* y 3 libros, como siguen: I: *De las personas*; II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; y III: *De las obligaciones y contratos*, con un total de 2.444 artículos.

La Comisión Codificadora, en el informe con que acompañó el proyecto al enviarlo al Presidente de la República, dijo no tratarse de “*una obra perfecta ni enteramente original*, y se excusó invocando como argumento el escaso tiempo con que contó para realizar su trabajo y las diversas ocupaciones de los integrantes. Dijo, además, haber “*tenido a la vista los Códigos de Francia, Portugal, Bélgica y otras naciones europeas y diferentes proyectos españoles*” y haber “*consultado los códigos de Chile, el Perú, Colombia, Méjico, San Salvador, Costa Rica y otras repúblicas continentales*”; pero sostuvo haber “*dictado artículos, párrafos y tratados enteros, ya para llenar vacíos de otras legislaciones, ya para sustituir lo inadaptables de ellos, ya, en fin, para dar coordinación y unidad a las materias*”<sup>723</sup>.

2. El cotejo textual muestra, no obstante, que el cuerpo principal del código de 1877 pertenece al *Código Civil del Perú* de 1852, lo que parece no haber sido observado hasta ahora.

Desde luego, el sistema es el mismo, pues el de este último se organiza así, como se recordará: *Título preliminar*; lib. I: *De las personas y de sus derechos*; lib. II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*;

---

<sup>722</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>723</sup> Los textos citados en *Informe de la Comisión Codificadora al Señor Presidente de la República, de 5 de febrero de 1877*, en la edición del *Código Civil de la República de Guatemala* (Guatemala, 1877), p. I.

lib. III: *De las obligaciones y contratos.*; y en el guatemalteco solo se observa una leve diferencia en la rúbrica del libro I, que solo reza: *De las personas.* En el interior de cada libro, el orden de las materias es idéntico en ambos códigos y lo mismo ocurre con las rúbricas de cada división. Pero lo más importante es que también la redacción del grueso del articulado es igual en los dos códigos, como una comparación particularizada nos lo ha demostrado.

Ello no quita que la Comisión Codificadora no haya introducido algunas modificaciones a su modelo, como lo dejó dicho en el precitado informe; así, por ejemplo, suprimió todo lo relativo a la esclavitud, a las capellanías y a los patronatos que ahí había. Tampoco quita que no haya completado lo que en ese modelo hacía defecto; pero lo hizo recurriendo a otros modelos. De esta forma, por ejemplo, del código mexicano de 1870 tomó el tít. IX de su libro III: *De la graduación de los acreedores* y lo transcribió como tít. XIV de su lib. III, con la misma rúbrica, porque el código peruano no trataba la materia. Como éste tampoco nada decía sobre la cesión de bienes de los acreedores ni sobre el beneficio de competencia, la Comisión tomó los párrafos 9 y 10 del tít. XIV del lib. IV del código chileno, que respectivamente regulan aquellas figuras, y los convirtió en sendos títulos XII y XIII del lib. III del código guatemalteco. La misma operación cumplió con la materia de la interpretación de la ley, que fue extraída del párrafo 6 del *Título preliminar* chileno y llevada al párrafo 1 del tít. XV del código de 1877, etc.

Todo lo cual no impide juzgar a la codificación guatemalteca de 1877 como un caso de adopción del código peruano, aunque con integraciones provenientes de otros códigos.

Cabe preguntarse la razón por la cual Guatemala adoptó el código peruano en 1877 cuando tenía a su disposición el chileno de 1855, que ya había sido acogido por dos de sus vecinos: El Salvador en 1859 y Nicaragua en 1871. Pero quizá este mismo hecho dé la respuesta: la adopción del código chileno en esos países fue obra de gobiernos conservadores, mientras que el Presidente guatemalteco Rufino Barrios y su gobierno fueron liberales. De esta manera, convertido el código chileno en una suerte de símbolo conservador, por oposición Barrios no podía seguir el camino de sus vecinos, por más que el código peruano era incluso más tradicionalista que el chileno.

En el resto, este cuerpo legal rigió hasta el 30 de junio de 1933, fecha en que empezó su vigencia otro que lo sustituyó<sup>724</sup>.

---

<sup>724</sup> Vid. infra § 55.

## **Capítulo cuarto: La madurez del movimiento por la codificación: El Código civil de la República de Chile y su irradiación iberoamericana**

### **Sección primera: La codificación del derecho civil en Chile<sup>725</sup>**

#### **§ 29. El Código civil de la República de Chile**

##### **I. Los esfuerzos por la codificación del derecho civil en Chile hasta 1833**

1. El movimiento que habría de conducir a la independencia de la Capitanía General de Chile, dependiente del Virreinato del Perú, se inició el 18 de septiembre de 1810, con la erección de una Junta de Gobierno. Una larga guerra permitió finalmente proclamar la independencia el 1 de enero de 1818 y manifestarla el 12 de febrero del mismo año. En ese mismo año se dictó una Constitución Provisoria, que fue reemplazada por otra definitiva en una Convención celebrada en 1822. Desde 1823 el país entró en un período de inestabilidad política, superado en 1830. A partir de entonces, merced a la obra del Ministro Diego Portales, pudo instalarse un gobierno plenamente institucionalizado, que encontró su marco legal en la Constitución aprobada en 1833 (y que rigió al país hasta 1980, con una vasta reforma en 1925). En 1829 llegó a Chile el sabio venezolano Andrés Bello<sup>726</sup>, para radicarse definitivamente en él e incorporarse en

---

<sup>725</sup> Lit.: Como obra de conjunto, es fundamental: GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), Vol. I, 569 pp.; Vol. II: *Fuentes*, 436 pp. (en este segundo tomo se reúnen, pues, todas las fuentes primarias concernientes a la historia de la codificación civil chilena). Por otra parte, la literatura anterior y posterior es vastísima y no podría ser citada aquí. Pero ella ha sido recogida en: GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República*, VII: *Ensayo de una bibliografía*, en *REHJ.* 3 (Valparaíso, 1978), pp. 325 ss. = *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 7 (Florenca, 1979), pp. 601 ss.; EL MISMO, *Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (1978–1988)*, en *REHJ.* 12 (Valparaíso, 1987–1988), pp. 363 ss. Vid. la nota siguiente. Con posterioridad a 1988, se tiene: NELLE, Dietrich, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung der chilenischen Zivilgesetzbuch von Andrés Bello* (Neuwied-Frankfurt, Metzner, 1990). En todo caso, se citarán en el lugar pertinente los trabajos principales.

<sup>726</sup> La literatura sobre Bello en cuanto jurista es muy amplia; vid. la recogida en: GUZMÁN, Alejandro, *Bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista*, en *Archivio Giuridico* 195 (Bologna, 1978), pp. 145 ss.; EL MISMO, *Nuevo ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista (1978–1988)*, en *REHJ.* 12 (1987–1988), pp. 357 ss. Sobre la vida y la obra de este personaje: desde luego el libro clásico de AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *Vida de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro. J. Ramírez, 1882); también CALDERA, Rafael, *Andrés Bello (1935, varias ediciones, pero Caracas, Monteavila, 1978)*; SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Vida de Bello*, en VV. AA., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), pp. 11 ss.; ahora: MURILLO RUBIERA, Fernando, *Andrés Bello: historia de una vida y de una obra* (Caracas, La Casa de Bello, 1986). Con ocasión del bicentenario del nacimiento de Bello en 1982, se realizaron varios congresos internacionales, destinados a tratar los diversos aspectos de la personalidad cultural multifacética de este sabio y también por cierto, el jurídico; se trata de: *Bello y Caracas. Primer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1979); *Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1980), 2 Vols.; *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), 2 Vols.; *Bello y la América Latina. Cuarto Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de

su sociedad, al punto de recibir la nacionalidad por ley en 1832. Desde 1834 ocupó el cargo de Oficial Mayor (Subsecretario) del Ministerio de Relaciones Exteriores y en 1837 fue elegido senador, cargo en el que permaneció hasta poco antes de su muerte en 1865

2. El movimiento por la codificación del derecho se inició en Chile con un discurso del día 23 de julio de 1822, del entonces Director Supremo Bernardo O'Higgins, en cuya parte pertinente decía: “*Sabéis cuán necesaria es la reformación de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores*”<sup>727</sup>. A partir de entonces se sucedió una serie de proposiciones y planes de fijación, en una cantidad que no alcanzó similitud en ninguna otra parte de América, salvo, pero lejanamente, en la (Gran) Colombia bolivariana y en Venezuela. Ninguno de ellos, empero, rindió los frutos deseados, si bien algunos resultaron formalmente aprobados por las cámaras legislativas. La etapa que se abre en 1822 con el citado discurso de O'Higgins<sup>728</sup> terminó en 1833, año en que fue presentado a la Cámara de Diputado un proyecto de ley original de Manuel C. Vial, y que se examinará después. Esta etapa entre 1822 y 1833, que podemos denominar “etapa del planteamiento de la fijación”, se caracterizó por tres actitudes bien definidas: la crítica acerca del estado y del carácter de la legislación heredada de la monarquía<sup>729</sup>; la manifestación del ideal de sustituir dicha legislación por códigos nacionales; y el debate en torno a la forma de componer dichos códigos, su contenido y la relación de este último con la antigua legislación castellano-indiana.

Por lo que atañe al primer punto, terminó por generarse un cierto consenso en torno a la bondad sustancial del derecho privado de Castilla todavía vigente en Chile. En lo relativo al segundo, el consenso estribó en la decisión de sustituir los cuerpos españoles por códigos en principio elaborados en el mismo país: la proposición de O'Higgins, de mandar traducir los códigos napoleónicos y promulgarlos como chilenos, no tuvo la menor acogida ni fue reiterada; de ahí en adelante todo plan fijador que hubo de proponerse partía del supuesto de la elaboración de códigos fundados en el derecho patrio. También hubo consenso en torno a cómo debía procederse a la elaboración de tales códigos.

---

Bello, 1982). Exclusivamente dedicados al derecho: *Congreso Internacional 'Andrés Bello y el derecho'* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982); *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional* (Caracas, La Casa de Bello, 1987).

<sup>727</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 4, p.14.

<sup>728</sup> Sobre la periodificación: GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, I: *La época de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, en *Historia* 14 (Santiago 1979), pp. 315 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello codificador*, vol. I, pp. 27 ss.

<sup>729</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VIII: *Crítica al derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX*, en *REHJ.* 5 (1980), pp. 267 ss.

En el curso de esta etapa se plantearon cinco tendencias en torno al problema de la fijación del derecho civil en Chile<sup>730</sup>, que analizaremos de modo separado a través de los proyectos que las representaron.

3. La primera tendencia tuvo alcances restringidos, porque se limitaba a pronunciarse tan sólo en relación con el nuevo derecho propiamente nacional<sup>731</sup>, esto es, con aquel generado por las potestades sucesoras del antiguo monarca español en el territorio del antiguo Reino y ahora República de Chile. Incluso más, pues el alcance limitado de esta tendencia se refirió también a que no pretendía una fijación del derecho civil, por la razón de que la legislación nacional durante la época en que la tendencia que analizamos hubo de manifestarse sólo en escasa medida había tocado puntos de derecho privado. Con todo, la presentamos aquí en igual pie que las restantes, porque al menos en cuanto a la forma de concebir la fijación, guardaba ella consonancia con otras tendencias propiamente concernientes a la fijación del derecho civil.

Esta primera tendencia quería, pues, la compilación del derecho nacional y se expresó inicialmente en una ley propuesta por José A. Eyzaguirre y después, en un decreto del Director Supremo Ramón Freire.

a) El proyecto de Eyzaguirre fue presentado al Congreso Constituyente en su sesión del día 17 de noviembre de 1823<sup>732</sup>. En el preámbulo con que su autor acompañó dicho proyecto, se hacía ver que las disposiciones legales de la patria sufrían el mismo proceso que antes había afectado a la legislación del antiguo régimen en cuanto, por no existir un permanente sistema recopilador de disposiciones, una vez dictadas éstas caían en el olvido, impidiendo a la juventud estudiosa el poder instruirse en el derecho patrio y a los jueces el hallar las fuentes que debían aplicar. Como remedio al mal, Eyzaguirre sugería que la Comisión de Legislación del Congreso u otra designada especialmente por éste, quedare encargada de registrar las fuentes en que estaban dispersas las disposiciones legales patrias vigentes y de reducirlas a un código legislativo.

El proyecto ofrecía dos alternativas para éste. Una consistía en disponer las leyes vigentes según un orden alfabético de materias, siguiendo el modelo de una célebre enciclopedia de la época, el *Teatro de la legislación* de Xavier Pérez y López. La técnica era muy simple y desde el punto de vista del concepto de fijación, reducíase a cumplir con un requisito mínimo de sistematización. La segunda alternativa, en cambio, seguía el modelo tradicional de las recopilaciones españolas, pues distribuía las diferentes leyes en libros y títulos, muy probablemente pensando en no dar a cada ley una numeración correlativa y tampoco en modificar su contenido; pero era más compleja que la primera, si bien todavía se mantenía dentro de los cánones de la tradición fijadora del antiguo régimen.

---

<sup>730</sup> GUZMÁN, Alejandro, *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho*, en *Studi Sassaresi* serie 3 N° 5: *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Sassari, 1981), pp. 139 ss. = *Atenea* 443-444 (Concepción, 1981), pp. 239 ss.

<sup>731</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Crítica al derecho patrio y proyectos para su fijación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 3 (Valparaíso, 1979), pp. 67 ss.

<sup>732</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 6-9, p. 21 s.

Para prevenir el retorno al vicioso sistema que se trataba de remediar, el proyecto de Eyzaguirre disponía que en lo sucesivo toda nueva ley debería indicar la letra del orden alfabético o el título y el libro en que debía insertarse y le negada fuerza si, pasados dos meses desde su promulgación, no resultare efectivamente agregada al código.

El proyecto fue aprobado y la comisión incluso designada, pero nada hizo ésta.

b) El decreto de 2 de julio de 1825, firmado por Ramón Freire<sup>733</sup>, a la sazón Director Supremo de Chile, era más parco en sus planteamientos y menos explícito en la concepción de la obra que mandaba componer. Esta última consistía en un código nacional destinado a compilar todas las disposiciones dadas desde el principio de la revolución, esto es, de la guerra civil de Independencia, para los diversos ramos de la administración del Gobierno. Declaraba que una tarea así competía a la Corte Suprema de Justicia y disponía que se le oficiase a fin de que, sin mayor dilación, procediera a ella, fuera que el trabajo lo asumieran todos sus miembros, fuera que uno de ellos por encargo del organismo todo, prometiendo en ambos casos el auxilio del Gobierno para llevar a feliz término la tarea. No hay constancia de que la Corte Suprema haya avanzado algo en la tarea que se le encomendó

4. La segunda tendencia fijadora propia de la etapa, como todas las que enseguida continuaremos estudiando, incidieron ya en el derecho privado si bien no dejaron algunas de extender sus ramificaciones hacia el penal. Ella quedó representada por Bernardo O'Higgins y por Santiago Muñoz de Bezanilla. Carácter común a esta postura es el total o parcial rechazo a tener en cuenta el derecho español en la fijación y su optimista recurso al derecho francés.

a) En su discurso pronunciado el 23 de julio de 1822 ante la Convención Preparatoria del Congreso Constituyente, el Director Supremo O'Higgins, en un texto que ya ha sido citado<sup>734</sup>, proponía la traducción de los códigos napoleónicos y su adopción inmediata en reemplazo de los españoles. Naturalmente, ésta era una posición extrema que incluso en cierta medida contravenía al concepto mismo de fijación, aproximándose más al de adopción. Sólo formalmente se permanecía todavía dentro de la idea de fijación, en cuanto efectivamente se trataba de dar al nuevo país un derecho ya fijado, en este caso, un derecho extranjero.

b) Una actitud más moderada habría de sostener el diputado al Congreso Constituyente Santiago Muñoz de Bezanilla, quien en la sesión del 29 de julio de 1826 celebrada por el mencionado cuerpo legislativo, presentó un proyecto de ley para reformar el código civil y criminal. El proyecto de Bezanilla<sup>735</sup> proponía una reforma de dicha legislación que debía llevarse a cabo bajo dos supuestos, uno formal y otro material.

Formalmente se trataba de reducir toda esa legislación a un solo volumen, simplificando la tramitación forense hasta el extremo de reducirla a muy pocas

---

<sup>733</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 11, p. 24.

<sup>734</sup> Vid. supra § 29, I, 2.

<sup>735</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 12-13, p. 25 s.; cfr. N°15, p. 27 ss.



ritualidades. En este sentido, pues, Bezanilla sugería la composición de un verdadero código procesal. Sustancialmente, y es éste el punto que nos interesa, Bezanilla proponía tener a la vista los códigos civil y criminal llamados de Napoleón, para tomar de ellos todo lo aceptable y adaptable. Por tal razón es que su proyecto se insertaba en la misma corriente en que hemos situado el de O'Higgins. Pero hay que tener presente que Bezanilla se apartaba un tanto de la postura de aquél, en cuanto se limitaba a proponer que los códigos napoleónicos se tuvieran a la vista para tomar de ellos lo adaptable. Y volvía a apartarse en cuanto también proponía el uso de los códigos que habían regido en Chile, es decir, los españoles y otros que estuvieran en práctica en otras naciones. Una perspectiva más general y realista dominaba, pues, al plan de Bezanilla, si bien en él se nota la tendencia a conceder mayor autoridad a los códigos franceses.

5. Una tercera tendencia fijadora insinuada durante la etapa que analizamos consistió en la reforma de la legislación española vigente sin acudir a materiales extraídos del derecho extranjero. Su expresión más pura está representada por el proyecto propuesto a la Cámara de Diputados el 14 de octubre de 1831 por Gabriel J. Tocornal<sup>736</sup>. En él Tocornal sugería proceder a una revisión del código de las *Siete Partidas*, suprimiendo leyes, reformando o aumentando otras para que todas estuvieran en consonancia con las instituciones del país, cuidándose de anotar de dónde era tomada la ley que se adicionaba o reformaba. Del extenso escrito justificativo con que Tocornal acompañó su proyecto, se puede concluir que aquello que este diputado proponía no era otra cosa que la conservación del viejo código medieval de las *Siete Partidas* en las partes dispositivas de sus distintas leyes, con eliminación de los preámbulos, las citas de autores, santos padres, escritores de la antigüedad y de la Biblia y con resolución de las dudas que los intérpretes habían planteado y solucionado de diversa manera. En suma, Tocornal proponía redactar las *Siete Partidas* de acuerdo con la moderna técnica codificadora. Expresamente se rehusaba él a acudir a las legislaciones extranjeras y a tomar como modelo a otros códigos. Tocornal deseaba que el derecho que por siglos había regido en Chile siguiera rigiendo, previa una revisión y una reforma que lo adecuara a las modernas exigencias.

6. La tendencia que corresponde analizar enseguida, que se caracterizó por impulsar la fijación fundada en principios generales, tuvo dos manifestaciones.

a) La primera correspondió a un proyecto de Ramón Vicuña presentado al Congreso Constituyente en su sesión de 28 de marzo de 1828<sup>737</sup>, por el cual se proponía, por un lado, crear una comisión de jurisconsultos para que en el término de un año redactase un proyecto de legislación civil y criminal; por otro, abrir un concurso de proyectos de una tal legislación, dotado con un premio. Como normas comunes a ambos proyectos, se indicaba el modo de componer los proyectos en nivel de ciertos principios extraídos de la ciencia de la legislación. La moción de Vicuña no prosperó

b) La segunda tuvo su origen formal en el Poder Ejecutivo. Mediante un oficio dirigido al Senado por el Vicepresidente de la República, Fernando Errázuriz, el 8 de

---

<sup>736</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 53 anexo 649, p. 87 s. y N° 54, p. 91ss,

<sup>737</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 16, p. 30 s.

julio de 1831, el cual oficio había sido redactado en colaboración por Juan y Mariano Egaña<sup>738</sup>, se incitaba a dicho cuerpo legislativo a componer un proyecto de ley destinado a impulsar la formación de un código de leyes<sup>739</sup>. Ciertamente es que en el citado oficio todavía no se aclaraba el sentido que tenía para sus redactores el concepto de “formación de un código de leyes”, debido a lo cual el Senado consultó al Ejecutivo sobre el modo en que pensaba encargarse de la empresa. En un segundo oficio del Ejecutivo, firmado por el Vicepresidente Errázuriz y por el Ministro Diego Portales, el día 2 de agosto de 1831, pero también redactado por los Egaña, los conceptos aparecían más depurados: esos códigos debían concernir a las materias civil y penal, procesal civil y procesal penal; quedaba excluida la idea de una recopilación de las leyes de Castilla e Indias; y los nuevos códigos debían acomodarse a los que por entonces ya regían en los pueblos más ilustrados de Europa. Esta tendencia, pues, se entronca en parte con la que había manifestado Muñoz de Bezanilla años antes, si bien no se nota aquí la fe que el citado diputado aún mantenía respecto de los códigos napoleónicos, pues el Ejecutivo (los Egaña) miraba más ampliamente a las codificaciones europeas en general. Por otro lado, y a diferencia de Bezanilla, este plan fijador repudiaba íntegramente la legislación castellano-indiana.

Este proyecto fue el que concitó más atención y debate en las cámaras legislativas; pero tampoco alcanzó éxito.

7. La última tendencia del período, que por lo demás lo cierra, constituye en cierta medida un resumen y combinación de las principales posturas que hasta entonces se habían manifestado. Ella está representada por el proyecto propuesto a la Cámara de Diputados por Manuel C. Vial el 14 de junio de 1833<sup>740</sup>. Vial sugería, en primer lugar, la compilación del derecho patrio y castellano vigentes, vertiendo tan sólo la parte dispositiva de las leyes en un lenguaje sencillo y claro, añadiendo para suplir lo que en aquella faltaba, las reglas suministradas por los glosadores y tratadistas más acreditados y citando al fin de cada artículo la fuente de donde había sido éste tomado. Con tales ideas, el proyecto de Vial se sumaba a la tendencia reformadora de los códigos y leyes vigentes, es decir, asumía, por un lado, las posturas de Eyzaguirre y Freire en cuanto también extendía la fijación propuesta al derecho patrio; y por otro, la de Tocornal, en cuanto se limitaba a una reforma del derecho español. Pero Vial también planteaba que, al término de tal labor, la cual conducía a la elaboración de un código, una nueva comisión debía proponer todas las reformas de fondo que los tiempos hicieran necesarias. Con esta segunda fase de su plan, Vial hacía suya la tendencia innovadora representada antes por el proyecto fijador del Ejecutivo. De esta manera, Vial combinaba al mismo tiempo las ideas de formación y reformación de los códigos

8. Fue con motivo de este proyecto que Bello pudo manifestar por vez primera su pensamiento en torno a la fijación del derecho. En efecto, en un artículo publicado en *El*

---

<sup>738</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, XI: *Sobre la autoría intelectual de cinco piezas concernientes a la historia de la codificación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 5 (Valparaíso 1981), pp. 11 ss.

<sup>739</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificó*. II: *Fuentes* N° 23-56, p. 55 s.

<sup>740</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificó*. II: *Fuentes* N° 57, p. 100 s.

Araucano N° 146, de 28 de junio de 1833<sup>741</sup>, defendía aquél el citado proyecto y explicaba sus alcances. Luego de introducir el tema con algunas palabras destinadas a reafirmar la necesidad de sustituir los viejos códigos españoles, Bello distinguía en el proyecto de Vial dos objetos, que denominaba “codificación” y “reforma del derecho”. Dice textualmente: *“La forma bajo la cual se ha presentado ahora el proyecto de codificación de la Cámara de Diputados nos parece la más a propósito para realizarlo. Casi siempre que hemos oído hablar de codificación nos ha asaltado el recelo de que no se tomase el único partido capaz de conducir al fin que se desea. El plan de codificación debe en nuestro concepto separarse cuidadosamente del plan de reforma. Amalgamar desde el principio uno y otro, sería luchar de frente con todas las dificultades a un tiempo y engolfarnos desde luego en el vasto piélago de las especulaciones en que son tantos y tan temibles los escollos”*. En seguida pasa a definir qué entiende por codificación, y dice: *“Reducidas las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y de frases redundantes, sin la multitud de vocablos o de locuciones desusadas, que ahora las embrollan y oscurecen, descartadas las materias que no han tenido nunca o que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos...”*. La codificación, pues, se basaba, para Bello en el derecho vigente, pero consistía en una operación técnica depuradora de sus imperfecciones externas, o sea, en una consolidación de lo existente. La idea de reforma sustancial estaba ausente. Por su parte, la reforma era concebida como una operación bastante abstracta, pues consistía en *“formar un nuevo sistema de leyes, corrigiendo todas aquellas partes del sistema actual que no estuviesen de acuerdo con los principios teóricos de la persona a quien se encomendase esta grande obra”*; y en simplificar algunas partes de la legislación, llenar sus vacíos e introducir innovaciones exigidas por *“nuestra transformación política”* o recomendadas por *“la humanidad o la filosofía”*. Se trataba, en síntesis, de una *“legislación ideal”* formulada en *“el gabinete de un legislador filósofo”*.

Después pasaba Bello a criticar la posibilidad de realizar a un mismo tiempo la codificación y la reforma, para luego exaltar la idea de primero codificar para sólo después, si resultare posible, reformar.

## **II. Las ideas de Bello sobre codificación entre 1834 y 1839<sup>742</sup>**

1. El proyecto de Vial no tuvo acogida en las cámaras legislativas y desde entonces (1833) hasta aproximadamente 1839, sólo en escasísima medida se volvió a oír hablar de códigos y codificaciones. Este hecho parece demostrar lo siguiente: el debate en torno al tema estaba agotado y ya no cabían nuevas posiciones ni más discusiones. Pareciera que el proyecto de Vial, habiendo resumido las más connotadas tendencias surgidas durante el período, debía dar paso a un proceso de maduración y reflexión que decantase las ideas y condujese a la mejor fórmula de fijación para el país. Precisamente

---

<sup>741</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 58, p. 102 ss.

<sup>742</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, IX: *La evolución del pensamiento de Bello sobre codificación del derecho*, en *REHJ.* 6 (1981), pp. 273 ss = *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), Vol. II, pp. 169 ss.

fue lo que sucedió durante los seis o siete años que siguieron a la falencia del proyecto de Vial hasta el momento en que se presentó y aprobó en 1840 el plan definitivo que habría de conducir al código de 1855.

2. Durante dicha época de escaso debate, se publicaron esporádicamente algunos escritos que abordaron el tema de la fijación; pero ello sucedió en un clima de cierto consenso. La mayoría de aquéllos pertenecieron a Bello y a través de dichos escritos es posible comprobar el modo en que él desarrolló su pensamiento.

En el artículo de 1833 antes citado, con el cual defendió Bello el proyecto de Vial, aceptaba aquél una consolidación del derecho vigente, como primera etapa del proceso, y una revisión posterior; lo cual en el fondo conducía a pensar en dos obras jurídicas diferentes y sucesivas. Pero ya en el discurso presidencial de apertura de sesiones de las cámaras legislativas, que Bello había redactado para ser leído el 1° de junio de 1834, hace exponer al Presidente un plan de fijación en que ocupa un lugar la experiencia adquirida a través de las codificaciones europeas. Ahí, en efecto, se declara que nada impedía aprovecharse de “*tantos materiales preciosos*”, pues los códigos civiles europeos, que después de todo reconocían como fuentes y principios los mismos que la legislación vigente en Chile, habían corregido sus extravíos y la habían simplificado y adaptado a las necesidades de la nueva época<sup>743</sup>. En el discurso presidencial también redactado por Bello para similar ocasión que el anterior, correspondiente al 1° de junio de 1836, aparece más explicada la relación entre el uso de esa legislación extranjera frente al uso de la castellana para la confección del nuevo código. Se lee en dicho discurso: “*La reforma de la legislación civil y criminal es otra obra que caminará a la par, y en que, sin apartarme de las reglas fundamentales que transmitidas por una larga serie de generaciones, se han connaturalizado con nosotros, reglas, además, cuya intrínseca justicia y sabiduría son indisputables, me propongo recomendaros innovaciones accidentales, que modeladas sobre las que se han planteado con buen suceso en muchas partes de Europa, servirán para poner a nuestras leyes en armonía consigo mismas y con nuestra forma de gobierno, y dándoles la simplicidad que les falta, harán más accesible su conocimiento y más fácil su aplicación*”<sup>744</sup>. En este texto se observa un vuelco completo en la manera de concebir la fijación, pues, en efecto, no se distingue ahí la codificación de la reforma, sino que a ambos momentos se los hace partes de una misma actividad: la base sigue siendo la sabia y justa legislación heredada por el país, pero con modificaciones accidentales según los modelos europeos. En consecuencia, la consolidación y la reforma del derecho aparecen aquí unidas en una misma operación. Pero es digno de notarse que la reforma a que alude el Presidente (Bello) no es aquella basada en ideales abstractos, que por lo demás él ya había desechado o postergado en 1833, sino una reforma muy concreta, precisamente la basada en los ensayos ya probados y en las experiencias exitosas de otros países. El resultado de estas ideas fue un nuevo concepto de codificación. Como vimos, ésta se confundía antes con la consolidación del derecho vigente y excluía su reforma. El nuevo concepto, en cambio, involucraba a ambas operaciones en estrecha e inescindible

---

<sup>743</sup> EN GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 66, p.110.

<sup>744</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 85, p. 131.

conexión; él apareció expuesto en el artículo titulado *Reforma judicial* que Bello publicó en *El Araucano* N° 324 de 18 de noviembre de 1836<sup>745</sup>. Sobre el mismo concepto abunda en un artículo posterior publicado ahí mismo el 27 de octubre de 1837, bajo el título de *Sistema de administración de justicia*<sup>746</sup>.

3. Este cambio en la concepción codificadora de Bello hay que considerarlo como un resultado de su propia experiencia de autor de un proyecto articulado de código.

Se sabe que a partir de 1833 ó 1834, Bello recibió el encargo directo del Ministro Diego Portales en orden a redactar un proyecto de código y que aquel cumplió empezando su trabajo con un libro sobre sucesiones y, con posterioridad, con otro sobre obligaciones y contratos; ambos ya estaban terminados en 1840<sup>747</sup>. Entre 1833 y este último año, en consecuencia, Bello se enfrentó con el problema de la codificación de un modo concreto, precisamente redactando parte importante del código. Entonces debió de parecerle que el plan de 1833, en el cual se identificaba la codificación con la consolidación del derecho vigente, era demasiado estrecho y que ya en el curso de esa misma operación se hacían necesarias ciertas reformas. Conducido a la consulta de los códigos europeos por entonces disponibles, le resultó evidente que las reformas necesarias se encontraban ahí, con la ventaja de haber sido puestas en obras, esto es, ensayadas. De este modo, cuanto Bello dice en sus escritos posteriores acerca de la codificación concebida como consolidación y reforma al mismo tiempo, no era más que un trasunto de lo que en la práctica y privadamente venía haciendo y una teoría basada en la experiencia que entonces conducía. Reflejo de esa misma experiencia son algunos artículos suyos en materia sucesoria publicados en la década, y que los editores les han impuesto los siguientes títulos *Sucesión intestada*<sup>748</sup>, *Sucesión de personas que han muerto en un mismo acontecimiento*<sup>749</sup> y *Mejoras de tercio y quinto*<sup>750</sup>. Tales artículos obedecen a lo que expresa al comenzar precisamente el relativo a la comorencia, en donde se lee: “No creemos distante la época en que el congreso se consagre a la importante obra de la codificación de nuestras leyes, operación cuyos buenos efectos se experimentan ya en otros estados americanos. En tal persuasión y con el objeto de llamar la atención de nuestros lectores a este asunto, nos proponemos consagrar a él algunos artículos, no tanto para demostrar la necesidad de reformar nuestro sistema legal (pues en orden a eso no puede haber variedad de opiniones), cuanto con la esperanza de sugerir algunas ideas que sirvan tal vez para corregirlo y simplificarlo”.

---

<sup>745</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 87, p. 133 s.

<sup>746</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 88, p. 134 s.

<sup>747</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, XII: Diego Portales y la codificación*, en *RChHD*. 9 (Santiago 1983), pp. 263 = EL MISMO, *Portales y el derecho* (Santiago 1989), pp. 73 ss.; EL MISMO, *Portales y el Consejo de Estado*, en BRAVO LIRA, Bernardino (ed.), *Portales: el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989), pp. 179 ss. = GUZMÁN, Alejandro, *Portales y el derecho* (Santiago, Editorial Universitaria, 1988), pp. 109 ss.

<sup>748</sup> En Bello, Andrés, *Obras completas*, Vol. XVIII: *Temas jurídicos y sociales* (Caracas, La Casa de Bello, 1982), pp. 215 ss.

<sup>749</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 92, pp. 144 ss.

<sup>750</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 96, pp. 155 ss.

Estas ideas que debían servir para corregir y simplificar el sistema legal, eran precisamente las reformas que Bello ya iba introduciendo en sus proyectos que por entonces redactaba.

4. En definitiva, pues, para Bello el nuevo código habría de constituirse sobre la base del derecho vigente consolidado y a la vez reformado. La ocasión para que Bello diera a conocer su pensamiento sobre el punto concerniente a la medida de esa consolidación y de esa reforma la proporcionó un sorpresivo artículo editorial del diario *El Mercurio* de Valparaíso, aparecido en noviembre de 1839<sup>751</sup>. En él, el articulista trataba nada más que de cuestiones de mero procedimiento en relación con la aprobación del proyectado código. Tomando Bello como pretexto el mencionado artículo, escribió en *El Araucano* del 6 de diciembre de 1839 lo siguiente: “*Sentado que las alteraciones no deben ser considerables; que el nuevo código se diferenciará del antiguo más por lo que excluya que por lo que introduzca de nuevo; y que han de subsistir como otros tantos padrones, todas las reglas fundamentales y secundarias que no pugnen con los principios o entre sí... ¿Y por qué empeñarnos en innovaciones más extensas? Nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia... Una reforma reducida a los límites que acabamos de tratar, no suscitaría contradicciones; no chocaría con los hábitos nacionales, en que las leyes no deben encontrar antagonistas sino aliados; y pudiera ejecutarse gradualmente tomando primero una parte de la legislación y después otra. En materia de legislación civil casi todo está hecho; y para lo que falta o lo que necesita de enmiendas tenemos abundantes materiales en las obras de los expositores. Sus disputas, sus paradojas, sus aberraciones mismas nos señalan como con el dedo las frases que el legislador debe aclarar, las cuestiones que importa dirimir, los puntos en que se echa de menos una regla para la dirección de los particulares en sus negocios y de la judicatura en sus fallos. ¿De cuánto no sirvieron a los legisladores franceses para la redacción de su precioso código civil, los trabajos de Dumoulin, Domat y sobre todo Pothier? Los de Gómez, Acevedo, Matienzo, Cobarruvias meditados atentamente y comparados entre sí, ministrarán igual auxilio para la confección del código civil chileno. Las producciones de los jurisconsultos de la Francia que han ilustrado con tanta filosofía su moderna legislación, en que se conserva no pequeña parte de los principios fundamentales de la nuestra, nos proporcionarían también un apreciable recurso*”<sup>752</sup>. Este texto expresa de modo claro el siguiente pensamiento de Bello en orden a la medida recíproca entre consolidación y reformación: el nuevo código proyectado para Chile debía estar basado principalmente en el derecho castellano vigente, en especial, en las *Siete Partidas*, cuya consolidación se llevaría a cabo con ayuda de los comentaristas del derecho español. A este conjunto no era necesario introducirle demasiadas modificaciones y las que se le introdujeran habrían de ser obtenidas del código francés y de sus comentaristas. Ya hemos visto que Bello, en otros textos, no se limitó en este punto a hablar de sólo la legislación francesa y que extendía su visión a otros códigos y obras jurídicas de la época. Pero resulta claro que Bello, cuando quería poner ejemplos

---

<sup>751</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 93, pp. 148 ss.

<sup>752</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* N° 97, p. 158.

de este tipo de recursos extranjeros, se fijaba principalmente en el código de Napoleón como modelo más perfecto. En síntesis, pues, para Bello el nuevo código habría de ser más consolidación que reformación.

### III. Los Proyectos de Código Civil<sup>753</sup>

1. Cuando Bello tuvo preparados materiales que consideró suficientes, y que eran: un título preliminar y dos libros, uno completo sobre sucesiones (futuro libro III del código) y otro incompleto, pero muy avanzado, sobre obligaciones y contratos (futuro libro IV), presentó al Senado de que formaba parte un proyecto de ley destinado a encauzar un proceso de codificación<sup>754</sup>. Su iniciativa fue rápidamente tramitada y terminó por convertirse en la ley de 10 de septiembre de 1840. En virtud de ella se creó una Comisión de Legislación del Congreso Nacional, cuyo objetivo era: “*la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas aun cuerpo ordenado y completo, descartando lo supérfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del estado y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del derecho*”, como rezaba su artículo 12. Designados los miembros de la comisión, que fueron los senadores Andrés Bello y Mariano Egaña y los diputados Manuel Montt, Ramón Luis Irarrázabel y Juan Manuel Cobo, aquélla empezó sus trabajos al día siguiente de promulgada la ley.

2. En realidad, estos trabajos consistieron en examinar los proyectos que Bello ya tenía preparado desde la década anterior, ya referidos, y los que elaboró coetáneamente, relativos a parte de los bienes (el futuro libro II del código). Su autor los fue entregando por títulos a los comisionados y su conjunto constituye el *Primer Proyecto de Código Civil*, que se nos conserva parcialmente<sup>755</sup>.

La Comisión de Legislación del Congreso empezó a sesionar, como se dijo, desde el 11 de septiembre de 1840. Por ley de 29 de octubre de 1841, también propuesta por Bello, se creó una Junta Revisora, integrada nuevamente por dos senadores y tres diputados, para examinar el proyecto de código a medida que era despachado por la primera. Por ley de 17 de julio de 1845 fueron fusionadas ambas comisiones, en vista de que la segunda prácticamente no funcionaba. A fines de 1845 o, a lo más, a principios de 1846, la comisión fusionada dejó de sesionar de hecho y Bello se encontró trabajando solo.

---

<sup>753</sup> Lit.: GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific.* I, p. 301-386. Brevemente: LATORRE, Enrique, *Reseña histórica de la formación del Código Civil*, en *Explicaciones del Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (Santiago, Cervantes, 1882), Vol. I, p. V ss. = *Cuarto Libro de la Semana de Bello en Caracas* (Caracas, 1955), pp. 145 ss. También: PACHECO, Máximo, *Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile*, en *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981), vol. II, pp. 215 ss.

<sup>754</sup> La documentación en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific.* II: *Fuentes* N° 98-103, pp. 160 ss.

<sup>755</sup> GUZMÁN, Alejandro (ed.), *El primer proyecto de código civil de Chile* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978), con un *Estudio histórico-crítico* introductorio del editor titulado: *El Proyecto de Código Civil atribuido a don Mariano Egaña, los trabajos de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional y los proyectos de código civil de 1841-1845, 1846-1847 y 1853*, p. 9 ss.;

3. En el período comprendido entre septiembre de 1840 y fines de 1845, la comisión pudo despachar un *Título preliminar*, todo un libro sobre las sucesiones y la mayor parte de un libro sobre obligaciones y contratos<sup>756</sup>. De este material se hicieron dos ediciones.

La primera tuvo lugar por títulos del proyecto en el periódico *El Araucano*, entre el 21 de mayo de 1841 y el 19 de agosto de 1842, y abarcó el *Título preliminar* y el libro sobre sucesiones (que podemos llamar *Proyecto de 1841-1842*); seguida de la edición de la mayor parte del libro sobre obligaciones y contratos en el mismo periódico entre el 26 de agosto de 1842 y el 18 de diciembre de 1845 (*Proyecto de 1842-1845*). Este proyecto así editado lo conocemos con el nombre común de *Proyecto de 1841-1845*<sup>757</sup>.

La segunda fue hecha bajo la forma de dos volúmenes encuadernados: uno comprendió el libro sobre sucesiones (se omitió, pues, el *Título preliminar*), en 1846 (*Proyecto de 1846*); y otro, aquél todavía incompleto sobre obligaciones y contratos, en 1847 (*Proyecto de 1847*). A ambos se les da el nombre común de *Proyecto de 1846-1847*<sup>758</sup>; y podemos considerarlo como una revisión del *Proyecto de 1841-1845*.

4. Entre 1848 y 1853, trabajando en solitario, Bello reformuló el *Título preliminar*, redactó totalmente el libro sobre personas, completó la mayor parte del libro sobre bienes que tenía preparado desde antes y no fue discutido por la comisión, y volvió a revisar los libros sobre sucesiones y sobre obligaciones y contratos. Poco antes de octubre de 1852 dio por terminado el proyecto completo; el cual, entre enero y marzo de 1853, fue editado en cuatro volúmenes impresos, a cuyo conjunto se lo denomina *Proyecto de 1853*<sup>759</sup>.

Entretanto, el Presidente de la República, Manuel Montt, mediante decreto de 26 de octubre de 1852, había designado una Comisión Revisora del proyecto integrada por los magistrados Ramón Luis Irarrázabal, Manuel José Cerda y Alejo Valenzuela, los jurisconsultos Diego Arriarán, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal, además del propio Andrés Bello, como secretario. Más adelante se le integraron los jurisconsultos José Miguel Barriga y Gabriel Ocampo. La comisión fue personalmente presidida por el Presidente Montt. Ella cumplió con su cometido desde el 24 de junio de 1853 hasta poco antes de octubre de 1855. En tal período, el proyecto editado en 1853 recibió observaciones de los tribunales de justicia y fue sometido a dos exámenes completos de la Comisión y con seguridad a varios de Bello directamente, en su calidad de secretario. Cuando la Comisión Revisora acordaba modificar algún artículo o adicionar el proyecto, la nueva redacción era transcrita por amanuenses en las márgenes correspondientes del ejemplar editado del *Proyecto de 1853* que pertenecía a cada

---

<sup>756</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, V: *La época de elaboración de la segunda edición del proyecto de libro sobre sucesiones publicado entre 1841 y 1842*, en *REHJ*. 3 (Valparaíso 1978), pp. 133 ss.

<sup>757</sup> Edición moderna: en BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XI: *Proyectos de Código Civil* (Santiago, 1887), pp. 1-311.

<sup>758</sup> Edición moderna: en BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XI: *Proyectos de Código Civil* (Santiago, 1887), pp. 313-617.

<sup>759</sup> Edición moderna: en BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XII: *Proyecto de Código Civil (1853)* (Santiago, 1888).



miembro de la Comisión Revisora; los artículos de dicho proyecto que permanecían sin alteraciones, pues, eran los aprobados en su versión original. Sobre la nueva versión total, integrada por los artículos no modificados del *Proyecto de 1853* y los artículos nuevos transcritos como se ha dicho, se operó una segunda revisión, que constituyó un nuevo proyecto completo, que se editó en cuatro volúmenes a fines de 1855 en Santiago, por lo cual lo conocemos como *Proyecto de 1855*<sup>760</sup>. El estaba destinado a ser presentado al Congreso Nacional.

Años después de concluído el proceso de la codificación civil, Miguel Luis Amunátegui, quien llegó a poseer 4 ejemplares del *Proyecto de 1853* que habían pertenecido a los miembros de la Comisión Revisora, y que, por ende, presentaban sus márgenes con las transcripciones antes referidas, hizo una edición del proyecto resultante, que denominó *Proyecto Inédito*<sup>761</sup>. Este, pues, fue el despachado por dicha comisión antes de la segunda revisión; y viene a ser un intermedio entre el *Proyecto de 1853* y aquel de 1855<sup>762</sup>.

5. El Presidente de la República sometió el *Proyecto de Código Civil* (de 1855) al conocimiento del Congreso Nacional el 22 de noviembre de 1855. En forma rápida, las cámaras despacharon la ley aprobatoria y se abstuvieron de discutir el proyecto artículo por artículo, sancionándolo sin más como había sido presentado. Esta ley que aprobó el proyecto como *Código Civil* es de fecha 14 de diciembre de 1855 y dispuso que el nuevo cuerpo legal entrara en vigor el 1 de enero de 1857<sup>763</sup>. La edición príncipe se hizo en Santiago en 1856.

#### IV. El Código Civil de la República de Chile (1855)

1. El sistema<sup>764</sup> del código chileno quedó organizado sobre la base de un *Título preliminar* y cuatro libros, como siguen: el libro I trata *De las personas*; el II, *De las cosas y de su dominio posesión, uso y goce*; el III, *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*; y el IV, *De las obligaciones en general y de los contratos*, con un total de 2.524 artículos más uno sobre la observancia del código. Cada libro se divide únicamente en títulos; solo a veces éstos en párrafos. Este sistema se atuvo muy fielmente al gayano-justiniano de las *Institutiones*, familiar a Bello, por haber escrito unas *Institutiones de derecho romano*<sup>765</sup>, fundado en la dicotomía *personae res*, subdividido el primer extremo en *res corporales-res incorporales*, e

---

<sup>760</sup> No hay edición moderna.

<sup>761</sup> En BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XIII: *Proyecto Inédito de Código Civil* (Santiago, 1890).

<sup>762</sup> Los cuatro ejemplares se encuentran en la Biblioteca Central de la Universidad de Chile, junto a otros papeles de Bello: vid. el catálogo en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, p. 415

<sup>763</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes* doc. N° 265, p. 383.

<sup>764</sup> GUZMÁN, Alejandro, *La sistemática del Código Civil de Andrés Bello*, en *Andrés Bello y el derecho Latinoamericano* (Caracas, La Casa de Bello, 1987), pp. 317 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. I*, p.391 ss.

<sup>765</sup> Ed. moderna: BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XVII: *Derecho romano* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), pp. 3-213.

integrado este último por el *ususfructus* y las *servitutes*, la *hereditas* y las *obligationes*. Así, entonces, la correspondencia es la que sigue:

<i>Institutiones</i>	<i>Código Civil</i>																							
<i>De iure naturali, gentium et civilis</i>	<i>Título preliminar</i>																							
<i>Personae</i>	<i>Lib. I: De las personas</i>																							
<i>Res</i>	<i>Lib. II: De los bienes, etc</i>																							
<table border="0" style="margin-left: 40px;"> <tr> <td style="text-align: center;"> <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"> <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table> </td> <td style="font-size: 4em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Ususfructus.</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Servitutes</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Hereditas</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Obligaciones</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i></td> </tr> </table> </td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. II: De los bienes, etc</i></td> </tr> </table>	<table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"> <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table> </td> <td style="font-size: 4em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Ususfructus.</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Servitutes</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Hereditas</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Obligaciones</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i></td> </tr> </table>	<table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table>	<i>Corporales</i>	}		<i>Incorporales</i>	}		}		<i>Ususfructus.</i>	}		<i>Servitutes</i>	}		<i>Hereditas</i>	}	<i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i>	<i>Obligaciones</i>	}	<i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i>	<i>Lib. II: De los bienes, etc</i>	<i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i>
<table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"> <table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table> </td> <td style="font-size: 4em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Ususfructus.</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Servitutes</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Hereditas</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Obligaciones</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="text-align: center;"><i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i></td> </tr> </table>	<table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table>	<i>Corporales</i>	}		<i>Incorporales</i>	}		}		<i>Ususfructus.</i>	}		<i>Servitutes</i>	}		<i>Hereditas</i>	}	<i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i>	<i>Obligaciones</i>	}	<i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i>	<i>Lib. II: De los bienes, etc</i>		
<table border="0" style="margin-left: 20px;"> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Corporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Incorporales</i></td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> <td></td> </tr> </table>	<i>Corporales</i>	}		<i>Incorporales</i>	}		}																	
<i>Corporales</i>	}																							
<i>Incorporales</i>	}																							
<i>Ususfructus.</i>	}																							
<i>Servitutes</i>	}																							
<i>Hereditas</i>	}	<i>Lib. III: De la sucesión, etc.</i>																						
<i>Obligaciones</i>	}	<i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i>																						
	<i>Lib. IV: De las obligaciones, etc.</i>																							

2. Algunos proyectos del futuro código fueron editados con notas: así el *Proyecto de 1841-1845* y sobre todo el *Proyecto de 1853*<sup>766</sup>; con posterioridad a la promulgación de dicho código, Bello escribió unas notas para sus primeros 76 artículos<sup>767</sup>. A través de este material podemos conocer parte apreciable de las fuentes usadas por Bello para la redacción de sus textos. Su examen permite comprobar que la fuente que predominó en modo incontrastable fue el código de las *Siete Partidas*, con la glosa de Gregorio López, muy concordantemente con las opiniones que el codificador había emitido en 1839, cuando escribió: “*Nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada*

<sup>766</sup> No para todos los artículos; tampoco son exhaustivas. En volumen y desarrollo, estas notas son muy diferentes a las que el argentino Vélez Sarsfield adosaría a su proyecto.

<sup>767</sup> AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *Las notas del Proyecto de Código Civil, en Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago, 1885), p. 131 ss.

*parte de Europa atestigua su excelencia*”<sup>768</sup>. Pero también intervino directamente el *Corpus iuris civilis*, de cuyo carácter fundante de la ciencia jurídica Bello estaba convencido<sup>769</sup>. En menor medida se encuentran otras fuentes castellanas como el *Fuero Real*, la *Novísima Recopilación de Leyes de España* y las *Leyes de Toro*. Entre los autores destacan los españoles antiguos: Acevedo, Baeza, Castillo, Gómez, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Matienzo, Molina; y más modernos, como Escriche, Goyena, Llamas, Sala y Tapia.

Bello usó también el derecho codificado de su época, que pudo conocer, como casi todos los codificadores de la segunda mitad del siglo XIX, a través de la *Concordance* de Saint-Joseph (1840, o de su traducción castellana por Verlanga y Muñiz de 1843); o sea, los códigos francés, bávaro, prusiano, austríaco, sardo, de la Luisiana, holandés, del cantón de Vaud; aunque varios de estos textos, Bello los pudo examinar de manera directa. Tardíamente, para el *Proyecto de 1853*, apenas alcanzó a emplear el *Proyecto de Código Civil* de García Goyena<sup>770</sup> y el *Código Civil* del Perú de 1852<sup>771</sup>. Entre los autores extranjeros, llevaron su preferencia los franceses Delvincourt<sup>772</sup>, Rogron<sup>773</sup> y sobre todo Pothier en sus diversos *Traites*; también empleó a Merlin, Favard de l'Anglade, Portalis y Maleville; en la fase de revisión del *Proyecto de 1853*, Bello consultó obras de Troplong, Duvergier, Toullier, Delangle y Duranton. Pero asimismo se valió de Savigny en controlada medida<sup>774</sup>.

El *Code Civil* ocupó ciertamente un lugar importante en la codificación chilena<sup>775</sup>; en cuanto al sistema, que no adoptó, pero sí en cuanto inspirador de muchas

---

<sup>768</sup> Vid. supra § 29, II, 4.

<sup>769</sup> Sobre Bello romanista: AVILA MARTEL, Alamiro de, *Bello y el derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), pp. 79 ss.; HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores, 1983); SCHIPANI, Sandro, *Andrés Bello romanista-institucionista*, ahora en *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 243 ss.

<sup>770</sup> LIRA URQUIETA, Pedro, *García Goyena y el código Civil chileno*, en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956), pp. 75 ss.

<sup>771</sup> Que cita en alguna oportunidad, en el art. 2494 del *Proyecto de 1853* (= art. 2330 CC.). Este hecho quedó desconocido para todos los estudiosos de la historia del código chileno, porque la cita original que Bello escribió al citado artículo del *Proyecto de 1853*, que era “C. Per., 2199”, fue editada por Amunátegui como “C. P., 2199” (ed. cit. supra en n. 759, p. 591), que Bello solía usar para el código prusiano. Pero al examinar el original se observa lo expresado. Como esta es la única invocación del código peruano, es probable que Amunátegui pensara que “C. Per.” fuera una errata por “C. P.”.

<sup>772</sup> DELVINCOURT, *Cours de code civil* (Paris, 1834), 3 volúmenes.

<sup>773</sup> ROGRON, J. H., *Les codes français expliqués* (Paris, 1836).

<sup>774</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, II: *Estudio histórico acerca de los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad en el Código Civil chileno y en sus proyectos*, en *REHJ.* 2 (Valparaíso 1977), pp. 101 ss.; HANISCH, Hugo, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, en *REHJ.* 5 (Valparaíso 1980), pp. 167 ss.

<sup>775</sup> GUZMÁN, Alejandro, *El Código Napoleón y el Código Civil de Chile*, en *Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Estudios en honor de Pedro I. Frías* 10 (Córdoba, 1994), p. 1361 ss. = *Le Code Napoleón et le Code Civil du Chili*, en *La circulation du modele juridique français. Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 141 ss.

disposiciones, especialmente en materia de obligaciones y contratos (libro IV del código). Raramente, sin embargo, Bello copió alguna disposición del código francés; las más de las veces, cuando era el caso, acudió a la que había sido su fuente, es decir, con frecuencia a Pothier, o a sus comentaristas, por lo general a Delvincourt; y la redactó nuevamente; pero siempre superó a sus modelos, que perfeccionó no únicamente en cuanto al contenido de la disposición, mas también en lo relativo al estilo. En todo caso, fue constante preocupación suya que la norma formalmente inspirada por el derecho extranjero tuviera su correspondiente material en el derecho patrio, por regla general en las *Siete Partidas*. La consecuencia fue un código muy romanista y tradicional, de acuerdo con el principio de que “...las innovaciones de que ahora se trata son mucho menos considerables, supuesto que no se piensa en crear sino en corregir y simplificar”<sup>776</sup>.

Este tradicionalismo no se refleja en la ideología del código que, por cierto, fue la liberal de inspiración francesa. Así, las disposiciones que prohíben constituir fideicomisos sucesivos que figuran en el artículo 745 del código chileno, están inspiradas en los artículos 896 y siguientes del francés. Como es sabido, de ese modo se quiso evitar la posibilidad de vincular indefinidamente la propiedad a una línea de personas. Sin embargo, es notable que el código francés no haya prohibido expresamente la constitución de usufructos sucesivos, como hace el chileno en su artículo 769, aunque está claro que, por su espíritu, en este código un tal tipo de usufructos no es posible. Tampoco nada expreso dice el código francés en relación con lo que indica el chileno en su artículo 982: “*En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura*”; pero también es claro que eso era una deducción natural del sistema liberal adoptado por el código de Napoleón. Todo el título II del libro IV: *De los actos y declaraciones de voluntad*, dejando a un lado la nomenclatura que está inspirada en Savigny<sup>777</sup>, se corresponde muy estrechamente con el capítulo 2º del título 3º del libro III del código napoleónico: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*, en que para obligarse sólo se pide consentir sin vicios las personas capaces sobre un objeto lícito y con una causa lícita; en el entendido que las incapacidades, los vicios del consentimiento y las ilicitudes están reducidas al mínimo, de modo de asegurar al máximo la libertad contractual; libertad que es coronada con el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el código chileno por su artículo 1545 correspondiente al artículo 1134 del francés. En algunos casos, empero, el código chileno fue más allá que el francés. Tal ocurre, por ejemplo, con el tratamiento a los extranjeros por lo que al goce de los derechos civiles respecta: mientras el código francés en su artículo 11 declaraba que los extranjeros gozarían de los derechos civiles en Francia en la medida de la reciprocidad, es decir, en cuanto se los confiriera a los franceses en el país de origen del extranjero del cual se tratara, el artículo 57 del código chileno establece: “*La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código*”.

---

<sup>776</sup> En GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificó*. II: *Fuentes doc.* N° 110, pp. 177.

<sup>777</sup> Vid. supra n. 774.

3. Como consecuencia de un balance general, debe decirse que el código de Bello resultó ser un cuerpo que sustancialmente se fundó en el antiguo derecho, reformulado al estilo de las codificaciones modernas merced a una serie de operaciones técnicas practicadas sobre aquél<sup>778</sup> y reformado de acuerdo con los cánones del liberalismo jurídico, en consonancia con el espíritu de su época, fuera de lo cual se atuvo con devoción a la vieja institucionalidad romano-castellana. Todo ello fue encerrado en un conjunto cuyas secciones, limitadas a libros y títulos (muy excepcionalmente a párrafos), guardan armonía en extensión y en el desarrollo del articulado, sin excesos ni defectos de reglamentación y sin doctrinarismos, pues Bello tuvo muy clara la exacta función de la ley y la diferencia entre ésta y un tratado científico; amén del estilo literario con que fue redactado el código, porque su autor fue un lingüista mayor, que incluso hasta hoy constituye autoridad reconocida en la lengua castellana; debido a todo lo cual el *Código Civil de la República de Chile* es un superior monumento no sólo jurídico sino también lingüístico.

### **Sección segunda: La codificación como adopción del *Código Civil de la República de Chile*<sup>779</sup>**

El código chileno se difundió rápidamente por toda Iberoamérica, tanto por vía diplomática, merced a que el Gobierno se preocupó de enviarlo a las distintas cancillerías por medio de sus embajadores, como por vías privadas. Las excelencias del nuevo cuerpo legal, lo mismo que el prestigio político internacional de que por entonces gozaba Chile y la dilatada fama del autor del código, hicieron que éste fuera mirado con interés en los distintos países que también aspiraban a codificar y que en muchos casos ese interés terminara por impulsar una adopción o una adaptación de ese cuerpo legal. Tal fue su fama, que incluso resultó empleado en los trabajos de codificación en España<sup>780</sup>.

---

<sup>778</sup> Sobre esto: GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific.* I, pp. 432 ss.; EL MISMO, *Las operaciones practicadas por Bello sobre el derecho vigente para su codificación, en Cuarto Congreso del Bicentenario. Bello y la América Latina* (Caracas, La Casa de Bello, 1982), pp. 399 ss. En especial, EL MISMO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, X: La decisión de controversias jurisprudenciales como una de las operaciones codificadoras en el pensamiento de Andrés Bello, en Andrés Bello y el derecho, en Andrés Bello y el derecho* (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982), pp. 203 ss.

<sup>779</sup> Lit.: PEIRANO FACIO, Jorge, El código de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile* 4ª ep., 4 (1964-1965) 4, pp. 64 ss.; BRAVO LIRA, Bernardino, *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *REHJ.* 7 (Valparaíso, 1982), pp. 71 ss.

<sup>780</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, M., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)* (Madrid, 1965), p. 35.

### § 30. *El Código civil de la República de Chile en el Ecuador (1858/1860)*<sup>781</sup>

El *Código Civil de la República del Ecuador* fue promulgado el 4 de diciembre de 1860, aunque había sido sancionado por el gobierno el 6 de marzo de 1858, previa aprobación por el Congreso el 21 de noviembre de 1857. Para el establecimiento de la cronología de los códigos atendemos a la fecha de su promulgación. En el caso del Ecuador, por excepción consideraremos la segunda de las fechas antes señaladas (que debió ser aquella de la promulgación, retrasada por accidente). De acuerdo con ello, el Ecuador resulta ser el primer país que adoptó el código de Chile.

#### I. Los esfuerzos por la codificación en la (Gran) Colombia

1. Hacia comienzos de su Revolución de Independencia en 1809, el futuro Ecuador, como Audiencia de Quito, hacía parte del Virreinato del Nuevo Reino de Granada. Su emancipación se produjo en 1822. Desde entonces, la historia de su derecho ofrece una parte propia hasta su integración en la República de (Gran) Colombia ya constituida en el Congreso de Santo Tomás de Angostura en 1819. Esa república unió a la antigua Capitanía General de Venezuela, ahora como Departamento de Venezuela, y al Virreinato de Nueva Granada, que quedó disuelto en los ahora Departamentos de Quito (futuro Ecuador) por un lado, y de Cundinamarca (la futura Nueva Granada y después Colombia con inclusión de Panamá) por otro<sup>782</sup>. A partir de entonces, dicha historia empieza a ser común en los tres Departamentos. En fin, desde la secesión de Quito respecto de (Gran) Colombia en 1830, vuelve a ser propia.

Ahora bien, durante el primer período no se observa en Quito ningún movimiento por la codificación, si descontamos una leve manifestación reflejada en la llamada Constitución quiteña de 1812, que no llegó a regir, y en donde se leía un art. 6 de este tenor: “*Las leyes patrias que hasta el presente han gobernado y que no se opongan a la libertad y derechos de este pueblo y su constitución, quedarán en toda su fuerza y vigor por ahora y mientras se reformen por la Legislatura tanto el código civil como el criminal...*”<sup>783</sup>. De esta forma la historia de la codificación en dicho país comienza con su integración en la (Gran) Colombia y es propiamente tributaria de los esfuerzos concernientes realizados en este Estado mayor.

---

<sup>781</sup> Lit.: CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1956), Vol. I: *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, pp. 65 ss.; CEVALLOS ARIZAGA, Benjamín, *Discurso de... como delegado del Ecuador al homenaje rendido a Andrés Bello en la Universidad de Chile*, en *Sexto Libro de la Semana de Bello en Caracas* (Caracas, 1957), pp. 203 ss.; EL MISMO, *Historia del derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1963), pp. 346 ss.; LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho civil del Ecuador*, I: *Parte general y personas* (Quito, 1964), pp. 16 ss.

<sup>782</sup> El 17 de diciembre de 1819 se dictó la *Ley fundamental de la República de Colombia* por el Soberano Congreso de Venezuela, ratificada el 18 de julio de 1821 por otro Congreso General de Venezuela y Nueva Granada. En 1821 se emitió la *Constitución Política de la República de Colombia*: todo en RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, 1995), pp. 45-88.

<sup>783</sup> En este texto, como en otros, las expresiones “*código civil y criminal*” aluden a la legislación de contenido civil y criminal, mejor que a unos cuerpos legales diferenciados.

2. Ya incorporado Quito en la (Gran) Colombia, en efecto, un decreto del Encargado de la Presidencia, el general Francisco de Paula Santander, de 5 de enero de 1822, dispuso en su art. 1: “*Se crea una comisión de letrados para que, en vista de los códigos civiles y penales más célebres de Europa, de la legislación española y de las bases fundamentales sobre que se ha organizado el sistema de gobierno de Colombia, redacte un proyecto de legislación propio y análogo a la república*”<sup>784</sup>.

Esta comisión solo pudo redactar dos leyes sobre procedimientos y nada más; de manera que Bolívar, esta vez personalmente, por decreto de 31 de enero de 1825, nombró una nueva comisión de 12 personas destinada a formar “*un proyecto de código civil y criminal y presentarlo, con la brevedad posible, al Gobierno para que éste lo someta al Congreso*”<sup>785</sup>. De esta decisión ya hemos hablado<sup>786</sup>. Aunque el decreto fue dictado en Lima, es posible que Bolívar concibiera que sus esperados resultados serían aplicables en la (Gran) Colombia. En todo caso, por el testimonio de Manuel Lorenzo de Vidaurre, uno de los miembros de la Comisión, sabemos que ella se reunió una vez y nada avanzó.

El esfuerzo fue reiterado por el Ministro del Interior, el 31 de julio de 1829, con el establecimiento de una nueva comisión codificadora. Su cometido había sido definido por Bolívar, según los conceptos que quedaron expresados en una nota de su secretario al dicho Ministro, como siguen: “*El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en [Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país. Dispone en consecuencia: que V. S. nombre una comisión especial de personas literatas que examine dicho código, haga en él las reformas convenientes; y las cuales deberán proponerse al próximo Congreso Constituyente*”<sup>787</sup>. No hay noticias de que esta comisión haya hecho algo.

La idea de la codificación vuelve a aparecer en la Constitución de 1830 de la (Gran) Colombia, cuyo art. 36 N° 22 declaraba atribución exclusiva del Congreso: “*Formar los códigos nacionales de toda clase...*”<sup>788</sup>. Mas algo tarde, ya que poco después, el 13 de mayo de 1830, Quito se separó de la (Gran) Colombia y se constituyó en República del Ecuador.

## **II. Los esfuerzos por la codificación en el Ecuador hasta 1855**

1. A poco de la separación del Ecuador, el 23 de septiembre de 1830 se sancionó su primera Constitución llamada de Riobamba, por el lugar de su emisión, cuyo art. 26 N°

---

<sup>784</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVII.

<sup>785</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIX s.

<sup>786</sup> Vid. supra § 26, II.

<sup>787</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XXI.

<sup>788</sup> En RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones Políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, Univ. Externado y otros, 1995), p. 110.

11 imponía al Congreso la obligación de: “*Formar el código de leyes civiles*”<sup>789</sup>. El art. 43 N° 14 de la Constitución de 1835 dijo que era atribución de aquel organismo: “*Formar los códigos nacionales*”<sup>790</sup>; lo que fue repetido por los artículos 37 N° 13 de la Constitución de 1843<sup>791</sup>; 42 N° 18, de la de 1845<sup>792</sup>; 31 N° 29, de la de 1851<sup>793</sup>; y 4 N° 18 de la de 1852<sup>794</sup>.

Que ya la Constitución de 1830 haya manifestado interés por el tema de la codificación, explica que en noviembre de ese mismo año el Gobierno formara una comisión para elaborar un Código Civil<sup>795</sup>. La comisión presentó un proyecto, acompañado de un informe, que el Congreso unicameral examinó el 23 de septiembre de 1831<sup>796</sup>. Ambos textos se desconocen, pero en el curso del debate parlamentario posterior algunos intervinientes dijeron que “*las disposiciones del Código francés, de donde parecía tomado el proyecto, no eran adaptables a nuestros usos, hábitos y circunstancias...*”<sup>797</sup>; lo que autoriza, pues, a sospechar al menos, el grado de influencia que el código de Napoleón tuvo sobre este proyecto ecuatoriano<sup>798</sup>.

El Congreso dispuso que el proyecto fuese devuelto al Gobierno para su examen por el Consejo de Estado, de modo de volver a ser discutido por el Congreso en la próxima legislatura, sin perjuicio de que una comisión designada por éste lo examinara paralelamente<sup>799</sup>. Nada sabemos sobre la tramitación posterior del proyecto en relación con el acuerdo precedente, hasta octubre de 1832, en que él volvió a ser considerado por el Congreso<sup>800</sup>; todavía en septiembre de 1833 se ocupaba del mismo<sup>801</sup>; pero desde entonces no hay más datos.

---

<sup>789</sup> En BORJA, Ramiro, *Las constituciones del Ecuador* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1951), p. 111.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>791</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>792</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>793</sup> *Ibid.*, p. 231: en la fórmula se varió “*formar*” por “*dar*”, y la atribución quedó referida a una Asamblea Nacional, como se llamó ahora al órgano parlamentario.

<sup>794</sup> *Ibid.*, p. 269: aquí se volvió a la fórmula y al órgano tradicionales de 1835.

<sup>795</sup> Los datos que sobre la labor codificadora en el Congreso del Ecuador entre 1831 y 1833 se exponen a continuación, aparecen en las actas de sus sesiones publicadas en el *Diario de Debates* (sesiones de 23 y 27 de septiembre y de 8 de noviembre de 1831, de 19 de octubre de 1832 y de 17 de septiembre de 1833, publicadas por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 87-90.

<sup>796</sup> Acta de la sesión del Congreso de 23 de septiembre de 1831, en CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 87.

<sup>797</sup> Transcrito por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 89.

<sup>798</sup> Incluso se ha pensado en que el proyecto estaba basado en el *Código Civil Santa Cruz* o era este mismo, lo que es muy improbable: CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 82 s.

<sup>799</sup> Acta de la sesión del Congreso de 27 de septiembre por la noche, de 1831, en CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 89.

<sup>800</sup> Sesión de 19 de octubre de 1832, en CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 90.



2. El tema fue repuesto en la discusión política por el Presidente Vicente Rocafuerte, en un discurso dirigido a la Convención Constituyente reunida en Ambato, en junio de 1835, en el que, después de manifestar las consabidas críticas contra el derecho vigente, decía: “*Para salir de este laberinto legislativo, lo más acertado sería seguir el ejemplo de la República de Bolivia, abandonar en lo posible la legislación española y adoptar los Códigos Civiles, Criminales y de Procedimiento, que están en vigor y fuerza en el Alto Perú (Bolivia)...*”<sup>802</sup>. La Convención, empero, acordó que no se podía entrar a discutir nada sobre códigos, sin previamente aprobar la Constitución<sup>803</sup>. En los dos años siguientes no se volvió a hablar del asunto.

3. Pero a fines de 1836, el Gobierno encomendó al jurista José Fernández Salvador la labor de examinar el *Código Civil Santa Cruz* que regía en Bolivia desde 1831, para someterlo, con las observaciones que le merecieran, al parecer del Cuerpo Legislativo; éste ratificó el mismo cometido en igual sentido<sup>804</sup>. Fechado el 27 de febrero de 1837, Fernández presentó al Gobierno y al Congreso un informe<sup>805</sup> sobre el título preliminar y el libro I del código boliviano, que comparaba frecuentemente con el francés, su fuente principal, y en el cual incluía nuevas redacciones para diversos artículos, o sea, lo que podemos considerar un verdadero proyecto de título preliminar y libro I, solo que aparecía mezclado con las observaciones y los comentarios que el original había suscitado a Fernández; este no pudo presentar un texto articulado del proyecto y separado de las observaciones, por carecer de amanuense, según lo explica en una nota enviada al Congreso el mismo 27 de febrero de 1837<sup>806</sup>; en ella, además, solicitaba ayuda para proseguir el trabajo respecto de los libros II y III del código boliviano.

El Congreso inició la discusión del proyecto de Fernández Salvador el 2 de marzo de 1837 y la prolongó hasta el 17 de ese mes<sup>807</sup>; no consta que la haya continuado con posterioridad.

4. Desde entonces el tema de la codificación civil cayó en letargo. El interés en él solo se reanudó en 1852. El 28 de septiembre de ese año, en efecto, la Asamblea Nacional emitió un decreto por el cual creó una Comisión Codificadora integrada por 3 individuos designados por ella misma, para la redacción de los Códigos Civil y Militar y reforma del Penal, con el plazo de 1 año; el decreto reglamentaba minuciosamente la

---

<sup>801</sup> Sesión de 17 de septiembre de 1833, en CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 90.

<sup>802</sup> Transcrito por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 91.

<sup>803</sup> Sesión de la Convención, de 19 de junio de 1835, transcrita por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 92.

<sup>804</sup> Ambos puntos se deducen de la comunicación que Fernández Salvador envió al Presidente del Congreso el 27 de febrero de 1837, transcrita por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 93 s.

<sup>805</sup> Editado por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 94-175.

<sup>806</sup> Transcrita por CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 176 s.

<sup>807</sup> Las actas de las sesiones de 2, 3, 6, 13, 16 y 17 de marzo de 1837 en CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 179-182.

actividad de esa comisión<sup>808</sup>. Sin embargo, nada de hecho consta acerca de ella, empezando por si se constituyó o no; lo cual permite conjeturar que ni siquiera resultó designada.

### III. El Proyecto de la Corte Suprema de Justicia de 1855-1856

Un nuevo esfuerzo fue emprendido en 1855.

1. Mediante un decreto de 26 de octubre de tal año, librado por ambas Cámaras Legislativas reunidas en Congreso, junto con derogar el decreto de 1852, se dispuso lo siguiente en su artículo 1: “*Los Ministros de la Corte Suprema, incluso el fiscal, en las horas que les queden libres después del despacho de causas, se dedicarán a la formación de los proyectos de Código Civil, militar y demás que necesite la Nación*”<sup>809</sup>. El decreto obligaba a la Corte a remitir mensualmente el resultado de sus trabajos al Consejo de Gobierno, quien los discutiría y devolvería al tribunal con sus observaciones; y establecía otros pormenores.

La Corte Suprema empezó a cumplir el cometido el 30 de octubre de 1855 con la redacción de un *Título preliminar* y un libro I: *De las personas*, que terminó a fines de enero de 1856; el 28 de enero de este año comenzó la redacción de un libro II: *De los bienes, de la propiedad y de sus diferentes modificaciones*; el 21 de abril de 1856 continuó el trabajo con un libro III: *De las sucesiones*, que a fines de 1856 aun no concluía. Hacia febrero de 1857, el proyecto contaba con un total de 863 artículos<sup>810</sup>, que la Corte había ido entregando por partes al Ejecutivo, para su estudio por el Consejo de Gobierno, como ordenaba el decreto que la comisionó.

2. El proyecto de la Corte contenía una novedad sistemática, que modificaba el plan por entonces ya clásico del código francés: aquel separaba la materia de las sucesiones en un libro especial (el III), que éste trataba entre los modos de adquirir, en su libro III, conjuntamente con las obligaciones y los contratos. Presumiblemente, pues, la Corte tenía planeado concluir su proyecto con un libro IV sobre obligaciones y contratos. Tal vez la idea de reservar un libro entero a las sucesiones haya sido sugerida a la Corte por la experiencia del proyecto de código chileno, que en sus sucesivas versiones de 1841-1845, 1846-1847 y 1853 adoptaba precisamente ese criterio. Como veremos, la Corte conocía esta experiencia.

Ahora bien, aparte esa novedad, para la redacción de su proyecto, la Corte siguió de cerca, como modelo, al *Código Civil Santa Cruz* o *Boliviano*, según una cierta tradición que se había inaugurado en el Ecuador desde 1835; en menor medida secundó al *Código Civil del Perú* de 1852; sin embargo, en el libro III se mostró menos dependiente de uno y otro. En todo caso normalmente no se limitó a copiar las disposiciones que

---

<sup>808</sup> Su texto en CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 183 ss.

<sup>809</sup> El texto del decreto en CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 185 s.

<sup>810</sup> El manuscrito del proyecto de la Corte Suprema ha sido editado por CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 191-346. En él figuran las fechas en que se inició la redacción de cada una de sus partes, precedentemente indicadas.

encontraba en sus fuentes y procedió a nuevas redacciones, por lo general muy correctas y precisas. Pero aun así, el cotejo del sistema y del contenido del proyecto con dichas fuentes permite descubrir la relación de dependencia.

#### IV. La adopción del Código Civil de la República de Chile

1. Sorpresivamente, la Corte Suprema, por intermedio de su presidente, Antonio Bustamante, en oficio de 21 de febrero de 1857, manifestó lo siguiente al Ministro del Interior: *“Después de trabajada y aun pasada a Us. H. una gran parte del proyecto del Código Civil, para cuya formación se comisionó a esta Corte por un decreto legislativo, ha visto ella el Código que sobre la misma materia se ha dado ya la República de Chile y se halla actualmente en observancia. Sabíase desde muy atrás que esa República hermana nuestra de idéntica progenie, de lenguaje, costumbre y legislación idénticas, sintiendo como nosotros la necesidad de reducir a un solo cuerpo los varios en que están esparcidas las leyes que arreglan el derecho privado, de mejorarlas con las luces modernas y de atemperarlas a las instituciones y usos dominantes en América, había encargado la formación de esta obra a una muy respetable comisión, poniendo a su frente al sabio colombiano señor Andrés Bello, muy conocido y apreciado en el mundo literario...”*<sup>811</sup>. La Corte se refería, pues, al encargo recibido de redactar un proyecto de Código Civil y al cumplimiento parcial de ese encargo, ya referido; y agregaba tener conocimiento del código de Chile de 1855, vigente ahí desde el 1 de enero de 1857. Tal conocimiento pudo derivarse del hecho de que el Ministro de Justicia de Chile (que en ese momento era a la vez Ministro de Relaciones Exteriores), mediante nota de 10 de octubre de 1856, había despachado ejemplares del código de su país a diversas cancillerías americanas<sup>812</sup>; y lo más probable es, pues, que la Cancillería ecuatoriana haya puesto el ejemplar del código recibido en conocimiento de la Corte Suprema, atendido que por entonces ella se ocupaba en codificar. Pero aquella, además, demuestra haber tenido noticia previa de algunos antecedentes del código chileno, pues dice en el oficio de 21 de febrero: *“Sabíase desde muy atrás que esa República hermana... había encargado la formación de esta obra a una muy respetable comisión, poniendo a su frente al sabio colombiano señor Andrés Bello...”*. La *“respetable comisión”* aludida era la Comisión de Legislación del Congreso Nacional, creada en Chile en septiembre de 1840, con el cometido de codificar.

Añadía en seguida el tribunal, en el mismo oficio de 21 de febrero de 1857: *“La Corte, que no abriga sentimiento de orgullo y vanidad y que cree que no hay mengua alguna en adoptar lo bueno que ya se encuentra hecho, no ha vacilado en volver sobre sus pasos, dando de mano a sus trabajos anteriores y se ha contraído a examinar dicho código. De este examen ha resultado la convicción de que su plan es preferible al que se había trazado la Corte y que su doctrina y aun su estilo podían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieren necesarias. Así lo está haciendo la*

---

<sup>811</sup> Oficio de la Corte Suprema al Ministro de Estado en el Despacho del Interior, Quito, 21 de febrero de 1857, transcrito CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 363 s.

<sup>812</sup> El texto de la nota en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, doc. N° 277, p. 392.

*Corte, y hoy tiene la satisfacción de remitir, por mi órgano, el título preliminar del mencionado código que ha revisado hasta aquí, para que el Consejo de Gobierno contraiga a él sus observaciones, mas bien que al que se tenía pasado antes de ahora*"<sup>813</sup>.

Con posterioridad, en un nuevo oficio, de fecha 16 de septiembre de 1857, decía el Tribunal al Ministro: "...ha proseguido la Corte remitiendo periódicamente al Consejo de Gobierno las materias de ese código [el chileno], conforme las iba examinando y apropiando a nuestras circunstancias con varias adiciones y ligeras reformas. El Consejo ha tenido a bien hacer sobre ellas algunas observaciones, las que, tomadas en consideración por esta Corte, ha acogido unas y, negándose a la adopción de otras, razonando las causas de la negativa. Todo esto ha visto ya la luz pública por haberse insertado en el periódico oficial, llenando así el objeto que se propuso el legislador en un decreto de 26 de octubre de 1855. Sin embargo, la Prensa no ha hecho reparo alguno acerca del asunto; y se ha limitado únicamente a recomendar al presente Congreso que contraiga a él su preferente atención. Se ha concluido ya el examen y publicación de esta obra, y hoy me cabe la satisfacción de remitir a V. E. el original íntegro, adjudicando las indicadas observaciones del Consejo de Gobierno y las contestaciones dadas por esta Corte; estando aquéllas marcadas con el N° 1 y éstas con el N° 2, para que se sirva someterlo al conocimiento de esa honorable Cámara"<sup>814</sup>.

2. La Corte Suprema, pues, a fines de 1856 o a principios de 1857, cuando tenía redactados 863 artículos de su propio proyecto, se abstuvo de continuarlo y, en reemplazo, empezó a examinar el código chileno; el 21 de febrero de 1857 envió al Gobierno el *Título preliminar* de ese código revisado; con posterioridad, prosiguió con la remisión por partes; en septiembre del mismo año, le envió el texto íntegro<sup>815</sup>. Entretanto, el Consejo de Gobierno había formulado observaciones, que la Corte en algunos casos aceptó y rechazó en otros; todo el material acumulado fue publicado en el periódico oficial. Se ve que el camino emprendido por la Corte concitó unanimidad: no solo lo avaló el Consejo de Gobierno con sus observaciones, sino que también la Prensa, como lo hizo notar la Corte en su oficio de septiembre.

3. El proyecto de la Corte Suprema fue editado en diciembre de 1857, en Quito. El Senado había empezado a conocerlo el día 17 de septiembre de ese año; su Comisión de Legislación lo informó favorablemente el 3 de octubre, pero le introdujo algunas enmiendas; la discusión en el Senado continuó hasta el 22 de octubre; y también ahí le fueron incorporadas algunas modificaciones. La Cámara de Representantes comenzó a

---

<sup>813</sup> Vid. supra n. 811.

<sup>814</sup> *Oficio de la Corte Suprema al Ministro de Estado en el Despacho del Interior*, Quito, 16 de septiembre de 1857, en CALDERA, Rafael, *Don Andrés Bello, codificador civil de Iberoamérica*, en *Cuarto Libro de la Semana de Bello en Caracas* (Caracas, 1955), pp. 396 ss. Hago notar que el contenido del oficio de 21 de febrero de 1857, citado supra, aparece reproducido en el interior de este de 16 de septiembre.

<sup>815</sup> El manuscrito encuadernado se conserva en el Archivo del Poder Legislativo, con el siguiente título: "*Proyecto de Código Civil presentado a la Legislatura de 1857, por la Corte Suprema de la República, en observancia del decreto de 26 de octubre de 1855*": vid. CÓRDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 366.

debatir el proyecto aprobado por el Senado el 27 de octubre y lo despachó el 19 de noviembre con nuevas reformas. El Senado consideró éstas en su sesión de 19 de noviembre y como insistiera en algún predicamento suyo, debió pasar el proyecto a la Cámara de nuevo, que lo despachó al día siguiente y el día 21<sup>816</sup>. El 21 de noviembre de 1857 el proyecto fue aprobado por el Congreso. Su edición príncipe fue el 3 de diciembre del mismo año<sup>817</sup>. El 6 de marzo de 1858 lo sancionó el Vicepresidente de la República, pero no lo promulgó<sup>818</sup>; la promulgación de *Código Civil de la República del Ecuador* solo tuvo lugar el 4 de diciembre de 1860 en virtud de un decreto de la Junta Provisional de Gobierno, el cual ordenó, además, que empezara a regir desde el 1 de enero de 1861<sup>819</sup>. Ciertos acontecimientos políticos habían retrasado el acto.

4. El *Código Civil de la República del Ecuador* es, pues, el código de Chile apropiado “a nuestras circunstancias con varias adiciones y ligeras reformas”, como informaba la Corte Suprema<sup>820</sup> en su oficio de septiembre de 1857. Se conservó, así, su sistema y su articulado (reducido de 2.524 a 2.499 artículos). El Consejo de Gobierno primero, y después el Congreso introdujeron algunas reformas al proyecto de la Corte. Pero ni las variaciones de ésta, ni la de aquellos dos organismo fueron suficientes como para transformar al modelo en un código distinto<sup>821</sup>.

### § 31. El Código civil la República de Chile en Colombia (desde 1858)<sup>822</sup>

#### I. La ausencia de un movimiento codificador en Nueva Granada (Colombia) hasta 1853

1. El 20 de julio de 1810, un Cabildo Extraordinario reunido en Santa Fé de Bogotá, capital del Virreinato de Nueva Granada, erigió una Junta de Gobierno Supremo y sentó las bases para una constitución fundada en la libertad e independencia y en un sistema

---

<sup>816</sup> Las actas de las sesiones de ambas ramas del Congreso, en que se trató el código han sido editadas por CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 406-431.

<sup>817</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>818</sup> CEVALLOS, *Historia* cit. (n. 781), p. 249.

<sup>819</sup> En CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, p. 433.

<sup>820</sup> Las escasas diferencias entre el código chileno y el proyecto de la Corte Suprema aparecen descritas en CORDOVA, Andrés, *Derecho civil ecuatoriano* cit. (n. 781), Vol. I, pp. 367-402.

<sup>821</sup> Las también escasas diferencias entre ambos códigos aparecen reseñadas en CEVALLOS ARIZAGA, Benjamín, *Historia* cit. (n. 781), pp. 369 ss.

<sup>822</sup> Lit.: URIBE MISAS, Alfonso, *Estudio preliminar a la edición del Código Civil de Colombia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1963), pp. 9 ss.; HARKER PUYANA, Edmundo, *El Código de don Andrés Bello en Colombia*, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 201 (1973), pp. 25 ss.; BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello y el Código Civil*, en *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, Fund. La Casa de Bello, 1981), espec. pp. 245 ss.; EL MISMO, *El Código de Bello en Colombia*, en *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 411 ss.; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en *VV. AA., 100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, 1987), pp. 187 ss. = *RChHD*. 14 (Santiago, 1991), pp. 291 ss., que se citará según la edición colombiana.

federativo, aun cuando todavía se reconocía la soberanía de Fernando VII “*siempre que venga a reinar entre nosotros*”<sup>823</sup>. El 27 de noviembre de 1811 se emitió un Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada<sup>824</sup>. El 18 de julio de 1821, el territorio se incorporó en la (Gran) Colombia<sup>825</sup>, en la que formó su Departamento de Cundinamarca. Después de la disolución de la (Gran) Colombia en 1830, ese Departamento (o provincias del centro de Colombia, como se lo solió identificar), se constituyó en un Estado unitario con el nombre de Nueva Granada, cuya primera Constitución Política fue emitida en 1832<sup>826</sup>; la situación no varió en la Constitución de 1843, que organizó la República de Nueva Granada<sup>827</sup>. La de 1853<sup>828</sup>, la reorganizó dando notable autonomía a las provincias. Pero un Acto Adicional a la Constitución, o sea una reforma, de 27 de febrero de 1855 erigió al territorio de Panamá en Estado Federal soberano miembro de la República<sup>829</sup>. Tres reformas sucesivas crearon los Estados Federales de Antioquía, en 1856, de Santander en 1857, y de Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena, también en 1857<sup>830</sup>. En 1858 se dictó una nueva Constitución Política, que estableció una forma federal con el nombre de Confederación Granadina sobre la base de los Estados Federales creados previamente<sup>831</sup>. En 1861, esta Confederación Granadina fue sustituida por un nuevo Estado Federal al que se denominó Estados Unidos de Colombia, cuya Constitución fue emitida en 1863<sup>832</sup>. Finalmente, el Estado Federal fue reemplazado por otro de tipo unitario, con el nombre de República de Colombia, en la Constitución de 1886<sup>833</sup>

2. La historia de la codificación en la futura Colombia, igual que en Quito (Ecuador) y Venezuela, admite una división desde los comienzos de su Revolución de Independencia en julio de 1810, hasta su ingreso en la (Gran) Colombia; desde entonces, dicha historia se hace común con la de todos los países integrantes; en fin, a partir de la disolución de la (Gran) Colombia en 1830, vuelve a ser propia.

---

<sup>823</sup> El acta del Cabildo: en URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1977), Vol. I, pp. 293 ss.

<sup>824</sup> *Ibíd.*, pp. 365 ss..

<sup>825</sup> La ratificación granadina de la *Ley fundamental de la República de Colombia*: en RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones Políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, Univ. Externado y otros, 1995), pp. 49-52.

<sup>826</sup> La *Ley Fundamental de la Nueva Granada* es de 17 de noviembre de 1831: *ibíd.*, 135 ss. La *Constitución Política del Estado de la Nueva Granada* es de 1 de marzo de 1832: *ibíd.*, pp. 143 ss.

<sup>827</sup> *Ibíd.*, pp. 189 ss.

<sup>828</sup> *Ibíd.*, pp. 227 ss.

<sup>829</sup> *ibíd.*, pp. 245 ss.

<sup>830</sup> Los actos *ibíd.*, pp. 249-257.

<sup>831</sup> *Ibíd.*, pp. 263 ss.

<sup>832</sup> El Pacto de Unión que creó los Estados Unidos de Colombia: *ibíd.*, pp. 285-294. La Constitución de 1863: *ibíd.*, pp. 303-339.

<sup>833</sup> *Ibíd.*, pp. 343

a) En el primer período, la idea de codificar aparece tempranamente en varios actos constitucionales, que en ese punto seguramente procedieron bajo la inspiración de la Constitución de Cádiz. Desde luego, en la Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811, se lee en su art. 24 del título VI: *“El primer cuidado del Cuerpo Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código<sup>834</sup> que nos rige, a fin de adaptarlo a la reforma del gobierno que se ha establecido; entretanto que se verifica esta reforma debe declararse y se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor, en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución”<sup>835</sup>*. Más escuetamente, el artículo 7 N° 3 del Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, de 27 de noviembre de 1811, reservaba a la Federación: *“La formación de sus códigos civiles y criminales”<sup>836</sup>*. La norma de Cundinamarca inspiró la de otras constituciones particulares, como la del art. 9 del capítulo III, de la Constitución de la República de Tunja de 9 de diciembre de 1811, que decía: *“Luego que lo permitan las circunstancias, deberá ocuparse [la Legislatura] en la formación de un sabio Código civil, y otro criminal...”<sup>837</sup>*; norma ésta repetida en el art. 9 del título III, sección 1ª de la Constitución del Estado de Antioquía de 21 de marzo de 1812<sup>838</sup>. La antes citada de Cundinamarca también se refleja en el art. 20 del título VI de la Constitución del Estado de Cartagena de Indias, de 5 de junio de 1812, que disponía: *“Uno de los objetos principales que ocupará la atención del Cuerpo Legislativo será la revisión y reforma del Código que nos rige, a fin de acomodarlo al sistema de gobierno establecido”<sup>839</sup>*; y se repite en el art. 34 del título IV de la nueva Constitución de la República de Cundinamarca, de 18 de julio de 1812: *“El primer objeto del Poder Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código que nos rige, a fin de adaptarlo a la forma de gobierno que se ha establecido; y entretanto que se verifica esta reforma se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor, en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución”<sup>840</sup>*. Fuera de estas declaraciones programáticas, no se observa ningún intento efectivo por codificar durante este primer período.

b) En la época grancolombina, en cambio, cabe recordar<sup>841</sup> el decreto del Encargado de la Presidencia, el general Francisco de Paula Santander, de 5 de enero de 1822, cuyo art. 1 creaba una comisión de letrados para que, en vista *“de los códigos civiles y penales más célebres de Europa, de la legislación española y de las bases fundamentales sobre que se ha organizado el sistema de gobierno de Colombia, redacte*

---

<sup>834</sup> En realidad, “código” significa aquí “legislación” y no tanto “código” en sentido moderno.

<sup>835</sup> En URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia* cit. (n. 823), p. 330.

<sup>836</sup> *Ibíd.*, p. 367.

<sup>837</sup> *Ibíd.*, p. 401.

<sup>838</sup> *Ibíd.*, p. 429.

<sup>839</sup> *Ibíd.*, p. 494.

<sup>840</sup> *Ibíd.*, p. 448.

<sup>841</sup> *Vid. supra* § 30, I, 2.

*un proyecto de legislación propio y análogo a la república*<sup>842</sup>; el decreto de Simón Bolívar, de 31 de enero de 1825, por el que nombraba una nueva comisión destinada a formar *“un proyecto de código civil y criminal y presentarlo, con la brevedad posible, al Gobierno para que éste lo someta al Congreso”*<sup>843</sup>; y el nombramiento de una comisión por el Ministro del Interior, bajo inspiración de Bolívar, el 31 de julio de 1829, destinada a examinar el *Code Civil Napoléon* a fin de introducirle las modificaciones necesarias para su adopción en la (Gran) Colombia<sup>844</sup>; iniciativas estas que no produjeron frutos. En fin, la última Constitución de la (Gran) Colombia, la de 1830, su art. 36 N° 22 dispuso ser atribución exclusiva del Congreso *“formar los códigos nacionales de toda clase”*<sup>845</sup>.

c) Disuelta la (Gran) Colombia y constituido el Estado o República de Nueva Granada, el tema de la codificación desapareció del horizonte, con excepción de su programación en la Constitución de 1832, cuyo art. 74 N° 24<sup>846</sup> repitió la norma sobre formar códigos nacionales como atribución del Congreso, que ya contenía la grancolombiana de 1830, antes vista. Pero las Constituciones de Nueva Granada de 1843 y 1853, e incluso la de la Confederación Granadina de 1858 ya no retuvieron una disposición semejante. De hecho, solo desde 1853 se observa algún intento efectivo de codificar en lo civil.

En correlación, fueron frecuentes y reiteradas las declaraciones normativas que afirmaban la vigencia del derecho tradicional y establecían el orden de prelación de sus diferentes partes y en relación con el patrio, lo cual suponía precisamente la ausencia de todo horizonte codificador en lo civil, aunque, en realidad, declaraciones de ese género ya se encuentran en la Constitución de 1821, en la Ley de Procedimiento Civil de 13 de mayo de 1825, en un decreto de 12 de diciembre de 1829, todas del período grancolombiano; pero ellas vuelven a aparecer con posterioridad, en la nueva Ley de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1834; en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Confederación, de 29 de junio de 1858; en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Unión, la N° 19, de 30 de abril de 1864, adicionada y reformada por la ley 42 de 16 de mayo de 1865 y en el Código Judicial de la Unión, aprobado por la ley 57 bis, de 7 de junio de 1872<sup>847</sup>.

Debe considerarse también como índice de la ausencia de ese horizonte codificador en lo civil, la ley de 4 de mayo de 1843, que ordenó al Poder Ejecutivo compilar todos

---

<sup>842</sup> Vid. supra n. 784; también BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 413.; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), pp. 193 s.

<sup>843</sup> Vid. supra n. 785.

<sup>844</sup> Vid. supra n. 787; también MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), pp. 194.

<sup>845</sup> En RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, 1995), p. 110.

<sup>846</sup> *Ibíd.*, p. 160.

<sup>847</sup> Para el detalle de todas estas normas: vid. BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* cit. (n. 822), pp. 414 s.; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), pp. 187 y 192.



los decretos y leyes expedidos por la República, lo que se cumplió en 1845, al ser publicado un cuerpo de los expedidos entre 1821 y 1844 y que se conoce con los nombres de *Recopilación de Leyes de la Nueva Granada* y “Recopilación Granadina”, cuyo proyecto diseñó Clímaco Ordóñez y completó Lino de Pombo. En 1850, dicha compilación fue adicionada con un apéndice de leyes emitidas entre 1845 y 1850, confeccionado por José Antonio de Plaza<sup>848</sup>.

## II. El Proyecto de Código Civil de Justo Arosemena (1853) y el Código Civil de Magdalena I (1857)<sup>849</sup>

1. La historia de la efectiva codificación civil en Nueva Granada se inicia con un decreto de 10 de mayo de 1853 que autorizó al Ejecutivo para contratar la redacción de códigos. Poco después, el jurista, diplomático, publicista y político panameño, Justo Arosemena (1817-1896), ofreció un *Proyecto de Código Civil*<sup>850</sup>, junto a otros en las materias penal, de organización judicial y de procedimientos civiles y criminales<sup>851</sup>. Por decreto de 16 de mayo de 1853, el Presidente de la República designó una comisión para el examen de esos proyectos y de otros presentados por Antonio del Real, y para decidir si debían ser enviados a la consideración del Congreso<sup>852</sup>. Al parecer, la comisión informó favorablemente los diversos proyectos de Arosemena, de guisa que fueron remitidos en el mes siguiente al Congreso, en donde empezaron a ser discutidos; el de Código Civil todavía era examinado hacia abril de 1854<sup>853</sup>. Ciertos

---

<sup>848</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), pp. 189 y 194 s.

<sup>849</sup> Vid. supra § 27. Lit: NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil que rigió en Colombia*, como apéndice a: EL MISMO, *Estudio de las obligaciones naturales* (Bogotá, Temis, 1980), pp. 139 ss. (agradezco al Profesor Carlos Ignacio Jaramillo, de la Universidad Xaverian de Bogotá por poder disponer de este artículo); MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit.(n. 822), pp. 197 ss. = *RChHD*. 14 (Santiago, 1991), pp. 291 ss.; CUESTAS, Carlos, *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*, en *Revista Brasileira de Direito Comparado* 7 (Rio de Janeiro, 1993) 12, pp. 63 ss. (que debo al profesor Aloysio Surgik, de la Universidad de Curitiba); este trabajo se ve ahora también en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356 ), pp. 121 ss.; cfr. EL MISMO, *El concepto de persona en el Proyecto de Código Civil de Justo Arosemena*, en *Boletín de la Asociación Venezolana para el Estudio y Difusión del Derecho Romano* N° 4 (1997-1998), pp. 65 ss. Sobre Arosemena, vid. también: MÉNDEZ PEREIRA, Octavio, *Resumen biográfico y bibliográfico de Justo Arosemena*, en *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional* 1 (Panamá, 1944), pp. 17 ss.; SOLANO, Armando, *Justo Arosemena: el hombre y el medio*, ibíd, pp. 22 ss.

<sup>850</sup> Dispongo de la fotocopia de un impreso, sin su carátula original, si la tuvo, cuya pág. 1 es: [viñeta]/ *Proyecto/de/ Código Civil*. [viñeta]/ *El Congreso de la Nueva Granada*/... En varias de sus páginas aparece un timbre así: *Biblioteca Nacional/ Salas Generales/ Bogotá*//. Está precedido de una carátula manuscrita, que entre otras cosas, dice: “N° 5, año 1853: *Proyecto de Código Civil presentado al Congreso de la N. Granada en sus sesiones de este año por el Representante de la Prov. cia de Panamá el ilustrado D. Justo Arosemena*”. En efecto, la citada página 1 lleva agregado un número 5 manuscrito. Cfr. MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 195, n. 40, sobre la existencia de dos ejemplares de este proyecto en el Fondo Anselmo Pineda de la Biblioteca Nacional de Colombia, Bogotá.

<sup>851</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 195.

<sup>852</sup> Cuestas, Carlos, *Romanismo* cit. (n. 849), p. 15 ss. (= 131 s.)

<sup>853</sup> En la Biblioteca Nacional de Santiago de Chile, bajo la signatura 14 (351) 5-pieza 8, he encontrado un impreso titulado *Informe/ [viñeta]/ Imprenta del Neo Granadino 1855*// 51 págs., que

acontecimientos políticos interrumpieron las labores habituales del Congreso y determinaron que en definitiva los proyectos de Arosemena, entre ellos el de Código Civil, no fueron tomados más en consideración<sup>854</sup>.

Tiempo después, el 12 de diciembre de 1857, resultaron sancionados por el recientemente creado estado de Magdalena de la Nueva Granada, y promulgado el día 18<sup>855</sup>. Así, de todos modos, el *Código Civil* de Magdalena, obra de Justo Arosemena, fue el primer código que hubo en alguna parte de la futura Colombia.

2. El proyecto de Arosemena de 1853 constaba de un *Título Preliminar*; un libro I: *De las personas*; un libro II: *De la propiedad*; y un libro III: *De las transacciones*, con 1.483 artículos.

Se ha sugerido que Arosemena hubo de servirse del Código Civil del Perú de 1852 para redactar su propio proyecto, dada la especial vinculación del jurista istmeño con esa nación sudamericana<sup>856</sup>. La verdad es que aquél no se fundó en el mencionado código peruano, sino en su antecedente inmediato: el *Proyecto de Código Civil del Perú* de 1847. Que así fue lo demuestra el cotejo de los tres cuerpos, que arroja el siguiente resultado: la casi totalidad de los textos del proyecto de Arosemena, y su ordenación, coinciden con los del proyecto de 1847 y su ordenación, en tanto ambos cuerpos difieren del código de 1852, como algunos ejemplos lo permiten ver.

Pyto. 1847	Pyto. Arosemena	CC. Perú 1852
Art. 1: “Las personas o los hombres son según su estado natural nacidos o por nacer”	Art.1: “Las personas o los hombres son según su estado natural nacidos o por nacer”	Art. 1: “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”
Art. 797: “Servidumbre es el derecho que tiene una persona sobre los edificios y heredades ajenas, para aplicarlo a	Art. 831: “Servidumbre, es el derecho que tiene una persona sobre los edificios y heredades ajenas, para aplicarlos a	Art. 1.077: “Llámase servidunmbre al derecho de hacer o de impedir que se haga algo en la cosa ajena, y también al mismo gravamen que

---

contiene un *Informe que para el 2º debate del Proyecto de Código Civil presenta la Comisión nombrada al efecto*, de 15 de abril de 1854 (pp. 1-35), firmado por los señores Manuel J. González, Zenón Solano, Salvador Camacho Roldán, R. Antonio Martínez y Vicente Herrera, y que examina el libro 1º del Proyecto de Arosemena.

<sup>854</sup> AROSEMENA, Justo, *El estado federal de Panamá*, ahora en AROSEMENA, Justo, *Estudios históricos y jurídicos* (Buenos Aires y otras, W. M. Jackson, 1945), p. 81: “Por fin en 1853 y 1854 se presentaron a las Cámaras legislativas juegos completos de códigos para ser discutidos y aun algunos, como los judiciales, se tuvieron por duplicado, de diversos autores. Apenas se aprobó en la Cámara de Representantes el nuevo código penal y todos los demás proyectos quedaron intactos”.

<sup>855</sup> Vid. supra § 27.

<sup>856</sup> CUESTAS, *Romanismo* cit. (n. 849), p. 93 (= p. 138).

cierto y determinado uso, aprovechándose de él en utilidad propia o de sus predios”.

cierto y determinado uso, aprovechándose de ellos en utilidad propia o de sus predios”.

sufre la cosa por consecuencia de este derecho”.

Art. 903: “Convención es el convenio, por virtud del cual dos o más personas se obligan y consienten de un modo expreso o presunto, en darse, hacerse o prestarse alguna cosa”.

Art. 913: “Convención o contrato, es un hecho por virtud del cual dos o más personas se obligan, y consienten en darse, hacerse o prestarse alguna cosa”.

Art. 1.226: “Contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Estas comparaciones muestran, en efecto, que los artículos del Proyecto de Arosemena fueron tomados de los correspondientes del proyecto de 1847 y no de aquéllos del código de 1852. Pero se trata nada más que de ejemplos, pues la similitud se repite a lo largo de casi todo el proyecto del jurista panameño.

Pese a haber adoptado muy plenamente su modelo, Arosemena no dejó de practicarle algunas supresiones, que a veces afectaron a tratados completos: así, en el lib. I, sec. 2ª resultaron eliminados los títulos 6º: *De los médicos, cirujanos, boticarios y sangradores*; 7º: *De los legos y eclesiásticos*; 8º: *De los ingenuos, siervos y libertos*; 9º: *De las manumisiones*. En el lib. II, se desechó la sec. 7ª: *Del patronato y de las capellanías*. En el lib. III, sec. 1ª, se suprimió el título 4º: *Del beneficio de restitución*; así como el título 5º de la sec. 3ª: *De la gruesa ventura* y la mayor parte de las reglas sobre el contrato de seguro del título 4º de esa misma sección; también se eliminó la sec. 6ª: *De las libranzas y letras de cambio*. Estas detracciones de tratados completos, más otras de artículos singulares, determinaron una rebaja en el articulado, de 2.055 artículos de que consta el proyecto peruano de 1847, a 1.483 que integran el proyecto de Arosemena.

Además, en ocasiones este introdujo mudanzas a su modelo, si bien la mayoría fueron formales. En el paralelo de artículos precedente se pueden observar algunas de estas mudanzas, como se ven al comparar el art. 903 del proyecto peruano con el 913 del de Arosemena, concernientes a la definición de convención.

Fuera de lo anterior, los cambios más notables atañieron a las rubricaciones y a la sistemática.

Constantemente, en efecto, Arosemena varió las rúbricas. Así, por ejemplo, en donde el proyecto peruano decía: *De los varones y de las mujeres* (lib. I, sec. 1ª, título 2º), el de Arosemena dice simplemente: *Sexo* (lib. I, título 1º, capítulo 2º); o en donde el primero rubricaba: *De los mayores y menores* (lib. I, sec. 1ª, título 3º), el segundo titula en forma lacónica: *Edad* (lib. I, título 1ª, capítulo 3º), etc.

Especialmente se puede apreciar ese tipo de variación en la rubricación general:

Pyto. de 1847  
TÍTULO PRELIMINAR

Lib. I: *De las personas y de los derechos que como tales tienen*

Lib. II: *De las cosas: del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*

Lib. III: *De los derechos que unas personas tienen sobre otras, o de las obligaciones que nacen de los contratos o cuasicontratos*

Pyto. Arosemena  
TÍTULO PRELIMINAR

Lib. I: *De las personas*

Lib. II: *De la propiedad*

Lib. III: *De las transacciones*

Aunque se observará que conceptualmente ambos sistemas son idénticos, no obstante la diferenciación de palabras rubricantes.

Otro aspecto sistemático diferenciador es que el proyecto peruano se divide en libros, y estos en secciones, subdivididas en títulos; en tanto el proyecto de Arosemena se distribuye en libros, estos en títulos que se esparcen en capítulos, los cuales a veces se subdividen en secciones.

En ocasiones, Arosemena cambio de localización algún tratado, sin variar mayormente su contenido: así ocurre con lo relativo al matrimonio, que en el proyecto de 1847 aparece en el libro III, sec. 2<sup>a</sup>, tít. 1<sup>o</sup>, entre los contratos, en tanto que en el proyecto de aquél figura en el lib. I, tít. 3<sup>o</sup>, en materia de personas.

En fin, dado que a veces el proyecto peruano no rubricaba ciertas materias, que así aparecían confundidas con otras, Arosemena les agregó una rúbrica concerniente, para diferenciarlas: tal ocurre, por ejemplo, con el tratado sobre los registros civiles, que aparecen como títulos 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> del libro I en Arosemena, mientras que en el proyecto de 1847 figuran bajo una rúbrica general *Poder doméstico*, en la sec. 4<sup>a</sup>, tít. 1<sup>o</sup> (artículos 203 a 248).

3. Cuando la Asamblea del Estado de Magdalena aprobó el proyecto de Arosemena en 1857, lo hizo no sin modificaciones, de lo cual se dejó constancia en la ley misma que dio sanción a ese proyecto. Como estas variaciones no debieron de ser sustanciales ni numerosas, entonces podemos dar por establecido que el Código Civil de Magdalena fue tal con dos niveles de reformas en relación con el proyecto de código peruano de

1847: las que Arosemena introdujo en ese modelo peruano; y las que la Asamblea de Magdalena introdujo al proyecto de Arosemena<sup>857</sup>.

Estas últimas modificaciones redujeron el volumen del texto de Arosemena de 1.483 a 1.441 artículos que ofrece el código aprobado para Magdalena, distribuidos en una estructura integrada por un *Título Preliminar* y 3 libros, así: I: *De la familia*; II: *De la propiedad*; y III: *De las transacciones*. Tal estructura y sus rubricas eran las mismas del proyecto de Arosemena.

Como se ha dicho, el código de Magdalena fue el primero de su especie en la Confederación Granadina; pero los restantes Estados no habrían de imitarlo en cuanto al modelo seguido para hacer lo propio.

### **III. La adopción del código de Bello en los diferentes estados de la Confederación Granadina**

1. En virtud de un Acto adicional (reforma) a la Constitución (de 1853), de 27 de febrero de 1855, que creó el Estado Federal de Panamá, se estableció en su artículo 4 que, fuera de ciertas materias reservadas a la Nueva Granada, “*en todos los demás asuntos de legislación y administración, el Estado de Panamá estatuye libremente lo que a bien tenga por los trámites de su propia Constitución*”<sup>858</sup>. Entre 1856 y 1857, como vimos, fueron creados los Estados de Antioquía, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena; en 1861 se erigió el Estado de Tolima<sup>859</sup>. En todos los casos, estos Estados estuvieron dotados de las mismas facultades concedidas a Panamá por el artículo 4 de la reforma de 1855. De acuerdo con ella, pues, la competencia legislativa general –que incluía las materias civiles– quedó reservada a los Estados Federales.

Entre 1858 y 1866, los Estados de la Confederación Granadina ejercieron la facultad, pero, salvo en dos casos, lo hicieron adoptando como propio el código de Chile; y aún así, uno de esos casos resultó ser provisional en relación con la generalidad de lo obrado en el resto de los Estados.

El código de Bello llegó a la Confederación por vía diplomática, pero también por una vía privada.

2. Desde principios de 1853 hasta septiembre de ese mismo año, el político y escritor neogranadino Manuel Ancízar y Basterra permaneció en Chile como Encargado de Negocios de su patria y ahí entabló amistad con Andrés Bello, quien a la sazón había dado término a su *Proyecto de Código Civil*, editado precisamente entre enero y marzo de aquel año<sup>860</sup>. Cuando Ancízar hubo de dejar su embajada en Chile, la relación que

---

<sup>857</sup> Vid. un análisis del contenido del código de Magdalena en NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil* cit. (n. 849), p. 143 ss.

<sup>858</sup> En RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituciones de Colombia* cit. (n. 845), p. 245.

<sup>859</sup> Mediante un simple decreto legislativo del General Tomás Cipriano de Mosquera, de 18 de julio de 1860:

<sup>860</sup> ANCÍZAR SORDO, Jorge, *Relaciones entre Bello y Ancízar, en Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), Vol. I, p. 137 ss.

estableció con Bello continuó epistolarmente. Así, en carta fechada en Bogotá, el de 10 de julio de 1856 –casi siete meses después de la aprobación del *Código Civil de Chile*–, decía Ancizar a Bello: “...me alegraría que ...haya visto Ud. cómo se ha dado en mi país el último paso para establecer por fin la completa independencia municipal de las secciones, las cuales, en lo sucesivo, se gobernarán por sí mismas, siendo dueños de todos sus intereses peculiares. Entre las nuevas atribuciones que están a punto de conferirse a las grandes provincias que se organizarán dentro de un año con el nombre de Estados, se enumera la de darse cada cual la legislación civil y penal que le convenga. Pues bien, de varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código Civil que Ud. elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo. Es seguro que Ud. con su bondad genial, se prestará a satisfacer aquel deseo recomendable, pues se trata de aprovecharnos del saber de otros países, y de preferir a cualesquiera otras las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser una primer paso dado hacia la apetecida unidad social de nuestro continente. Ruégole, pues, que bien sea directamente, bien por medio del Ministerio de R. E. de esa república, dirigiéndose al de ésta, me remita 4 ejemplares del Código Civil...”<sup>861</sup>. En el primer párrafo de esta carta, Ancizar se refería a los acontecimientos que conducían a la creación de Estados en la Nueva Granada, con plenas facultades para darse legislaciones propias, a que antes aludimos al hablar de la reforma de 1855.

Mediante carta de 11 de octubre de 1856, Bello comunicó a Ancizar haber accedido sin dificultad el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile al envío de los cuatro ejemplares solicitados<sup>862</sup>; y le reiteró la misma noticia en carta de 28 de noviembre del mismo año<sup>863</sup>. Por su parte, Ancizar participó a Bello lo que sigue en carta enviada desde Bogotá el 13 de marzo de 1857: “Como ya he recibido, enviados desde Lima, cuatro ejemplares del Código Civil, y por otra parte he obtenido en la Cámara de Representantes que se ordene hacer una edición nacional de aquella obra para distribuirla entre las legislaturas de nuestros Estados, desisto de la petición que le hice...”<sup>864</sup>.

Así, pues, Ancizar consiguió finalmente los 4 ejemplares del código chileno, a principios de 1857, si bien no por conducto del ministerio, no obstante lo cual consta que éste envió un ejemplar de dicho código al Presidente de Nueva Granada, mediante nota circular de 10 de octubre de 1856<sup>865</sup>. Tales hechos determinaron la difusión de ese código en la Nueva Granada, pues no hay constancia de que la edición granadina prevista por Ancizar en su carta de marzo de 1857 haya tenido lugar<sup>866</sup>.

---

<sup>861</sup> En BELLO, Andrés, *Obras completas*, Vol. XXVI, Vol. 2: *Epistolario* (Caracas, La Casa de Bello, 1984), p. 334.

<sup>862</sup> En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 861), p. 338.

<sup>863</sup> En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 861), p. 340.

<sup>864</sup> En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 861), p. 351.

<sup>865</sup> Su texto: en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 277, p. 392 s.

<sup>866</sup> ANCÍZAR SORDO, Jorge, *Relaciones entre Bello y Ancizar* cit. (n. 860), p. 143.

3. El uso de la competencia legislativa propia por parte de los Estados de la Confederación Granadina, a que ya se refería Ancizar en su carta a Bello de julio de 1856, dio sus primeros frutos en el de Magdalena, con la sanción, como vimos<sup>867</sup>, del Proyecto de Justo Arosemena, el 12 diciembre de 1857, que fue promulgado como Código Civil el día 18 siguiente, y que fue el primer código civil que rigió en alguna parte de la Confederación; por lo demás, él estuvo vigente solo hasta 1867<sup>868</sup>.

4. En los demás Estados, el partido adoptado fue otro.

a) Ancizar habría hecho llegar algún ejemplar del código de Bello recibido desde Lima al Presidente del Estado de Santander, Manuel Murillo Toro<sup>869</sup>. Tal puede ser la explicación de que dicho Estado, por ley de 18 de octubre de 1858<sup>870</sup>, adoptara como propio al código chileno, para que entrara a regir el 1 de enero de 1860, aunque después otra ley aplazó la vigencia hasta hasta el 1 de julio de ese año<sup>871</sup>. La Asamblea de Santander, empero, había introducido modificaciones en sentido liberal a los libros I y IV del original<sup>872</sup>.

De esta manera, Santander fue el primer territorio granadino y segundo americano, después del Ecuador, que adoptó el código de Chile, si tomamos en cuenta que el código del Ecuador fue sancionado el 6 de marzo de 1858, aunque se lo haya promulgado solo el 4 de diciembre de 1860. Por otro lado, Santander fue el segundo territorio de la Confederación en tener su Código Civil.

b) En el Estado de Cundinamarca, su Asamblea Constituyente dictó la ley de 26 de octubre del mismo año de 1857, por la que ordenaba la confección de nada menos que 10 códigos por una comisión de 5 personas, con un plazo hasta el último día de agosto de 1858. Como miembro de la comisión designada, Miguel Chiari, Secretario de lo Interior y de Relaciones Exteriores, quedó encargado de preparar el Proyecto de Código Civil. Chiari era amigo de Ancizar, quien a su vez, era miembro de la Asamblea del Estado. Ahora bien, estos hechos: el interés de Ancizar en que se adoptase en la Confederación el código de Bello, como lo dejó manifestado en su carta a éste de julio de 1856; el Ministerio servido por Chiari, al cual, como se vio, debió de llegar un ejemplar de dicho código enviado por el Ministerio chileno en octubre de 1856; la amistad entre Chiari y Ancizar; y, finalmente, el angustiante plazo de que disponía el primero para elaborar un Proyecto de Código Civil; todos ellos explican que la labor codificadora de Chiari haya quedado reducida nada más que a introducir unas ligeras modificaciones al código de Bello y a proponer a la Asamblea del Estado la aprobación de ese cuerpo como código del mismo Estado, lo que aquélla dispuso por ley de 8 de enero de 1859, igual que había hecho poco antes Santander. El nuevo código debía regir

---

<sup>867</sup> Supra §§ 27 y 31, II.

<sup>868</sup> Vid. infra ibi letra j).

<sup>869</sup> HARKER PUYANA, Edmundo, *El Código de don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 29; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 198.

<sup>870</sup> HARKER PUYANA, Edmundo, *El Código de don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 29.

<sup>871</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 198.

<sup>872</sup> HARKER PUYANA, Edmundo, *El Código de don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 30.

desde el 1 de enero de 1860; pero se aplazó su entrada en vigor para el 1 de julio de ese año<sup>873</sup>.

c) En ese mismo año de 1859, por ley de 9 de octubre, el Código Civil de Cundinamarca, o sea el de Chile, fue sancionado como propio por el Estado de Cauca, entonces gobernado por Tomás Cipriano de Mosquera<sup>874</sup>.

d) Por decreto de 12 de abril de 1861, de ese mismo General, que había insurgido en contra del Gobierno de la Confederación, se creó el Estado de Tolima y poco después, en virtud del artículo 5 del decreto de 19 de agosto de 1861, se declaró vigente en dicho Estado “*los códigos de leyes que rigen en el Estado Soberano de Cundinamarca...*”<sup>875</sup>. Con ello, el código de Cundinamarca, o sea el de Chile, empezó a regir también en esta circunscripción.

e) Por decreto de 23 de julio de 1861 fue creado un distrito federal (en torno a Bogotá), que no haría parte de ninguno de los estados y se regiría por leyes propias. El decreto de 11 de noviembre de 1861 puso en vigencia en dicho distrito el tít. 2º del libro III del Código de Cundinamarca, sobre sucesión intestada<sup>876</sup>.

f) Una ley de 3 de enero de 1860, del Estado de Bolívar, prescribió que su Asamblea Constituyente designase a una persona encargada de redactar proyectos de códigos civil, penal y judicial, para ser presentados a la misma Asamblea en su período 1860 o a la Asamblea Legislativa en su próximo período ordinario de sesiones. El designado, diputado Antonio del Real, presentó los respectivos proyectos a la Asamblea en su período de 1861, y el 1 de febrero de 1862 ella expidió el Código Civil, para que entrara en vigencia el 26 de julio de ese año<sup>877</sup>. Ignoramos el modelo seguido por su autor para la confección de este código<sup>878</sup>; pero ese modelo no era el chileno. Este código fue reemplazado por otro en 1883<sup>879</sup>.

g) En el Estado de Panamá, una ley de su Asamblea Legislativa, de 2 de octubre de 1860, modificada por otra 12 de octubre del mismo, estableció un procedimiento para la aprobación de los códigos. El 23 de octubre de 1860, la Asamblea Legislativa sancionó como *Código Civil* el del Estado de Cundinamarca, esto es, el de Chile, que por decreto de 24 de abril de 1861 empezó a regir el 1 de marzo de 1862<sup>880</sup>.

---

<sup>873</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 198; BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* (n. 822), p. 423.

<sup>874</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 202; BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 423; ambos sin mayores datos.

<sup>875</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 199.

<sup>876</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 200.

<sup>877</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 201 s.

<sup>878</sup> Consta de un *Título preliminar* y 5 libros, con un total de 1.329 artículos: todo en MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 201 y n. 73.

<sup>879</sup> Vid. infra ibi letra k).

<sup>880</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 202.



h) Mediante una ley de 10 de diciembre de 1863, una adopción similar del citado Código Civil de Cundinamarca hizo el Estado de Boyacá. En virtud del decreto ejecutivo de 18 de octubre de 1864, su código empezó a regir el 10 de noviembre de 1864<sup>881</sup>.

i) También el Estado de Antioquía se sumó a la corriente general, haciendo suyo el Código de Cundinamarca mediante la ley N° 20 de 17 de septiembre de 1864, cuya vigencia comenzó el 1 de enero de 1865<sup>882</sup>.

j) El Estado de Magdalena, que en 1857 había promulgado el código redactado por Justo Arosemena, también terminó por acoger el de Cundinamarca. Por ley de 23 de enero de 1865, la Convención Soberana de Magdalena autorizó a su Poder Ejecutivo para encargar a personas competentes la revisión de los códigos del Estado, a fin someterlos a la aprobación de la próxima legislatura. Pero el designio era adoptar los códigos de Cundinamarca, como lo dijo claramente el Presidente Tomás Abello en su Mensaje a la Asamblea en septiembre de 1866: “*Comprendiendo la necesidad que hay de mejorar la legislación civil y criminal del Estado, y juzgando que la adopción de los códigos que rigen en Cundinamarca, con algunas modificaciones en sentido liberal, sería la medida más acertada que pudiera acordarse por la Asamblea...*”<sup>883</sup>. Fue así, pues, que la ley N° 39, de 29 de octubre de 1866, adoptó el mencionado código, con algunas modificaciones concernientes al derecho de familia y con la supresión de los censos, para que rigiera desde el 1 de febrero del año siguiente, siempre que las oficinas públicas dispusieran de ejemplares impresos a esa fecha; como ello no ocurriera, el vigor del nuevo código quedó aplazado hasta el 1 de febrero de 1867<sup>884</sup>.

k) En fin, al igual que antes Magdalena, también el Estado de Bolívar, que en 1862 se había dado un código que no seguía al chileno, se introdujo en la tendencia común y terminó por adoptar éste, aunque tardíamente. La Asamblea Legislativa de ese estado, en efecto, aprobó el 22 de noviembre de 1883 una ley después promulgada el 29 de noviembre de ese mismo año por el Presidente V. García, por la cual se sancionaba un código de 2.814 artículos permanentes y se ordenaba que entrara en vigencia desde el 1 de junio de 1884, si bien una ley de 10 de septiembre de este último año dispuso su vigor desde el 1 de enero de 1885<sup>885</sup>. El proyecto había sido redactado por el doctor Eugenio Baena, en seguimiento de un acuerdo tomado por la Asamblea Legislativa en 1877, en orden a redactarlo, que además lo comisionaba para la tarea. Baena se limitó a introducir algunas modificaciones al articulado del código chileno, sensiblemente en el Título preliminar.

---

<sup>881</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 203; BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 423.

<sup>882</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 203.

<sup>883</sup> Texto en NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil que rigió en Colombia*, como apéndice a: EL MISMO, *Estudio de las obligaciones naturales* (Bogotá, Temis, 1980), p. 142.

<sup>884</sup> NOGUERA, Rodrigo, *Primer Código Civil* cit. (n. 883), p. 143; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 204.

<sup>885</sup> Tenemos a la vista un ejemplar del *Código Civil del Estado Soberano de Bolívar. Edición Oficial. Cartagena 1884*, que se encuentra en la Biblioteca Nacional de Chile. De la documentación que se incluye en esta edición hemos tomado los datos que sirvieron para redactar este párrafo.

#### **IV. La adopción del *Código Civil de la República de Chile* en los territorios nacionales en 1873 y en toda la República en 1887**

1. Así, pues, hacia 1866, el código de Bello, por lo general bajo la forma levemente modificada que había adoptado como código de Cundinamarca, regía en casi todos los estados de los ya entonces y desde 1863 Estados Unidos de Colombia; pero no en los territorios del distrito federal o nacionales, con excepción de un título sobre las sucesiones intestadas, como se vió. Siendo Presidente de la Unión Manuel Murillo Toro, quien, como Presidente del Estado de Santander, en 1858 había impulsado la adopción del código de Bello en aquél, propuso lo mismo ahora respecto de los dichos territorios nacionales, secundado por Manuel Ancízar. Al efecto se contrató los servicios del doctor Agustín Núñez, quien había intervenido en los trabajos concerniente al código de Magdalena del año 1857. Hacia 1873, Núñez pudo presentar un proyecto, que no era sino el anterior código del Estado de Santander vigente ahí desde 1860, o sea, el de Chile, con modificaciones. Entre abril y mayo de ese año, el proyecto fue discutido en el Senado de Plenipotenciarios y en la Cámara de Representantes. Una vez aprobado, se lo promulgó mediante la ley N° 84, de 26 de mayo de 1873, que firmó el mismo Presidente Murillo Toro, y empezó a regir en los territorios nacionales el 1 de abril del año indicado. Su edición príncipe se hizo en Bogotá en 1873<sup>886</sup>.

2. En virtud de la Constitución de 1886, Colombia adoptó una forma unitaria de gobierno. En concordancia con ello, el artículo H transitorio de dicha carta prescribió: *“Mientras el poder legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en cada Departamento la legislación del respectivo estado. El Consejo Nacional Constituyente, una vez que asuma el carácter de Cuerpo Legislativo, se ocupará preferentemente en expedir una ley sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”*<sup>887</sup>. La consecuencia fue la ley N° 57 de 15 de abril de 1887, que ordenó regir en la República, noventa días después de su publicación, entre otros: *“El [Código] Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873”*. Por ende, dicho código, que era el antiguo de Santander, vale decir, el chileno, empezó a regir en toda Colombia el 22 de julio de 1887 hasta el día de hoy. La misma ley N° 57, empero, hubo de introducirle algunas modificaciones.

---

<sup>886</sup> Un resumen de los debates en: HARKER PUYANA, Edmundo, *El Código de don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 33; MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 205 s.; BALMES ARTEAGA, Enrique, *Don Andrés Bello* cit. (n. 822), p. 424. Un ejemplar del código de 1873 en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>887</sup> En RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones de Colombia* cit. (n. 845), p. 387.

## § 32. *El Código civil de la República de Chile en El Salvador (1859)*<sup>888</sup>

### I. Los esfuerzos por la codificación en El Salvador

1. Al momento de su Independencia el 15 de septiembre 1821, El Salvador hacía parte de la antigua Capitanía General de Guatemala y siguió su suerte: en 1822, por ende, con toda aquélla entró a formar parte del I Imperio Mexicano de Iturbide, del que, también con toda aquélla, se emancipó en 1823; al año siguiente integró la República Federal de Centroamérica, que hacia 1835 solo funcionaba nominalmente. En 1842, el Salvador, junto a Honduras y Nicaragua, formaron una Confederación Centroamericana, cuya Constitución Política fue emitida el mismo año. Como no fue muy efectiva esta nueva unión, los esfuerzos se reanudaron en 1847 y en 1852, también sin resultados efectivos.

La Constitución de Cádiz de 1812 fue jurada en la ciudad de San Salvador el 8 de octubre de 1812<sup>889</sup>; y su artículo 258, que prescribía la formación de códigos civil y criminal fue así el primer antecedente sobre la materia en el país. Por su parte, la primera Constitución Política particular de El Salvador como miembro de la República Federal, dictada en 1824, facultó al Congreso Nacional para “*Formar el Código civil y el criminal*” en su art. 29 N° 2; pero nada se avanzó sobre estas materias hasta la década de los años 50, pues en 1855 se promulgó un *Código de comercio y enjuiciamiento para las causas de comercio* y en 1857 un *Código de procedimientos judiciales y de fórmulas*.

2. En un mensaje de 21 de enero de 1857 del Presidente de la República Rafael Campo dirigido al Congreso, se expresaba: “*Y hoy que la República goza de tranquilidad y que la publicación de estos códigos hace necesario el no detenernos en el camino de las mejoras judiciales, creo que se os presenta la oportunidad de decretar la formación del Código Civil y de introducir en el Penal aquellas pocas alteraciones que la experiencia ha acreditado por ser necesarias... A mi juicio, si las Cámaras adoptan el pensamiento deben autorizar al Gobierno para encargar estos trabajos a comisiones compuestas de uno o dos individuos que se dediquen a la redacción de un Código Civil bien meditado...*”<sup>890</sup>.

3. El 4 de febrero de 1858, el Congreso, en seguimiento de la iniciativa presidencial, autorizó al Gobierno para designar dos comisiones, una para redactar el Código Civil y otra para hacer lo propio con el Penal, con el encargo de tener presente los respectivos códigos españoles y de Hispanoamérica. El Gobierno nombró entonces el 19 de julio

---

<sup>888</sup> Lit.: GUZMÁN, Mauricio, *Estudio preliminar* a la edición de *Código Civil de El Salvador* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 9 ss.; RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico del Código Civil*, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica. Estudios y conferencias sobre el Código Civil de 1860* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]), pp. 49 ss. En este mismo volumen se encuentran otros trabajos concernientes a diversos aspectos del código.

<sup>889</sup> Texto del acta de la jura: en GALLARDO, Ricardo, *Las constituciones de la República Federal de Centroamérica* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1958), Vol. I, pp. 886 s.

<sup>890</sup> Transcrito por RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico* cit. (n. 888), p. 55.

del mismo año como comisionados a los jurisperitos Justo Abaunza y José María Silva; por renuncia del primero, hubo de ser reemplazado por el licenciado Angel Quiroz.

Esta comisión en poco tiempo presentó un proyecto al Ejecutivo, quien ordenó su revisión por una nueva comisión formada por los licenciados José Eustaquio Cuéllar, Anselmo Paiz y Tomás Ayón. Ella culminó su trabajo con un informe de 20 de agosto de 1859. Por decreto del día 23 de agosto siguiente, el Encargado de la Presidencia de la República senador Gerardo Barrios, procedió a promulgar sin más el nuevo código, que, según él mismo disponía, debía regir desde los 30 días siguientes a su publicación. La primera edición del nuevo cuerpo legal tuvo lugar en 1860 en Nueva York<sup>891</sup>. El 14 de abril de ese mismo año se decretó su publicación para el 1 de mayo, por lo que entró en vigencia el 31 de mayo de 1860.

## II. El Código Civil de la República de El Salvador (1860)

1. EL cuerpo legal promulgado en 1859 es “copia casi exacta del código de Chile”<sup>892</sup> con algunas modificaciones.

Dicho código fue conocido en El Salvador por conducto diplomático. A poco de su entrada en vigencia y primera edición, el Ministro de Justicia de Chile, Francisco Javier Ovalle, envió al de Relaciones Exteriores de El Salvador, por medio del Encargado de Negocios de Chile en Costa Rica, un ejemplar del nuevo código<sup>893</sup>. El Encargado cumplió su misión, y el obsequio fue debidamente agradecida por el Ministro salvadoreño al chileno en septiembre de 1857<sup>894</sup>. El trabajo de los codificadores salvadoreños empezó, como se vio, en julio de 1858, y fue entonces que seguramente el Gobierno puso en su conocimiento el ejemplar del código chileno de que ya disponía.

La Comisión Revisora del proyecto dejó expresa constancia del modelo textual seguido: “*Por lo que toca al método y plan de la obra, la Comisión observa que se ha seguido el del Código chileno, que es en realidad el más completo; como que en su formación se consultaron varios códigos de Europa y América. El informe del Presidente de aquella República al Congreso Nacional del presente año*<sup>895</sup> *justifica la elección de los señores redactores del proyecto*”<sup>896</sup>.

---

<sup>891</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile. Hay edición moderna como *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]).

<sup>892</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico* cit (n. 888), p. 57.

<sup>893</sup> Oficio de 23 de marzo de 1857, en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, N° 284, p. 398.

<sup>894</sup> Vid. la nota de agradecimiento, de septiembre de 1857, transcrita en RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico* cit (n. 888), p. 58.

<sup>895</sup> Se refiere al Mensaje (redactado por Bello) con que el Presidente de Chile propuso al Congreso la aprobación del Código Civil y que se incluyó en la primera edición.

<sup>896</sup> *Informe de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil*, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]), p. 7.

2. Así, pues, el código de 1859 se ciñe completamente al chileno de 1855, de guisa de haberse dado en El Salvador un nuevo caso de adopción íntegra. Entre las escasas modificaciones que aquél introdujo a éste se cuentan: (i) la regulación del matrimonio, que es completa, mientras que la del código chileno es parca, por contener una remisión general al derecho canónico; (ii) la concesión de la patria potestad a la madre legítima en defecto del padre y a la madre ilegítima, a ambas las cuales la niega el código chileno; (iii) la reglamentación de las actas del estado civil, que el código chileno abandona a leyes especiales; (iv) el reemplazo de la tradición de inmuebles y derechos reales inmuebles mediante inscripción, en el código de Chile, por una escritura pública, en el salvadoreño; (v) la eliminación de la posesión inscrita, etc.

### § 33. *El Código civil de la República de Chile en Venezuela: El Código civil de Venezuela I (1862)*<sup>897</sup>

#### I. Los esfuerzos por la codificación del derecho civil en Venezuela hasta 1853

1. La historia de la codificación en Venezuela, como la del Ecuador y Colombia, ofrece una parte propia desde los comienzos de su Revolución de Independencia (1809) hasta su integración en la (Gran) Colombia cuando ésta fue constituida en el Congreso de Angostura en 1819; a partir de entonces, dicha historia comienza a ser común con la del resto de los países integrantes de la (Gran) Colombia, o sea, con Cundinamarca (futura Colombia) y Quito (futuro Ecuador); en fin, desde la secesión de Venezuela de dicho organismo político mayor en 1830, vuelve a ser propia.

---

<sup>897</sup> Lit.: ZULOAGA, Nicomedes, *Datos históricos sobre la codificación en Venezuela*, en EL MISMO, *Códigos, leyes y decretos de Venezuela concordados por...* (Caracas, Imprenta Bolívar, 1896), pp. III ss.; y en *Código Civil concordado* (Caracas, Tip. del Comercio, 1899), pp. III ss.; PIETRI, Alejandro (hijo), *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en éste y en el de 1896* (Caracas, Lit. del Comercio, 1916), pp. III ss.; BASTIDAS, Luis, *Historia del Código Civil venezolano (1862-1896)*, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* año II, N° 14 (Caracas, 1939), pp. 3 ss.; MACHADO, Enrique, *Historia del Código Civil venezolano*, en *Revista de Derecho y Legislación* 29 (Caracas, 1940) 6, pp. 3 ss.; MUCI ABRAHAM, José (h.), *Esquema de la codificación civil venezolana*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* 8 (Caracas, 1956), p. 269 ss.; BELLO LOZANO, Humberto, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas* (Caracas, Estrados, 1966), pp. 322 ss.; PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Los antecedentes de la codificación civil y el derecho internacional privado venezolano (1810-1862)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* 2 (Caracas, 1966), pp. 78 ss.; PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, como *Introducción a La codificación de Páez*, Vol. I: *Código Civil de 1862* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974), pp. XIII ss.; RANGEL LAMUS, Amenodor, *El Código civil de 1873 y sus antecedentes legales*, como *Prólogo a Edición del Congreso de la República, conmemorativa del centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873* (Caracas, 1973), cuya portada reza: *Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus ejércitos*, Edición oficial, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, pp. v-xxix = EL MISMO, *Estudios jurídicos* (Caracas, Centauro, 1979), pp. 131-156; CHIOSSONE, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República* (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980); PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Derecho romano, codificación e independencia política en Venezuela*, en *Index. Quaderni Camerti di Studii Romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 191 ss.; EL MISMO, *Teoría y práctica de la legislación en la temprana República* (Venezuela, 1821-1870), en *Politeia* 11 (1982), pp. 313 ss.; EL MISMO, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano* (Caracas, Monte Avila, s. d. [1978]), pp. 51 ss.; [MELICH ORSINI, José], *Prólogo a VV. AA., Código Civil de Venezuela* (Caracas, 1989), vol. I, pp. 21 ss. Buena parte de esta literatura la debo a la gentileza del profesor José Melich Orsini, de la Univesidad Central de Caracas.

2. La idea de la codificación se manifestó muy tempranamente en Venezuela. Ya en 1811, su Congreso Constituyente, en sesión de 8 de marzo de ese año, acordó designar una comisión de 8 personas “...para que formasen un código civil y criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y brevedad de los juicios y la recta y segura administración de justicia”<sup>898</sup>. Esa idea incluso fue sustentada en rango constitucional, pues el art. 228 de la Carta Federal de 21 de diciembre de 1811 dispuso que: “Entretanto que se verifica la composición de un Código Civil y Criminal, acordado por el Supremo Congreso...”<sup>899</sup> se mantuviera en vigencia el derecho precedente<sup>900</sup>. Por cierto que nada se avanzó en la materia, de modo que, ya advenida la Independencia, el Libertador Simón Bolívar podía renovar la aspiración, como lo hizo en el discurso o mensaje de 15 de febrero de 1819, llamado de Angostura, porque fue pronunciado en el congreso que se reunió en esa localidad y que constituyó la (Gran) Colombia, así: “...nuestras leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruinas, elevemos un templo a la justicia; y bajo los auspicios de sus santa inspiración, dictemos un código de leyes venezolanas”<sup>901</sup>; y más adelante en el mismo acto: “Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurados y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil... He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por el origen vicioso de ese piélagos de legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judiciaria, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el zote de los pueblos españoles, es el suplico más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio”<sup>902</sup>; sin que tampoco empero estas admoniciones tuvieran efecto.

3. Ya integrada Venezuela en la Gran Colombia, un decreto del Encargado de la Presidencia, el general Francisco de Paula Santander, de 5 de enero de 1822, dispuso en su art. 1: “Se crea una comisión de letrados para que, en vista de los códigos civiles y penales más célebres de Europa, de la legislación española y de las bases fundamentales sobre que se ha organizado el sistema de gobierno de Colombia, redacte un proyecto de legislación propio y análogo a la república”<sup>903</sup>.

Esta comisión solo pudo redactar dos leyes sobre procedimientos y nada más; de manera que Bolívar, esta vez personalmente, por decreto emitido en Lima el 31 de enero

---

<sup>898</sup> Transcrita por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIII.

<sup>899</sup> Disposición transcrita por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIV.

<sup>900</sup> En algunas constituciones provinciales también se manifestó el designio de codificar, como en el artículo 193 de la carta de la Provincia de Caracas y en el artículo 6° del, tít. 7° de la de Barcelona: vid. los textos en PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIV s.

<sup>901</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso* cit. (n. . 347), p. 123; también transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVI.

<sup>902</sup> BOLÍVAR, Simón, *Discurso* cit. (n. 347), p. 125.

<sup>903</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XVII.

de 1825 -del que ya hemos hablado<sup>904</sup>-, nombró una nueva comisión de 12 individuos, destinada a formar "un proyecto de código civil y criminal y presentarlo, con la brevedad posible, al Gobierno para que éste lo someta al Congreso"<sup>905</sup>, mandato éste que fracasó nuevamente. El esfuerzo fue reiterado por el Ministro del Interior, José Manuel Restrepo en 1829<sup>906</sup>. Su cometido había sido definido por Bolívar, según los conceptos que quedaron expresados en una nota de 13 de mayo de 1829, expedida en Quito por su secretario, José D. Espinal, al dicho Ministro, como siguen: "El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en [Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país. Dispone en consecuencia: que V. S. nombre una comisión especial de personas literatas que examinen dicho código, haga en él las reformas convenientes; y las cuales deberán proponerse al próximo Congreso Constituyente"<sup>907</sup>. Por resolución de 31 de julio del mismo año, emitida en Bogotá, el ministro Restrepo<sup>908</sup>, en seguimiento de la instrucción de Bolívar, nombró a los señores Miguel Tobar, Francisco Pereira, Rufino Cuervo y Manuel Camacho Quezada, la que después del 25 de septiembre de 1929 empezó a trabajar la revisión del código francés sobre la base de una traducción al castellano que se le procuró<sup>909</sup>. No hay noticias de que esta comisión haya avanzado a algo mayor. La idea de la codificación vuelve a aparecer en la Constitución de 1830 de la (Gran) Colombia, cuyo art. 36 N° 22 declaraba atribución exclusiva del Congreso: "Formar los códigos nacionales de toda clase..."<sup>910</sup>. Poco después, el 13 de enero de 1830, Venezuela se separó de la (Gran) Colombia.

4. Los esfuerzos por la codificación del derecho civil se reiniciaron prontamente en la Venezuela separada. Desde luego, el art. 87 N° 1 de la Constitución de 1830, fijó un programa, al señalar ser atribución del Congreso "formar los códigos nacionales"<sup>911</sup>; la norma se repitió posteriormente en los artículos 64 N° 1 de la Constitución de 1858<sup>912</sup>, 43 N° 6 de la Constitución de 1864<sup>913</sup> y 43 N° 6 de la Constitución de 1874<sup>914</sup>.

---

<sup>904</sup> Vid. supra § 26, II. .

<sup>905</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XIX s.

<sup>906</sup> Sobre lo que sigue: P(ÉREZ) V(ILA), M(anuel)., *El Código Napoleón en la Gran Colombia. Una iniciativa trascendental del Libertador*, en *Revista de la Sociedad Bolivariana de Venezuela* vol. 19 (1960) 65, pp. 819 ss., que he podido ver gracias a una copia procurada por el Dr. Oscar Sambrano Urdaneta, antiguo director de la Fundación La Casa de Bello (Caracas).

<sup>907</sup> *Ibíd.*, p. XXI, sobre la base de P(ÉREZ) V(ILA), M(anuel)., *El Código Napoleón* cit. (n. 906), p. 823.

<sup>908</sup> En P(ÉREZ) V(ILA), M(anuel)., *El Código Napoleón* cit. (n. 906), p. 823.

<sup>909</sup> De esa fecha es la nota de Eusebio María Canabal al Ministro Restrepo, con la cual le envía una traducción de una traducción castellana del *Code Civil* que aquél le había solicitado para ponerla uso de la comisión: en P(ÉREZ) V(ILA), M(anuel)., *El Código Napoleón* cit. (n. 906), p. 824.

<sup>910</sup> En RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones Políticas nacionales de Colombia* (2ª ed., Bogotá, Univ. Externado y otros, 1995), p. 110.

<sup>911</sup> *Las Constituciones de Venezuela*, con un *Estudio preliminar* de Brewer-Carías, Allan (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y otros, 1985), p. 342.

<sup>912</sup> *Ibíd.*, p. 387.

<sup>913</sup> *Ibíd.*, p. 418.

Pero ya en octubre de 1830, el propio Congreso Constituyente, reunido en Valencia, ordenó la formación de 3 comisiones para redactar los proyectos de códigos penal y de procedimiento criminal y uno de ley sobre jurados<sup>915</sup>. Paralelamente, una Sociedad Económica de Amigos del País trabajó privadamente, mediante encargos particulares, un proyecto sobre tribunales mercantiles, que una vez terminado en 1831 fue entregado al Gobierno<sup>916</sup>.

El 3 de febrero de 1832, se presentó al Congreso de la República un proyecto de ley destinado a crear una comisión redactora de los códigos civil, penal y de comercio, cuya tramitación empero, se atrasó, en medio de reiteradas quejas ministeriales, presidenciales y privadas, hasta 1835 en que fue aprobado. Nombrada la comisión, nada pudo hacer debido a ciertos acontecimientos políticos de mediados del citado año<sup>917</sup>. Entremedio, el ciudadano Rafael Agostini, sin encargo oficial, redactó un Proyecto de Código de Procedimiento Civil, en 1835, que alcanzó a ser presentado a las cámaras<sup>918</sup>.

Pero con restablecerse la normalidad, el antiguo asunto de la codificación civil fue inmediatamente retomado, sin que diversas reclamaciones, proposiciones y proyectos plasmasen<sup>919</sup>, hasta la aprobación de un *Código de Procedimiento Judicial* en mayo de 1836, obra del licenciado Francisco Aranda, que se sirvió como fuente para muchos de sus artículos del proyecto elaborado por Agostini en 1835<sup>920</sup>.

En abril de 1839, fue presentado en la Cámara de Representantes, un proyecto de decreto por el que se designaba una Comisión Codificadora, que en 1839 quedó postergado indefinidamente<sup>921</sup>. Pero en marzo de 1840, una nueva iniciativa emprendida también en la mencionada Cámara, dió por resultado la aprobación del decreto de 18 de abril de 1840, que creaba una comisión redactora de los códigos civil, penal y de comercio con sus respectivos procedimientos, integrada por 3 personas con el plazo de 2 años para cumplir con su cometido. La Comisión fue designada en abril de 1840; con modificaciones introducidas en su organización en 1844, trabajó hasta 1848, sin resultados apreciables más que en un proyecto de código de comercio<sup>922</sup>. En enero de ese año, se produjo en Venezuela un cambio político importante, que dio inicio a una época de gobiernos encabezados por caudillos militares. Ello determinó el fracaso de la comisión de 1840.

Pero el nuevo gobierno retomó en sus manos el negocio desde 1849, instando por diversas vías al Congreso para que proveyese los instrumentos conducentes a su buen

---

<sup>914</sup> *Ibíd.*, p. 452.

<sup>915</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. XXIII s.

<sup>916</sup> *Ibíd.*, p. XXIV.

<sup>917</sup> *Ibíd.*, p. xxv-xxvii y xxviii-xxxi.

<sup>918</sup> *Ibíd.*, p. XXVII s.

<sup>919</sup> *Ibíd.*, p. XXXI-XXXIII.

<sup>920</sup> *Ibíd.*, p. XXXIII s.

<sup>921</sup> *Ibíd.*, p. XXXVII s.

<sup>922</sup> *Ibíd.*, p. xxxviii-xliv.



éxito. El 25 de marzo de 1850 se inició en el Senado el estudio de un decreto destinado a crear una comisión redactora de los códigos civil y penal con sus procedimientos; como quiera que se dio cuenta de haber antiguos proyectos pendientes en la Cámara de Diputados, el Senado acordó remitirle el nuevo; el asunto se dilató en esa cámara, que todavía en abril de 1853 lo discutía<sup>923</sup>. Entretanto, también fracasaron unas tentativas, en el Senado primero, en marzo de 1851, y en la Cámara de Diputados después, en enero de 1852, de formar una Comisión Legislativa permanente del Congreso para que se encargase de la codificación<sup>924</sup>.

## II. El Proyecto de Código Civil<sup>925</sup> de Julián Viso<sup>926</sup> (1853)

En contrapartida, desde 1853, una iniciativa particular estuvo a punto de alcanzar el viejo ideal de dotar a Venezuela de un código civil.

1. El 12 de marzo de 1853, en efecto, el doctor Julián Viso solicitó al Congreso un subsidio para completar un proyecto de código, sobre el que venía trabajando desde hacía tiempo y que adjuntaba en manuscrito.

a) El Congreso concedió lo solicitado y gracias a ello, Viso pudo concluir su proyecto, que editó a fines de 1853, en Valencia, su ciudad natal, y nuevamente en 1854, en Caracas<sup>927</sup>. En enero de este último año, su autor lo había remitido al Presidente de la República, José G. Monagas, quien lo hizo presentar al Congreso en febrero del mismo año por su Ministro del Interior y Justicia, con un informe muy favorable<sup>928</sup>.

b) Un primer informe de comisión en el seno de la Cámara de Representantes también fue favorable<sup>929</sup>. Mas, por haberse interesado el Congreso elegido para 1854 en la cuestión de la abolición de la esclavitud, se desinteresó del proyecto de Viso, el cual ni siquiera alcanzó a ser discutido en las cámaras<sup>930</sup>; y de esta manera fracasó el más serio intento venezolano hasta su fecha de dar un código civil al país.

---

<sup>923</sup> *Ibíd.*, p. L-LII.

<sup>924</sup> *Ibíd.*, p. XLIV-XLVI.

<sup>925</sup> Sobre el proyecto de Viso (confrontado con el Código de Chile): GUZMÁN, Pedro, *Nota biográfica. Doctor Julián Viso*, como *Introducción* a la reedición del proyecto cit. infra n. 927; CHUMACEIRO, Fernando, *Bello y Viso codificadores. Estudio comparado del Código Civil de Bello y del Proyecto de Julián Viso* (Publicación de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1959), 361 pp. Cfr. EL MISMO, *Bello y Viso codificadores*, en *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981), Vol. II, pp. 205 ss.

<sup>926</sup> Sobre Viso: MIJARES, Augusto, *Don Julián Viso* (Caracas, 1960).

<sup>927</sup> Una edición moderna de Pedro Guzmán como *Proyecto de Código Civil de Julián Viso (editado pro primera vez en 1854)* (San Juan de los Morros, Edit. C. T. P., 1955). Agradezco poder disponer de una copia a la gentileza del profesor Gelasio Cermeño, de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

<sup>928</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LVIII-LX.

<sup>929</sup> *Ibíd.*, p. LXI.

<sup>930</sup> *Ibíd.*, p. LXI.

2. El proyecto de Viso carece de título preliminar y consta de 4 libros, así: lib. I: *De las personas*; lib. II: *De los bienes* (con inclusión del derecho hereditario, de los privilegios en los concursos y de las prendas e hipotecas); lib. III: *De las obligaciones*; y lib. IV: *De la prueba y de la prescripción*. Este sistema era exactamente, en cuanto al orden y a la rubricación, el del código holandés de 1838<sup>931</sup>, que Viso pudo conocer a través de la colación de Saint-Joseph. La fidelidad al modelo se mantuvo en el desarrollo de cada libro, en cuanto a la distribución de las materias, aunque no en la organización de apartados: en el código holandés, cada libro se divide en títulos y estos solo en secciones con articulado de numeración corrida; en el proyecto de Viso, los libros aparecen divididos en títulos, y estos en leyes; a veces las leyes se distribuyen en secciones y algunas de éstas en párrafos. La unidad es el artículo, pero curiosa y anacrónicamente su numeración no es corrida y recomienza en cada nueva ley, por lo que su citación exige indicar el libro, el título y el artículo, al estilo de las *Partidas* y las viejas recopilaciones españolas.

En cuanto a las fuentes, Viso dejó declarado expresamente en unas *Observaciones que dan una idea sintética del Proyecto de Código civil que se presenta al Congreso de la República* que: “En el plan del código no entra la idea de variar en absoluto la sustancia del derecho actual, sino solamente la de ponerlo a la altura del movimiento intelectual de las naciones más adelantadas y de concluir las numerosas divergencias de algunos jurisconsultos españoles sobre varios puntos de derecho”<sup>932</sup>. Pero de todos modos confesaba en una carta que dirigió al Presidente Monagas haber consultado “la legislación de Justiniano, la española, los códigos civiles de Francia, de las Dos Sicilias, de Cerdeña, de Holanda y de la Luisiana, las leyes hipotecarias de Grecia y Génova; la jurisprudencia establecida por varios decretos de la Corte de Casación de Francia y del Tribunal Supremo de Venezuela; y la doctrina de las grandes autoridades de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zachariae, Savigny, de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró su pluma a la República del Perú”<sup>933</sup>. Con todos estos antecedentes, es claro que su afirmación hecha en la aludida carta al Presidente Monagas, de tener como mérito el acierto de “haber adoptado como base fundamental el código Civil de Francia”<sup>934</sup> resulta ampliamente exagerada, y acaso tuvo como motivo precisamente disimular que la base fundamental no fue dicho código, sino el holandés<sup>935</sup>, como ya se dijo, y la multitud de otras fuentes que el mismo cita. En cualquier caso, en las *Observaciones* dice haber procurado buscar en ellas “lo mejor y más conveniente a nuestras costumbres y necesidades sociales”<sup>936</sup>.

---

<sup>931</sup> Este cuerpo legal propiamente carecía de Título preliminar y en sustitución estaba precedido de una ley de 1829 que contenía disposiciones generales tocante a la legislación del Reino, que Saint-Joseph, empero, reprodujo como equivalentes al dicho título del código francés.

<sup>932</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LIII.

<sup>933</sup> En la edición moderna cit. supra (n. 927), p. IV.

<sup>934</sup> En la edición moderna cit. supra (n. 927), p. IV.

<sup>935</sup> ¿Pensó acaso que iría a ser criticado por haber tomado este modelo?

<sup>936</sup> En PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LIII.

### III. El Código Civil de Venezuela I (1862)

1. En mayo de 1855, el Senado intentó crear una Comisión Legislativa Permanente del Congreso encargada de codificar, pero su proyecto fracasó<sup>937</sup>. Desde 1857, tanto los particulares como el Gobierno, por boca del Ministro del Interior y de Justicia e incluso del propio Presidente de la República, reclamaron insistentemente la codificación, lo cual condujo a que en el Senado nuevamente se promoviera un proyecto en 1860, destinado a formar una comisión codificadora, que una vez más resultó paralizado<sup>938</sup>. Lo propio ocurrió con nuevas iniciativas surgidas en el Senado en 1861, dirigidas a estudiar la posibilidad de adoptar el código chileno como propio<sup>939</sup>.

2. En ese mismo año, asumió la Presidencia de la República, como dictador, el general José Antonio Páez, cuyo gobierno, desde octubre de 1861, promovió la codificación comercial que concluyó en febrero del año siguiente<sup>940</sup>. Paralelamente, el 1 de octubre de 1861, emitió una resolución por la cual designaba una comisión encargada de redactar los códigos civil y penal y nombraba como integrantes a los doctores Julián Viso y Elías Acosta y al licenciado Jesús María Morales Marcano, con un plazo de tres meses para dar cima a su cometido<sup>941</sup>. La Comisión se ciñó a este plazo y en enero de 1862 presentó un Proyecto de Código Civil al Gobierno, quien lo sometió a la consideración del Consejo de Estado. Una comisión suya emitió el informe definitivo el 24 de abril de 1862. Comoquiera que dicho informe era totalmente favorable al proyecto, el Presidente Páez lo promulgó como *Código Civil* mediante resolución de 28 de octubre de 1862<sup>942</sup>; su edición príncipe en Caracas es del mismo año<sup>943</sup>.

Este código, empero, no consiguió sostenerse en vigencia. Al año siguiente, la dictadura del general Páez llegó a su término; y su sucesor, el general Juan C. Falcón, por decreto de 8 de agosto de 1863, lo derogó indirectamente, al restablecer en su vigor la legislación que estaba vigente al 15 de marzo de 1858<sup>944</sup>, o sea la patria y la castellana.

La razón de esta medida fue estrictamente política y nada tuvo que ver con el carácter de las codificaciones de Páez: fue por oposición a éste y como para destruir su obra que el sucesor adoptó tan extraordinario temperamento, que implicaba volver al criticado derecho anterior.

3. El *Código Civil* de 1862 era el código de Chile promulgado en 1855, con algunas modificaciones. La idea de adoptar este último como propio en Venezuela ya había sido

---

<sup>937</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXII.

<sup>938</sup> *Ibíd.*, p. LXVI-LXVII.

<sup>939</sup> *Ibíd.*, p. LXX-LXII.

<sup>940</sup> *Ibíd.*, p. LXXIII.

<sup>941</sup> *Ibíd.*, p. LXXIV ss.

<sup>942</sup> *Ibíd.*, p. lxxviii-lxxxiii.

<sup>943</sup> Una edición moderna: *La codificación de Páez*, Vol. I: *Código Civil de 1862* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974).

<sup>944</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXXXII-LXXXIII.

sugerida en 1861, por el senador Hilarión Antich, cuando propuso en el Senado “*que se nombre una comisión de tres letrados con el encargo de revisar el Código Civil que para la República de Chile redactó el sabio venezolano Sr. Andrés Bello, a fin de que dicha comisión informe al próximo Congreso en los primeros días de sus sesiones, sobre las alteraciones con que dicho Código puede ser adoptado en Venezuela*”<sup>945</sup>. El Senado aceptó esta proposición, mas fue rechazada por la Cámara de Diputados.

Pero se ve que la idea permaneció y resultó ser la asumida por la comisión designada el 1 de octubre de 1861, cuya alma fue en realidad Julián Viso. Que el proyecto de dicha comisión -o de Viso, como se dijo posteriormente<sup>946</sup>- era el código de Chile, lo reconoció paladinamente una primera comisión que designó el Consejo de Estado cuando el Presidente Paéz le sometió el proyecto, en su informe de 10 de marzo de 1862: “*Para sancionarse el Código de Chile, que es el que puede servir de modelo a las repúblicas Sur-Americanas, fue sometido primeramente el proyecto a la revisión de una comisión especial; y luego a la consideración del Consejo de Gobierno*”<sup>947</sup>. Dicho informe recomendaba la formación de una nueva comisión informante del proyecto, la que, designada, presentó su propio informe el 24 de abril de 1862; en él decía que tal proyecto “*Acepta, pues, las bases del derecho romano y español; pero con modificaciones nacidas de la diferencia de nuestras costumbres, de los progresos que han hecho las legislaciones europeas sobre su antigua base, recogidos en el código de Chile...*”<sup>948</sup>.

4. El código de 1862<sup>949</sup>, pues, estaba distribuido en un *Título preliminar* y en 4 libros: I: *De las personas*; II: *De las cosas y de su dominio posesión, uso y goce*; III: *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones*; IV: *De las obligaciones en general y de los contratos*. Los comisionados variaron las divisiones internas del código de Bello, pues cada libro quedó organizado en títulos y éstos en leyes; las leyes algunas veces se subdividieron en secciones y otras en capítulos; aquéllas en ocasiones se escindieron en párrafos. La unidad era el artículo, pero su numeración no resultaba corrida y recomenzaba con cada ley. Seguramente este engorroso y anarónico método fue establecido por influencia de Viso, quien había seguido uno semejante en su proyecto de 1853.

El *Título preliminar* de Bello fue variado totalmente, salvo su párrafo sobre definiciones de palabras de uso frecuente en las leyes, una parte del cual fue conservado en dicho título y el resto distribuido en los demás libros en donde conviniera por su contenido.

---

<sup>945</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXXI.

<sup>946</sup> En el informe de la nueva comisión del Consejo de Estado, de 24 de abril de 1862, al elogiar el auxilio de las “*ilustradas explicaciones que ha dado a la vez su autor, Sr. Dr. Julián Viso*” (transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXXXI); y agrega la comisión que no habría podido desarrollar su trabajo “*sin la eficaz cooperación del Sr. Dr. Julián Viso, redactor del proyecto...*” (transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXXXII).

<sup>947</sup> Transcrito por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes*, p. LXXX.

<sup>948</sup> *Ibíd.*, p. LXXXI.

<sup>949</sup> Su descripción en BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 897), pp. 5 ss.

En el libro I se introdujeron algunas modificaciones, como, por ejemplo, la institución del consejo de familia, que el código de Bello no reconoce, y la reglamentación de las actas del estado civil, que Bello abandonó a leyes especiales.

En el libro II no se aprecian modificaciones importantes; y en el III, aparte algunos cambios puramente sistemáticos, las de más bulto son la eliminación de la porción conyugal y su reemplazo por la consideración del conyuge sobreviviente como un hijo legítimo en el primer orden de sucesión intestado y como legitimario en la testada. En el libro IV se modificó el régimen de anulación de actos y contratos. Bello había distinguido entre nulidad absoluta y relativa o rescisión y abolido la restitución en favor de los menores de edad. El código de 1862 distingue la nulidad, que comprende la absoluta y relativa de Bello; y la rescisión que se da en favor de los sujetos a tutela o curaduría y de los acredores por actos en fraude a sus intereses (que Bello había tratado separadamente). También se incluyó en este libro la reglamentación del registro de actas del derecho de familia y de cosas, que en Chile fue objeto de un reglamento especial.

### **§ 34. *El Código civil de la República de Chile en Nicaragua: El Código Civil de la República de Nicaragua I (1867)*<sup>950</sup>**

Nicaragua, como parte de la antigua Capitanía General de Guatemala, siguió el curso de su historia, ya varias veces sintetizada<sup>951</sup>: independiente en 1821; parte del I Imperio Mexicano en 1822; libre de éste en 1823; confederada con los demás países de la antigua Capitanía General en 1824; separada de ella en 1838; confederada a medias con El Salvador y Honduras en 1842 hasta 1852.

En 1867, Nicaragua se dio un Código Civil. Lamento no estar en condiciones de proporcionar un esquema del proceso de su formación<sup>952</sup>; y solo puedo informar lo siguiente: el *Código Civil de la República de Nicaragua* fue aprobado el 18 de marzo de 1866 por el Senado, y al día siguiente por la Cámara de Diputados; la promulgación se hizo por decreto del Presidente Tomás Martínez, de 25 de enero de 1867; comoquiera que el artículo final del texto aprobado disponía que comenzara a regir el nuevo código desde seis meses después de su publicación, y la edición príncipe tuvo lugar en Managua, en 1871, dicho cuerpo legal entró en vigencia el 1 de octubre de 1871.

Ahora bien, respecto de ese código “tuvieron nuestros codificadores el buen juicio de adoptar, casi sin modificaciones, el Código Civil chileno...”<sup>953</sup>. El cotejo textual, corrobora plenamente este juicio<sup>954</sup>. El código nicaragüense de 1867 sigue exactamente

---

<sup>950</sup> Lit.: SELVA, Buenaventura, *Breve noticia sobre el derecho civil de Nicaragua*, en EL MISMO, *Derecho civil y código Militar nicaragüense* (Managua, 1883), pp. I ss.; ANTILLÓN, Walter, *Rivoluzione e codificazione del diritto in Nicaragua*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 199 ss. Agradezco a la licenciada nicaragüense Dña. Ana Teresa Rizo, antigua alumna mía en Valparaíso, haberme procurado copias de los códigos civiles de 1867 y 1904.

<sup>951</sup> Supra §, I.

<sup>952</sup> Al parecer no existe literatura atendible,

<sup>953</sup> BARRIOS, Modesto, *Prólogo a SELVA*, Buenaventura, *Breve noticia* cit. (n. 950), [p. 2].

<sup>954</sup> Dispongo del *Código Civil de la República de Nicaragua* (Managua, Imprenta de el Centro-Americano, 1871), que debo a Dña. Ana Teresa Rizo.

el mismo sistema que el chileno, con sus mismos 2.524 artículos, copiados fielmente. Las mudanzas fueron mínimas.

De esta manera, Nicaragua fue el segundo país de Centroamérica en adoptar el código chileno: se recordará que precedentemente había hecho lo propio El Salvador en 1859<sup>955</sup>. En seguida veremos que en 1880 le tocó el turno de adoptar semejantemente a Honduras. Los otros dos países centroamericanos: Costa Rica y Guatemala siguieron otros partidos, pues el primero adoptó en 1841 el *Código Civil del Estado Nor-peruano*, o sea el boliviano de 1830, epítome del francés; y el segundo, en 1877 adoptó el *Código Civil del Perú* de 1852. En el caso de los tres países que sucesivamente acogieron el código chileno, la explicación puede encontrarse en que los ideales federalistas de toda Centroamérica inmediatamente posteriores a la Independencia, se mantuvieron con posterioridad en esos tres países: ya hemos visto que entre 1842 y 1852 hubo intentos de formar una república confederada; y pese a que no se lograron los resultados esperados, todavía esos ideales se mantuvieron después, como que en 1895 los tres mismos países formaron una nueva confederación bajo el nombre de República Mayor de Centroamérica. Esta comunidad de ideales políticos pudo trasuntarse en una similar de derecho, que fue encontrada en el código de Chile, una vez que El Salvador escogió la vía de adoptarlo en 1859.

El Código Civil de Nicaragua de 1867 estuvo en vigencia hasta el 5 de mayo de 1904, en que entró a regir uno nuevo, que lo sustituyó<sup>956</sup>.

### **§ 35. *El Código civil de la República de Chile en Honduras: el Código civil de la República de Honduras I (1880) y III (1906)***

#### **I. El Código Civil de la República de Honduras I (1880)<sup>957</sup>**

1. Nuevamente debe repetirse que Honduras, que durante la época hispánica hizo parte de la antigua Capitanía General de Guatemala, observó el decurrir de la historia posterior de ésta<sup>958</sup>: su Independencia tuvo lugar en 1821; fue miembro del I Imperio Mexicano en 1822; del cual se emancipó en 1823; para confederarse con los otros países de la antigua Capitanía General en 1824. En diciembre de 1825, Honduras dictó su primera Constitución Política como estado confederado; pero en 1838 se separó definitivamente de la República Federal, para emitir su primera constitución como Estado soberano en 1839; con El Salvador y Nicaragua integró la Confederación Centroamericana en 1842 y nuevamente entre 1847 y 1852, aunque en forma más teórica que efectiva.

---

<sup>955</sup> Supra § 32.

<sup>956</sup> Vid. infra § 44.

<sup>957</sup> Lit.: CRUZ, Ramón, *Historia constitucional e institucional de Honduras y derecho interno e internacional* (s. l., s. d.).

<sup>958</sup> Supra § 28, I.

El artículo 32 N° 2 de la Constitución particular de 1825 declaraba como atribución de la Asamblea del Estado: “*Formar el código civil y el criminal...*”<sup>959</sup>, disposición repetida después por el art. 42 N° 2 de la Constitución de 1831<sup>960</sup>; el art. 29 N° 2 de la Constitución de 1848, bajo el imperio teórico de la Confederación Centroamericana, por su lado, señalaba corresponder al Poder Legislativo: “...*decretar los códigos civil, criminal y de procedimientos, para toda clase de personas y delincuentes*”<sup>961</sup>. El art. 26 N° 4 de la Constitución de 1865 disponía que el Poder Legislativo podía delegar en el Ejecutivo la facultad de “*Decretar los códigos civil, penal, de procedimientos, de comercio y minería*”<sup>962</sup>; lo que fue repetido por el art. 26 N° 4 de la Constitución de 1873<sup>963</sup>.

2. Lamento no estar en condiciones de informar sobre el primer proceso de codificación que tuvo lugar en Honduras<sup>964</sup>. Solo puedo decir que en 1880 fue emitido un código civil, que se basaba muy de cerca en el de Chile; y que dicho cuerpo rigió hasta el 15 de septiembre de 1899, fecha en que entró en vigor uno nuevo que lo reemplazó<sup>965</sup>.

## II. El Código Civil de la República de Honduras III (1906)<sup>966</sup>

Como acabamos de adelantar, Honduras reemplazó su código de 1880, de origen chileno, y del cual hemos tratado precedentemente, por otro en 1898, que se basaba en el español de 1889. Del ese segundo código hondureño habremos de tratar en un apartado especial más adelante<sup>967</sup>. Ahora nos detendremos en un tercer código promulgado en ese país en 1906; y lo hacemos en el presente párrafo, porque dicho tercer código volvió a fundarse en el de Chile.

1. Hacia 1904, Honduras entró en un proceso político del que resultaría el cambio de la Constitución vigente desde 1894 por otra emitida en septiembre de aquel año, cuya vigencia quedó supeditada, empero, a la promulgación de las leyes secundarias en armonía con ella. En vista de eso<sup>968</sup>, la propia Asamblea Nacional Constituyente,

---

<sup>959</sup> En MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Honduras* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1962), p. 58.

<sup>960</sup> *Ibíd.*, p. 77

<sup>961</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>962</sup> *Ibíd.*, p. 152.

<sup>963</sup> *Ibíd.*, 181; pero este texto decía “promover” en vez de “decretar”.

<sup>964</sup> Pese a mis insistentes demandas de colaboración, con la sola excepción del profesor Elmer Lizzardo, no encontré respuesta en este país.

<sup>965</sup> *Vid. infra* § 49.

<sup>966</sup> *Vid. supra* § 35 y la literatura ahí citada. Fuentes: REPÚBLICA DE HONDURAS, *Código Civil. 1906* (Tegucigalpa Tipografía Nacional, 1906), con documentación.

<sup>967</sup> *Vid. infra* § 49.

<sup>968</sup> Los datos que siguen han sido extraídos del *Informe de la Comisión General de Legislación* encargada de elaborar los códigos, que aparece en la edición del *Código Civil* hecha en Tegucigalpa, Talleres Aristón, 1949, p. 5 ss.

mediante el decreto N° 65 de 1904, facultó al Ejecutivo para designar una comisión encargada de revisar los códigos vigentes en la República a fin de armonizarlos con la nueva Constitución. El Presidente Bonilla, por acuerdo de 14 de Noviembre del mismo año de 1904, creó una Comisión de Legislación para la elaboración de proyectos de Códigos Civil y de Procedimientos, de Ley de Organización y Atribución de los Tribunales, de Códigos Penal Común y Fiscal, de Ley de Notariado, de Leyes de Extranjería y de Inmigración, de Código Penal Militar, de Ley de Amparo, de Estado de Sitio, de Imprenta, Municipal, de Policía y Elecciones y de Código de Instrucción Pública. El día 17 siguiente, esta Comisión se escindió en varias subcomisiones para elaborar cada una respectivos proyectos. Los abogados Leandro Valladares y Mariano Vásquez quedaron encargados de redactar los proyectos de Códigos Civil y de Procedimientos y de Ley de Organización y Atribución de los Tribunales.

Los proyectos de la nueva legislación, con excepción del de Código Fiscal, estaban preparada hacia enero de 1906; entonces, movida por la premura de poner en vigencia a la Constitución de 1894, la Asamblea Nacional Constituyente dictó el decreto N° 76 el 19 de enero de 1906, por el cual facultó al Ejecutivo para promulgar los códigos y leyes previstos en el decreto N° 65, sin necesidad de que la Asamblea los examinara previamente, para que entraran en vigor el 1 de marzo del mismo año, día en el cual, por ende, comenzaría a regir la Constitución<sup>969</sup>.

Por decreto de 8 de febrero de 1906, dado en virtud de la autorización otorgada por la Asamblea, el Presidente Bonilla promulgó el nuevo *Código Civil de la República de Honduras*<sup>970</sup>. Su art. 2.369 reiteraba que él entraría en vigencia el 1 de marzo de ese año y derogaba el precedente código de 1898. La edición príncipe se hizo en Tegucigalpa, en el mismo año de 1906.

2. El nuevo cuerpo legal constaba de un *Título Preliminar* y de 4 libros, como siguen: I: *De las personas*; II: *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*; III: *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*; y IV: *De las obligaciones y contratos*, con 2.368 artículos más 4 sobre observancia.

El descrito sistema era familiar a los hondureños, pues correspondía plena y exactamente al del código chileno; lo propio ocurría con el contenido de su articulado. Así, pues, Honduras retornó al primer código que tuvo en su historia, al de 1880, es decir al chileno, pero con algunas modificaciones: así en el articulado concerniente a la interpretación de la ley y a las personas jurídicas, que desreguló sensiblemente, lo mismo que los esponsales que desautorizó en forma más drástica a como lo hacía el modelo; la materia de los registros civiles fue incorporada enteramente en el libro I. El derecho sucesorio, la más importante alteración, acorde con la tradición hondureña ya establecida en 1880, fue la supresión de las legítimas y mejoras, de modo de dejar reducidas las asignaciones forzosas a los alimentos y a la porción conyugal. En el libro IV, el código introdujo algunos cambios de orden de materias e incorporó el tema de los registros de derechos.

---

<sup>969</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>970</sup> *Ibíd.*, p. 17.



## § 36. *El Código civil de la República de Chile en Panamá (1860-1903)*<sup>971</sup>

### **I. El Código Civil de la República de Chile en Panamá como parte de Colombia**

1. Como antes del Virreinato novogranadino, Panamá hizo parte de la República de Nueva Granada, después sucesivamente Confederación Granadina, Estados Unidos de Colombia y en fin República de Colombia, desde 1821 hasta el 3 de noviembre de 1903, en que se separó de esta última. Según se vio, la Constitución de 1853, había reorganizado la antigua República de Nueva Granada en sentido federal, y mediante una reforma de 27 de febrero de 1855, el territorio panameño fue erigido en un Estado Federal. En esa misma reforma se estableció la posibilidad de que Panamá pudiera estatuir libremente lo que estimara por conveniente en materia de legislación. En uso de esta competencia propia, la Asamblea Legislativa del Estado de Panamá, por ley de 23 de octubre de 1860, sancionó como su código el que había promulgado para sí el Estado de Cundinamarca en 1859, y que no era otro que el de Chile, para que empezara a regir el 1 de marzo de 1862<sup>972</sup>. Bajo la vigencia de la Constitución unitaria de 1886, Panamá pasó a constituir un departamento de la República; y cuando la ley N° 57, de 15 de abril de 1887, ordenó regir en toda la República: “*El [Código] Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873*”, el cual era el del Estado de Santander, asimismo copia del chileno, desde el 22 de julio de 1887 ese código, empezó a tener vigencia también en el Departamento de Panamá. En síntesis, desde 1860, el territorio de Panamá se rigió por el código chileno, bien que bajo las versiones dadas en los Estados de Cundinamarca y de Santander.

### **II. El Código Civil de la República de Chile en Panamá como República soberana**

1. En los primeros momentos posteriores a la secesión panameña, la Junta Provisional de Gobierno emitió el decreto N° 4, de 4 de noviembre de 1903, por el cual dispuso que continuaran en vigor los códigos y leyes colombianos que venían rigiendo en Panamá. La Constitución Política de Panamá, aprobada en febrero de 1904, en su artículo 147 prescribió que mantuvieran su vigencia todas las normas que regían al momento de promulgarse esa misma Constitución. Como su artículo 65 N° 6 entregaba a la Asamblea la facultad de “*expedir los códigos nacionales... reformarlos y derogarlos*”, la ley 37, de 4 de mayo de 1904, emanada por la Convención Nacional de Panamá, dispuso en su artículo 1 que continuaran en vigor “*los códigos y leyes colombianas que regían en el extinguido Departamento de Panamá el día 2 de noviembre de 1903*”.

---

<sup>971</sup> Fuentes: la documentación legislativa editada en FÁBREGA, Jorge-CASTILLERO, Cecilio, *Código Civil de la República de Panamá anotado y concordado por...* (Editora Jurídica Panameña, 1987), pp. IX-LI. Lit.: BOUTIN ICAZA, Gilberto, *Panama*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 175 ss.; ILLUECA, Jorge, *Síntesis histórica de la codificación civil panameña*, en *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional* 1 (Universidad Interamericana de Panamá, 1944), pp. 89 ss. Puedo usar este último texto gracias a la gentileza del profesor Carlos Cuestas, de la Universidad Interamericana de Panamá.

<sup>972</sup> MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español* cit. (n. 822), p. 202.

Todas estas normas confirmadoras del derecho heredado por Panamá de Colombia incluían, por cierto, al *Código Civil*. De esta manera, el código colombiano, o sea el de Santander, que era el chileno, continuó vigente en el Panamá independiente, hasta que se dió otro cuerpo legal, en 1916<sup>973</sup>.

---

<sup>973</sup> Vid. infra § 50.

## **Capítulo quinto: La codificación bajo la influencia del Proyecto de Código civil español de Florencio García Goyena (1851)**

### **§ 37. El Proyecto de Código civil español de Florencio García Goyena<sup>974</sup>**

En España, después del fracaso de los proyectos de 1821 y 1836, en 1843 se creó un organismo público denominado Comisión General de Codificación, dividida en diferentes secciones, la civil a cargo del jurista Florencio García Goyena. Entre 1844 y 1851, con diversas alternativas, se preparó un proyecto de código en el seno de la dicha sección, pero cuyo principal artífice resultó ser su ya indicado presidente. Ese proyecto fue entregado al Gobierno el 5 de mayo de 1851 y publicado en 1852<sup>975</sup>. Ese mismo año, García Goyena editó unas *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), 2 vols.<sup>976</sup>, en donde a cada artículo del proyecto se adosaba una explicación que contenía las fuentes tenidas en vista (concordancias), las razones de legislar (motivos) y sus aplicaciones a casos y cuestiones no expresamente tratados en la letra de la norma (comentarios). Al menos fuera de España, esta obra sirvió de vehículo difusor del proyecto, que en su país de origen no obtuvo aprobación, pero que, merced a aquélla, consiguió un insospechado éxito en Iberoamérica<sup>977</sup>. Por su naturaleza, en efecto, esa obra venía a constituirse en una suerte de manual de derecho comparado referido a un proyecto concreto de código, que entonces servía doblemente a los fines codificadores que por entonces se perseguían en las diversas secciones de la antigua América española.

El Proyecto de García Goyena consta de 1.991 artículos distribuidos en un *Título preliminar* y 3 libros. El libro I trata de *De las personas*; el libro II, *De la división de los bienes y de la propiedad*; y el libro III, *De los modos de adquirir la propiedad*. Cada

---

<sup>974</sup> Lit.: D'ORS, Alvaro-BONET CORREA, Juan, *En el centenario del Proyecto Isabelino de Código Civil*, en *Información Jurídica* 96 (Madrid, 1951), pp. 483 ss.; LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, IV: Codificación civil (Génesis e historia del código)*, Vol. I (Madrid, Ministerio de Justicia, 1970), pp. 150 ss.; CODERCH, Pablo, *El Proyecto de Código Civil de 1851 y el derecho civil catalán*, ahora en EL MISMO, *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes* (Madrid, Bosh, 1985), pp. 9 ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español, I: Parte general*, Vol. I: *Introducción al derecho civil* (Salamanca, 1977), pp. 227 ss.; SCHOLZ, Johannes-Michael, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert*, Vol. 1: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 497 ss.; BARÓ PAZOS, Juan, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)* (Santander, 1992), pp. 100 ss. En los trabajos de Scholz y Baró se encontrará la literatura anterior.

<sup>975</sup> En *El Derecho Moderno. Revista de Derecho y Administración* 10 (Madrid, 1852), pp. 3 a 352. También, por cierto, aparece en las *Concordancias* del mismo año, que se referirán seguidamente. Una edición moderna en: LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, IV: Codificación civil (Génesis e historia del código)*, Vol. II (Madrid, Ministerio de Justicia, 1970), pp. 321 ss.

<sup>976</sup> Lit.: BERDEJO, José Luis, *Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 50 (1974) 501, pp. 289 ss.

<sup>977</sup> Una visión de conjunto: CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas*, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan* (Murcia, 1989), p. 153 ss. = *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1989), pp. 221 ss.

libro aparece dividido en títulos, éstos en capítulos y a veces los capítulos en secciones. Su sistema es, pues, el del código francés, que sirvió también de telón de fondo para el articulado. Solo que García Goyena, al contrastar entre sí en la parte de concordancias todos los códigos vigentes en su época (aparte el francés, los códigos bávaro, prusiano, luisiano, austríaco, napolitano, del catón de Vaud, sardo y holandés), el derecho romano y el derecho tradicional castellano (*Siete Partidas*, *Fuero Real* y *Novísima Recopilación*, que incluían el *Ordenamiento de Alcalá* y las *Leyes de Toro*), pudo verificar, en la mayor parte de los casos, la radical unidad del derecho europeo, dada en definitiva por su común base romanística y, lo que es igual, comprobar que el proyecto no se apartaba sustancialmente de ese derecho tradicional castellano, más que cuando “motivos” poderosos lo aconsejaran. Además, el proyecto se articulaba con redacción original. En general puede decirse que ella es más concisa y seca que la del código francés.

Como se ha indicado, el Proyecto de García Goyena acompañado de sus *Concordancias*, etc., resultó muy difundido en Iberoamérica, y pudo influir en las codificaciones que posteriormente se llevaron a cabo allí. Como, por otra parte, dicho proyecto fue la base del *Código Civil* español de 1889, eso lo transforma en una suerte de punto de unión o puente entre un sector de la codificación americana y la europea<sup>978</sup>.

El primer caso es el de Venezuela.

### **§ 38. *El proyecto de Código civil español de F. García Goyena en Venezuela: El Código civil de la República de Venezuela II (1867)***<sup>979</sup>

Ya hemos visto que el primer Código Civil que tuvo Venezuela, el de 1862, que en realidad era el chileno adoptado con algunas modificaciones, recibió derogación fulminante por decreto de 8 de agosto de 1863, del Presidente Falcón, junto a todos los demás que había emitido Paez, excepto el comercial, con lo cual se restableció la antigua legislación en Venezuela, esto es, la patrio-castellano-indiana. Pero días después, por un decreto de 11 de agosto de 1863, el mismo Presidente Falcón designó una Comisión Revisora de la legislación nacional, compuesta de tres letrados, que debía designar el Ejecutivo Federal y por el Procurador General de la Nación; pero nada hizo esta Comisión<sup>980</sup>. En 1867, por acuerdo de las Cámaras Legislativas, quedó designada una nueva Comisión integrada por los doctores Angel F. Ramírez, Diego Bautista Barros y otra vez el infaltable Julián Viso, encargada de redactar los códigos. El proyecto en materia civil formado por dicha comisión, para lo cual dispuso de 40

---

<sup>978</sup> Cfr. SCHIPANI, Sandro, *Il Codice Civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei. Il rinvio ai principi generali del diritto*, ahora en EL MISMO, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, [1996]), pp. 83 ss.

<sup>979</sup> Vid. supra. § 33. Lit.: la citada supra n. 897, especialmente BASTIDAS, Luis., *Historia* cit. ibíd., pp. 24 ss.; MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. ibíd., pp. 9 ss.; RANGEL LAMUS, Amenodoro, *El Código Civil de 1873* cit. ibíd., p. 156 ss.

<sup>980</sup> BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 897), pp. 25 s.

días<sup>981</sup>, fue aprobado por decreto de 21 de mayo de 1867 y entró en vigencia el 28 de octubre de ese mismo año.

Ahora bien, del trabajo de la Comisión y de su proyecto, transformado en el nuevo código de 1867, se ha dicho: “La premura con que había de obrar [la Comisión] la hizo adoptar un código escrito en español, porque no había tiempo siquiera para traducir. Los redactores trasladaron casi en su totalidad el proyecto de código presentado al Gobierno español por una comisión nombrada para su redacción, y que ha publicado con concordancias el señor Don Florencio García Goyena”<sup>982</sup>; además: “...haciendo un estudio comparativo de las disposiciones del código [Proyecto] español y el Venezolano, resulta tan servil la copia que hasta los errores de imprenta se encuentran en el nuestro [sc. el código de 1867]”<sup>983</sup>.

Estos juicios nos permiten pensar en que el código de 1867 representa un caso de adopción del proyecto español<sup>984</sup>

### **§ 39. La influencia del proyecto de Código Civil español de f. García Goyena en México: El Código civil del Imperio mexicano I (1869) y el Código del distrito federal y territorio de la Baja California II (1870)**<sup>985</sup>

#### **I. Los esfuerzos por la codificación en México desde 1833 hasta 1861**

1. A partir de 1836, con una *Ley de Bases para la nueva Constitución*, seguida de siete leyes constitucionales en 1836, México se organizó como un estado unitario, lo que fue ratificado en 1843 por las *Bases Orgánicas de la República Mexicana*. En concordancia con el régimen unitario, su artículo 187 disponía: “Los códigos civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el congreso por circunstancias particulares, copiando, así, el art. 258 de la Constitución de Cádiz. Pero ya en 1841, el presidente Santa Anna había designado a tres individuos para que elaborara cada uno los dichos tres códigos, sin resultado alguno”<sup>986</sup>.

---

<sup>981</sup> RANGEL LAMUS, Amenodoro, *El Código Civil de 1873* cit. (n. 897), pp. 157.

<sup>982</sup> Se trata de unas afirmaciones del Dr. Luis Sanojo, en su trabajo titulado *Juicio sobre el Código Civil*, que transcribe MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 897), p. 9.

<sup>983</sup> MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 897), p. 10, pero sobre la base del estudio concerniente que había hecho Sanojo (vid. nota anterior).

<sup>984</sup> La descripción del código de 1867: en BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 897), p. 26 ss.

<sup>985</sup> Vid. supra § 21. Lit.: la citada en n. 604. Además: BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano* (México, Porrúa, 1982), pp. 167 ss.; EL MISMO, *Fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México*, en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (México, UNAM, 1984), p. 155 ss.; GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *La influencia española en el proceso de formación del derecho civil en México en el siglo XIX (Florencio García Goyena y la codificación)*, en *Ivs Fvgit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos 2* (Zaragoza, 1993), pp. 193 ss.

<sup>986</sup> Manuel de la Peña para el Código Civil; Pedro Véliz, para el penal; y Francisco M. Lombardo, para el mercantil: GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), p. 61; LA MISMA, *El derecho civil* cit. (n. 604), p. 93, n. 158.

La reacción federalista que solió producir el nuevo sistema político, por su parte, no dejó de representar la tendencia opuesta en lo jurídico; y así Yucatán, al pretender separarse de México en 1840 y darse una constitución propia, dispuso en el art. 75 del proyecto de ésta, que se procediera “...desde luego a la formación del [código] civil, penal, mercantil y de procedimientos judiciales, del de policía y el militar en los ramos de mar y tierra...”<sup>987</sup>. Ni en el Estado central ni en las regiones, empero, hubo avances en la materia de la codificación civil. Dos iniciativas del Ministro de Justicia, adoptadas en 1845, de un concurso en el que se premiaran los mejores proyectos de códigos, y el nombramiento de una nueva comisión para redactar el código civil, no tuvieron éxito<sup>988</sup>.

2. El país volvió al régimen federal en mayo de 1846, con el restablecimiento de la constitución de 1824. En consecuencia, tanto el Estado federal, en el ámbito de su competencia, como los Estados provinciales en el de la suya, retomaron la iniciativa de codificar.

a) Así, el Gobernador de Oaxaca, Benito Juárez, se propuso volver a dar al Estado un Código Civil, pues el de 1827-1829 había dejado de regir en 1837 y Juárez no deseaba ponerlo nuevamente en vigor sin más, por estimarlo no conforme con las costumbres del país y considerar que había causado perjuicios a la ciudadanía y a la administración de justicia. Nombró, pues, a Lope S. Germán con el encargo de revisar ese mismo cuerpo a fin de expurgarlo de sus inconvenientes; el comisionado concluyó su labor y Juárez pudo presentar el proyecto de nuevo código al Congreso el 2 de julio de 1848<sup>989</sup>. Como el Congreso no adelantara en su examen del proyecto, en 1850, Juárez solicitó al Congreso autorización para proveer al concurso de personas ilustradas en la legislación, seguramente con el ánimo de asesorar a los congresales. En fin, en 1852 quedó terminado el nuevo código y fue promulgado el 4 de diciembre de 1852, para entrar en vigencia, después de algunas prórrogas, el 1 de abril del mismo año<sup>990</sup>. Su texto no ha sido encontrado<sup>991</sup>. En todo caso, este código no se sostuvo largamente: fue derogado por decreto de 27 de julio de 1853 del Presidente Santa Anna<sup>992</sup>.

b) En el orden federal, en 1849, el Ministro de Justicia designó una comisión codificadora, sin éxito, como es que en 1852, otro Ministro del ramo volvió a llamar la atención sobre el asunto<sup>993</sup>. Solo en el orden mercantil la codificación mostró suceso: en

---

<sup>987</sup> GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), p. 61; LA MISMA, *El derecho civil* cit. (n. 604), p. 93, n. 57.

<sup>988</sup> GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), p. 61.

<sup>989</sup> Todo en la *Exposición* del Gobernador Juárez al Congreso de 2 de julio de 1848, transcrita en ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 40.

<sup>990</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *Estudios* cit. (n. 604), p. 102.

<sup>991</sup> Vid. en ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 36 s., los datos de haber existido un ejemplar en la Biblioteca Nacional de México, que ha desaparecido.

<sup>992</sup> Transcrito por ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca* cit. (n. 607), p. 35 s.

<sup>993</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), p. 62.

1851, Santa Anna encargó la redacción de un Código de Comercio a su Ministro Teodosio Lares, cuya obra pudo ser sancionada el 27 de mayo de 1854<sup>994</sup>.

3. En agosto de 1855 terminó la dictadura de Santa Anna, quien había alcanzado el poder en 1852 por cuarta vez, y se instaló un gobierno provisional, que condujo en definitiva a la promulgación de una nueva Constitución federal en 1857. Puesta ésta en práctica, el régimen establecido a su amparo debió sufrir violentos altibajos. Como consecuencia de ellos, en enero de 1858, Benito Juárez llegó a la Presidencia de la República en su calidad de Presidente de la Corte Suprema, cargo para el cual había sido designado el año anterior, cuando en la indicada fecha quedó vacante la magistratura máxima, de modo de corresponderle a él por la vía de la subrogación. Juárez, sin embargo, no pudo desempeñar normalmente su cargo y debió emigrar de la capital para instalarse finalmente en Veracruz, mientras que en Ciudad de México se erigía un gobierno paralelo, hasta enero de 1861, en que el bando de Juárez resultó vencedor y éste pudo regresar a la capital.

La inestable situación política tomó un cariz nuevo cuando en julio de 1863, con el apoyo en un ejército francés, quedó establecida una Regencia y en 1864 un Gobierno imperial encabezado por el archiduque austríaco Maximiliano de Habsburgo, con sede en la ciudad de Méjico; este gobierno desplazó al republicano presidido por Benito Juárez, que nuevamente debió emigrar a Veracruz. El II Imperio Mexicano, sin embargo, se desplomó violentamente en 1867 y entonces Juárez pudo retornar a la capital, desde donde gobernó hasta su muerte en 1872.

Paradójicamente, la codificación civil mexicana se llevó a cabo en medio de este ambiente políticamente enrarecido y, más paradójicamente aún, a ella contribuyeron los dos gobiernos rivales: el republicano y el imperial.

## **II. El Proyecto de Código Civil de Justo Sierra**<sup>995</sup>

1. En 1858, durante el gobierno de Juárez, sedente todavía (la primera vez) en Veracruz, su Ministro de Justicia Manuel F. Ruiz, encargó al doctor Justo Sierra la redacción de un Código Civil. Aquél cumplió su cometido y pudo remitir un proyecto por partes al Gobierno: el 18 de diciembre de 1859 el libro I y el 18 de enero de 1860 el libro II y los tres primeros títulos del libro III; y con posterioridad el resto<sup>996</sup>.

Ya reinstalado en Ciudad de México el Gobierno de Juárez, a principios de 1861, los manuscritos del proyecto fueron depositados en el Congreso; pero se los editó en 1861, en Ciudad de México, como *Proyecto de un Código Civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno*, por insistencia del licenciado Luis Méndez, que había recibido

---

<sup>994</sup> GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), pp. 62 y 63.

<sup>995</sup> Son fuentes de primera importancia para el conocimiento del proceso de la codificación mexicana, dos cartas del licenciado Luis Méndez, cuyo protagonismo se verá en lo sucesivo, de 19 de junio de 1873 y de 16 de noviembre de 1894, que lo narran. Ellas fueron reproducidas en la obra titulada: *Revisión del Proyecto de Código Civil mexicano del Dr. D. Justo Sierra* (México, La Ciencia Jurídica, Talleres de la Librería Religiosa, 1897), Vol. I, pp. 9 ss., 29 ss. Aquí seguimos la versión y las transcripciones de BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 169 ss.

<sup>996</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 169 s.

de Sierra una copia de los manuscritos. Ahora se pudo iniciar una verdadera revisión del proyecto<sup>997</sup>: él fue distribuido entre los tribunales y abogados con el objeto de incitar a formularle observaciones, cosa que no ocurrió. Entretanto, el proyecto resultó promulgado como *Código Civil del Estado de Veracruz* por decreto de 5 de diciembre de 1861<sup>998</sup>.

Nuevamente por iniciativa de Méndez, en enero de 1862 el Ministro de Justicia Juan Terán formó una comisión semioficial, integrada por José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Méndez, para que informara sobre si el proyecto de Sierra podía promulgarse tal y como estaba, la cual concluyó en que antes debía someterse a una revisión minuciosa. Se inició, pues, ésta en febrero de 1862 y se extendió hasta mayo de 1863, en vísperas del abandono que de la capital debía hacer el Gobierno, ante la inminencia de la entrada del ejército francés. Durante este tiempo, la comisión adelantó en el estudio del proyecto hasta casi concluirlo<sup>999</sup>.

2. El proyecto de Sierra encerraba 2.124 artículos distribuidos en un *Título preliminar*; un libro I: *De las personas*; un libro II: *De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones*; y un libro III: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*. De esos artículos, según un estudioso mejicano: “cerca de 2.000 (1.887) provenían en forma literal o casi literal del Proyecto español de García Goyena de 1851; los demás tenían estas fuentes: 58 se tomaron, no del Proyecto de García Goyena propiamente, sino de las concordancias, motivos y comentarios del mismo; 50 procedían del Código Civil francés; 16 de la Ley de Matrimonio Civil de 1859; 3 de la Constitución de 1857; 3 del Código de Luisiana de 1825; 7 carecían de fuente concreta”<sup>1000</sup>. Debe agregarse que el Proyecto Sierra, además, reproducía el sistema mismo del de García Goyena en tres libros con sus rúbricas casi idénticas.

El análisis transcrito, el cual permite sostener que el Proyecto Sierra venía a adoptar el citado proyecto español, con modificaciones, confirma lo declarado por el propio Sierra en la comunicación con que remitió al Gobierno la primera parte de su trabajo en diciembre de 1859, en donde decía: “*De algo me han valido mis apuntes sobre codificación; pero lo que realmente me ha servido de guía han sido...; y sobre todo el proyecto de código civil español, sus concordancias con nuestros antiguos códigos y el derecho romano, publicado con motivos y comentarios por el Sr. García Goyena, uno de los más eminentes jurisconsultos españoles de la escuela moderna. Fijado el punto, he acudido al código francés, hecho la comparación con los referidos códigos modernos, evacuado las citas de Goeyena tanto del derecho patrio cuanto del romano, examinado la doctrina corriente de los tratadistas y resuelto la cuestión más frecuentemente según las fórmulas del repetido Sr. Goyena, como más claras, concisas*”

---

<sup>997</sup> El Congreso había dispuesto en 1861 que a medida que quedasen terminados los nuevos códigos se los pusiese en ejecución en el distrito y territorios federales y que se invitase a los Estados a adoptarlos; pero esta disposición fue cambiada: los proyectos debían ser sometidos a discusión y aprobación del Congreso mismo antes de su promulgación: GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Estudios* cit. (n. 604), p. 106.

<sup>998</sup> GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Refugio, *Introducción* cit. (n. 604), p. 64; LA MISMA, *Introducción* cit. (n. 604), p. 106.

<sup>999</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 176 s.

<sup>1000</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 171.



y expresivas, sin permitirme otras modificaciones que las que he juzgado necesarias para conservar la unidad del sistema que me propuesto desde el principio”<sup>1001</sup>.

Esta dependencia del Proyecto de Sierra respecto del de García Goyena fue, por lo demás, reconocida por la comisión del Congreso que discutió en 1870 el texto final recibido del Gobierno para su aprobación, la cual afirmó en su informe: “*El Proyecto del Dr. Sierra se redactó tomando por modelo el de Código español que publicó concordado y comentado D. Florencio García Goyena...*”<sup>1002</sup>.

### III. El Código Civil del Imperio Mexicano I<sup>1003</sup>

1. Como algunos de los miembros de la comisión semiprivada que se encargó de revisar el Proyecto de Sierra desde febrero de 1862 hasta mayo de 1863 no emigraron al instalarse el régimen imperial, Méndez entre ellos, se continuó privadamente con el examen del proyecto, lo cual se extendió hasta que, en noviembre de 1864, el emperador Maximiliano invitó a tres de dichos miembros a formar parte del Gobierno y a continuar con la revisión del proyecto de Sierra, ahora impulsada y presidida por el propio Emperador<sup>1004</sup>, hasta que el 6 de julio de 1866 éste pudo promulgar el *Título Preliminar* y el libro I; y el 20 de julio del mismo año el libro II. Ambos fueron editados en 1866 con el nombre de *Código Civil del Imperio Mejicano*<sup>1005</sup>. El trágico fin de este último, a mediados de 1867, impidió que se adelantara más en esta obra de codificación, que de todas maneras representó la primera de México con carácter general<sup>1006</sup>.

2. El Proyecto de Sierra fue objeto de numerosas alteraciones en el seno de la comisión que funcionó entre 1862 y 1863, bajo el gobierno republicano y después, entre 1864 y 1866, en el seno del gobierno de Maximiliano, para dar origen al código del Imperio<sup>1007</sup>, que constaba de un *Título Preliminar: De la ley y sus efectos con las reglas generales de su aplicación*, un libro I: *De las personas*, y un libro II: *De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones*, con 739 artículos. Las fuentes recurridas para estas revisiones fueron “algunas ya utilizadas por el doctor Sierra, pero otras no:

---

<sup>1001</sup> Transcrito por BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 169, n. 9.

<sup>1002</sup> Transcrito por GONZÁLEZ, María del Refugio, *La influencia española* cit. (n. 985), p. 205.

<sup>1003</sup> Lit. especial: BATIZA, Rodolfo, *Código Civil del Imperio Mexicano*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año 14, N° 41 (1981), pp. 571 ss.; EL MISMO, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 178 ss.

<sup>1004</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 178.

<sup>1005</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 179.

<sup>1006</sup> El código del Imperio constaba de 739 artículos; pero había más material preparado, que, según BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 180, en conjunto con lo publicado debió de alcanzar hasta los 3.000 artículos, distribuidos en cuatro libros: los dos publicados más el III sobre las sucesiones (que estaba preparado cuando cayó el régimen imperial) y el cuarto sobre obligaciones y contratos, al cual faltaba la corrección de estilo en ese momento: BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 180, n. 48.

<sup>1007</sup> Así lo dice Méndez en una carta de 16 de noviembre de 1894: “*Como Ud. notará, las enmiendas, adiciones, etc. que se hicieron al proyecto... fueron en tal número, y tan sustanciales, que verdaderamente se formó un nuevo proyecto de código*”: transcrita por BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 180, n. 48.

entre las primeras, el Proyecto García Goyena y sus concordancias, motivos y comentarios, el Código Civil francés; entre las segundas, obras doctrinarias nacionales de inspiración española como Sala y Febrero mexicanos, las Leyes de Reforma, el diccionario Escriche, obras de doctrina francesa, ocasionalmente la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino; Maximiliano, por su parte, formuló algunas observaciones de interés. Entre los autores franceses mencionados en las discusiones de la Comisión, figuran los siguientes: Cuyacio (Cuyas), Boileux, Domat, Pothier, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duranton, Domolombe y Troplong<sup>1008</sup>. En síntesis: “El Proyecto Sierra constituyó la base del Código del Imperio y, por tanto, indirectamente son fuentes de éste el Proyecto García Goyena y el Código Civil Francés”<sup>1009</sup> (en cuanto éste es el telón de fondo del Proyecto de García Goyena, sin perjuicio de que también se lo tuvo en vista directamente).

### **III. El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California II (1870)**

Reingresado el gobierno republicano de Juárez en la capital después del colapso del régimen imperial, aquél, prescindiendo de la vigencia del código del Imperio, se interesó por continuar con la revisión del material sobre codificación existente, es decir, el proyecto de Sierra y dicho código mismo. Los manuscritos del primero y los del trabajo de la comisión que había funcionado entre 1862 y 1863 estaban en poder del licenciado Méndez, ahora detenido por su colaboración con el gobierno depuesto. Una vez vencidas sus reticencias para devolver ese material, el 4 de septiembre de 1867 éste quedó a disposición del Ministerio de Justicia y Juárez designó una comisión integrada por los licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Rafael Dondé, cuyo secretario fue el licenciado Joaquín Eguía<sup>1010</sup>. Al cabo de dos años, la Comisión presentó un proyecto completo al Gobierno el 15 de enero de 1870<sup>1011</sup>. El proyecto fue aprobado por el Congreso mediante ley de 8 de diciembre de 1870, y promulgado por Juárez con decreto del 13 de diciembre del mismo año, para que rigiera desde el 1 de marzo de 1871 como *Código Civil del distrito federal y territorio de la Baja California*. México tuvo, así, su segundo código general.

Pero algunos Estados habían precedido al Gobierno federal. En 1868, en el de Veracruz se promulgó y editó un proyecto elaborado por el Presidente de su Tribunal Supremo, Fernando Corona, para que entrara a regir el 5 de mayo de 1869. Entre febrero y junio de 1870, en el Estado de México fue promulgado un código civil.

---

<sup>1008</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 178 s.

<sup>1009</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 180.

<sup>1010</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), pp. 182-183.

<sup>1011</sup> Acompañado de una *Exposición de los cuatro libros del código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California* que hizo la Comisión al presentar el proyecto al Supremo Gobierno, fechado en el día indicado: se la ve en la edición del código: México, Tip. de J. M. Aguilar Ortiz, 1872, pp. 1 ss.

También en Zacatecas hubo un proyecto, que en 1871 todavía era discutido y que en fin no resultó aprobado<sup>1012</sup>.

Con todo, la gran mayoría de los estados adoptó como propio el código federal una vez publicado<sup>1013</sup>, sin modificaciones en algunos casos<sup>1014</sup> y con ellas, ligeras<sup>1015</sup> o numerosas<sup>1016</sup>, en otros.

2. El código de 1870 comprende 4.126 artículos distribuidos en un *Título preliminar: De la ley y sus efectos con las reglas generales de su aplicación*; un libro I: *De las personas*; un libro II: *De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones*; un libro III: *De los contratos*; y un libro IV: *De las sucesiones*. Los libros se dividen en títulos y estos en capítulos.

Es un código relativamente extenso, en consecuencia, debido a una discreta tendencia al casuismo; pero está bien redactado, y su estilo es conciso y preciso.

Según el mismo autor que hemos seguido en el análisis de las fuentes de los trabajos codificadores precedentes a este cuerpo, las suyas fueron: “El Código del imperio, con unas 3.000 disposiciones, vendría a representar poco menos de sus tres cuartas partes; el Código Civil portugués, con algo más de 900, constituiría menos de una cuarta parte; la Ley Hipotecaria española de 1869 proporciona unos 50 artículos. Quedarían así menos de 200 cuya fuente individual no nos fue posible identificar, pero es muy probable que la Comisión haya contribuido con un buen número de ellas. Las demás fuentes que citó: el derecho romano, los códigos de Cerdeña, Austria y Holanda, puede afirmarse que son de segunda mano”<sup>1017</sup>.

De acuerdo con este análisis, el código de 1870, en cuanto sus tres cuartas partes vinieron de aquel del Imperio, cuya base fue, a su vez, el Proyecto de García Goyena, debe reputarse como un cuerpo legal esencialmente fundado en este último<sup>1018</sup>. Secundariamente, si bien en medida nada despreciable, en realidad, intervino el código portugués de 1867. Ello seguramente porque hacia la fecha en que la Comisión que iría a dar cima al código de 1870 empezó sus labores, o sea, a principios de 1868, dicho cuerpo lusitano venía a ser el más moderno disponible.

---

<sup>1012</sup> Para todo: GONZÁLEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México* cit. (n. 604), p. 108 s.

<sup>1013</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México* cit. (n. 604) , p. 111, n. 239.

<sup>1014</sup> Guanajato (1871), Puebla (1871), San Luis de Potosí (1871), Zacatecas (1872), Guerrero (1872) y Durango (1873).

<sup>1015</sup> Hidalgo (1871), Michoacán (1871), Morelos (1871), Tamaulipás (1871), Sonora (1871), Chiapas (1872), Querétaro (1872), Sinaloa (1874)

<sup>1016</sup> Campeche y Tlaxcala (que después suspendió su vigencia).

<sup>1017</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 184 s.

<sup>1018</sup> Así ahora GONZÁLEZ, María del Refugio, *La influencia española* cit. (n. 985), pp. 204 ss.

#### IV. La revisión del Código Civil en 1884. El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California III<sup>1019</sup>

En junio de 1882, el Presidente Manuel González formó una comisión integrada por el Procurador General de la República Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Miguel Macedo, para revisar el *Código Civil* de 1870. Su proyecto de reformas lo presentó en abril de 1883 al Ministro de Justicia Joaquín Baranda; quien lo sometió al examen de una segunda comisión, que presidió personalmente, y que entregó su informe, de modo que en mayo de 1883, el Presidente pudo remitir el proyecto a la Cámara de Diputados. Finalmente, se aprobó la ley de 14 de diciembre del mismo año, con la cual el Congreso autorizó al Ejecutivo para reformar el código de 1870. Este promulgó entonces un nuevo código por decreto de 31 de marzo de 1884, que empezó a regir en junio de ese año.

Pero el llamado código de 1884 no era otro que el de 1870 con una modificación de importancia: la abolición de las legítimas y la introducción de la libertad absoluta de testar, más otras secundarias. De esta manera, solo por una razón formal y externa, es decir, por haber habido una nueva promulgación del todo, es que el código de 1884 aparece como si hubiera sido un nuevo código<sup>1020</sup>.

---

<sup>1019</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *Notas para el estudio* (n. 604), pp. 132 ss. (= pp. 310 s.); LA MISMA, *Estudios* (n. 604), pp. 112 ss.; LA MISMA, *Introducción* (n. 604), pp. 83 ss.; LA MISMA, *El derecho civil* (n. 604), pp. 112 ss.; ICAZA DUFOUR, Francisco de, *La codificación civil en México* (n. 604), pp. 274 ss.; BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 187 s.

<sup>1020</sup> BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 985), p. 187 s.; ICAZA DUFOUR, Francisco de, *La codificación civil en México* cit. (n. 604), p. 278.

## *Capítulo sexto: La codificación bajo múltiples influencias*

### **Sección primera: El Código Civil de la República Argentina (1869) y su adopción en el Paraguay (1876)**

#### **§ 40. El Código civil de la República Argentina (1869)<sup>1021</sup>**

##### **I. Los esfuerzos por la codificación en la Argentina hasta 1863**

1. El primer acontecimiento que a la postre habría de conducir a la Independencia del Virreinato del Río de la Plata fue una sesión del Cabildo de Buenos Aires celebrada el 22 de mayo de 1810, de la que resultó elegida una Junta Gubernativa. La Independencia fue proclamada por un Congreso General Constituyente el 9 de julio de 1816 reunido en Tucumán. Ya desde los primeros años se planteó la fundamental cuestión de si el antiguo Virreinato adoptaría una forma unitaria o federal de estado e incluso una más débil de confederación. Desde 1829, asumió la gobernación de Buenos Aires el decidido federalista Juan Manuel de Rosas, que, reelecto en 1835 con poderes extraordinarios, impuso una dictadura desde la cual ahogó toda oposición unitaria; y cuando su aparentemente interminable gobierno fue al fin depuesto merced a una acción militar que culminó el 3 febrero de 1852 con la batalla de Monte Caseros, el camino del federalismo quedó expedito para plasmarse en una Constitución Nacional adoptada en 1853 y reformada en 1860, época que marca el comienzo de la organización constitucional efectiva de la República Argentina.

La historia de la codificación civil argentina es asaz lineal, al menos si se la compara con la mayoría de las que hasta el momento hemos estudiado, y relativamente escasa en intentos concretos de codificación y en acontecimientos conectados, con anterioridad al momento en que empezó a confeccionarse el código que iría a resultar promulgado al fin. Ello se debió a que el movimiento por la codificación empezó con tardanza, en 1852, a poco de caer Rosas. Y tal vez haya sido precisamente la larga dictadura de éste la que retardó tanto el comienzo de un proceso que en otros países americanos resultó más precoz. Contribuyó, por un lado, el exilio que el gobierno de Rosas impuso a los

---

<sup>1021</sup> Lit.: CABRAL TEXO, Jorge, *Historia del Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1929); CHÁNETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield* (1937, reimp. Buenos Aires, EUDEBA, 1969); LANFRANCO, Héctor, *La codificación civil en la República Argentina* (Buenos Aires, 1939); LEVENE, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino* (5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1985), pp. 425 ss.; DASSEN, Juan Justo, *Argentin*, en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 760 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de historia de las instituciones argentinas* (4ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1975), pp. 673 ss.; MUSTAPICH, José María, *Estudio preliminar a la edición de Código Civil de la República Argentina* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960), pp. 9 ss.; LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino (castellano, indiano, nacional)* (Buenos Aires, Depalma, 1987), Vol. II, pp. 265 ss. GONZÁLEZ ARSAC, Alberto, *La codificación civil en la Argentina*, en *Boletín Bibliográfico* 19 (La Plata, 1969), pp. 63 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires, 1977); SALERNO, Urbano, *Argentine*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 121 ss.

hombres más capaces de la Argentina y que se hubieran interesado por el tema de la reforma de la legislación; por otro, el pensamiento del propio dictador, quien sostenía que antes de pensar en dicha reforma, menester era pacificar y estabilizar el país; ello consta al menos por lo que respecta a la Constitución política, pero es muy posible que Rosas pensara lo propio respecto del derecho. Ahora bien, una vez caído el dictador, casi inmediatamente se hizo presente un interés oficial por codificar, el cual, a la altura del siglo en que tuvo lugar, pudo fructificar con rapidez, de hecho, en un lapso de 12 años hasta cuando empezó a confeccionarse el código; de donde la linealidad y escasez de acontecimientos antes señalados.

En contraste, dicha historia fue más rica en debates y discusiones doctrinarios, sobre todo en la última etapa del proceso. De ellos, sin embargo, no podemos tratar aquí<sup>1022</sup>.

2. La codificación como idea figuró, por cierto, ya desde los primeros momentos del proceso de independencia. Incluso se conoce la existencia de un anónimo proyecto de constitución para las Provincias del Río de la Plata de 1811, en que se hablaba nombrar “tres o cuatro letrados los más impuestos en el derecho natural y de gentes que redacten las leyes y formen un breve y sencillito código”<sup>1023</sup>; en 1813 el asunto volvió a ser agitado en varios proyectos constitucionales<sup>1024</sup>. También en la exposición de motivos de alguna legislación del Gobernador de Buenos Aires, Bernardino Rivadavia, de los primeros años de la década de los veinte, el tema estuvo presente como aspiración<sup>1025</sup>. Un decreto de 20 de agosto de 1824, del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires Juan Gregorio de las Heras, designaba una comisión para redactar un proyecto de código de comercio<sup>1026</sup>. Pedro Somellera y Bernardo Véliz prepararon un proyecto que reunía en cuatro libros el derecho comercial y el procedimental comercial<sup>1027</sup>, que no tuvo eco. El Gobernador Federal Manuel Dorrego en una nota privada de 1828 se manifiesta por la posibilidad de adoptar en su mayor parte el código francés<sup>1028</sup>. Pero a partir de 1837, “el tema de la codificación fue desapareciendo casi por completo de los documentos oficiales y de la prensa periódica”<sup>1029</sup>: en 1835, en efecto y como ya quedó mencionado, empezó la dictadura de Rosas.

3. Terminada ésta, el primer intento por llevar adelante la codificación quedó representado por un extenso decreto de 24 de agosto de 1852, del Director Supremo Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José Urquiza, vencedor y sucesor de Rosas. Con ese decreto, redactado según el modelo de aquel que en España creó la

---

<sup>1022</sup> Para esto es fundamental TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina*.

<sup>1023</sup> Transcrito por TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 84.

<sup>1024</sup> TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 85.

<sup>1025</sup> TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 123 ss.

<sup>1026</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 5..

<sup>1027</sup> LEVENE, Ricardo, *Los primeros codificadores argentinos: Manuel Antonio de Castro y Pedro M. Somellera*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* año IV, N° 17 (Buenos Aires, 1949), pp. 1649 ss.

<sup>1028</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 127.

<sup>1029</sup>TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 134.

Comisión General de Codificación en 1843<sup>1030</sup>, se estableció una comisión, dividida en cuatro secciones, cada una encargada de redactar respectivamente un código civil, penal, comercial y de procedimientos; la sección en lo civil la integrarían tres jurisconsultos, uno como redactor y dos como consultores; y al efecto quedaron designados los doctores Lorenzo Torres como redactor y Alejo Villegas y Marcelo Gamboa como consultores. Como Torres no aceptara por razones de salud, fue reemplazado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>1031</sup>. El decreto reglamentaba minuciosamente el trabajo de este organismo<sup>1032</sup>. La comisión quedó instalada el 4 de septiembre, pero no alcanzó a funcionar debido a graves acontecimientos políticos del momento<sup>1033</sup>.

Poco después, el art. 67 N° 11 de la Constitución Nacional de 1853, dispuso que sería atribución del Poder Legislativo “*Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería*”<sup>1034</sup>. Y en cumplimiento de esta norma, una ley de 2 de diciembre de 1854, que en el mes anterior había sido propuesta por el senador Facundo Zuviría, y que promulgó el mismo Presidente Urquiza, encargó al Poder Ejecutivo la designación de “*una comisión de jurisconsultos con el título de Comisión Codificadora... a efectos de que... se ocupe exclusivamente de los proyectos de códigos nacionales...*”<sup>1035</sup>. Por razones financieras, la comisión, empero, nunca fue designada.

4. Por su parte, el art. 105 de la citada Constitución Nacional de 1853 prohibía a las Provincias “*dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería después que el Congreso los haya sancionado*”<sup>1036</sup> con carácter nacional; ello implicaba que las provincias a lo más podían prevenir al legislador nacional en la obra de la codificación.

a) Fue lo que se intentó en Entre Ríos, una ley de cuyo Congreso, de 18 de enero de 1861, autorizó al Gobernador para designar una comisión encargada de examinar el proyecto de código civil que había editado en 1852 el uruguayo Eduardo Acevedo en su país<sup>1037</sup> y de informar sobre la posibilidad de adoptarlo en la provincia; pero nada se hizo al respecto.

b) Por su lado, una ley de la Asamblea Legislativa de Buenos Aires aprobada el 17 de octubre de 1857, autorizó al Poder Ejecutivo a invertir la suma necesaria para la redacción de los códigos civil, criminal y de procedimientos<sup>1038</sup>. El Ejecutivo

---

<sup>1030</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 19.

<sup>1031</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 33.

<sup>1032</sup> El texto del decreto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), pp. 19-26.

<sup>1033</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>1034</sup> En *Estatutos, reglamentos y constituciones argentinas* (Buenos Aires, Fondo Jurídico Ediciones 1962), p. 208.

<sup>1035</sup> El texto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 42.

<sup>1036</sup> En *Estatutos, reglamentos y constituciones argentinas* (Buenos Aires, Fondo Jurídico Ediciones 1962), p. 220.

<sup>1037</sup> Vid. *infra* § 42, II.

<sup>1038</sup> El texto de la ley: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 48 s. Vid. TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, pp. 327 ss.

encomendó la redacción de un código civil a los doctores Marcelino Ugarte y Marcelo Gamboa, y la del resto de los códigos, a otros personajes<sup>1039</sup>; pero el trabajo de aquellos comisionados solo cristalizó en un proyecto parcial de un *Título preliminar* y un libro I: *De las personas*, no publicado en su época, compuesto por el doctor Ugarte<sup>1040</sup>, cuya redacción debió ser suspendida el 13 de febrero de 1858 por orden del Gobierno. Ugarte redactó su trabajo fundado principalmente en el *Proyecto de Código Civil Español* de Florencio García Goyena, de 1851, y en el Proyecto de Código Civil uruguayo de Eduardo Acevedo, de 1852, aunque también tomó en consideración los códigos civiles de Austria y Chile y la doctrina de los comentaristas franceses del *Code Civil*, y cuidó de mostrar siempre la concordancia de la legislación que proyectaba con el derecho tradicional<sup>1041</sup>.

c) Un resultado positivo, en cambio, obtuvo la codificación comercial. El uruguayo Eduardo Acevedo con la colaboración de Dalmacio Vélez Sarsfield, elaboró en forma privada un proyecto concerniente, y cuando éste quedó afinado, sus autores lo ofrecieron al Ejecutivo, quien lo presentó a las cámaras, en donde consiguió ser aprobado como ley el 7 de octubre de 1859<sup>1042</sup>. Con posterioridad fue extendido a toda la República en 1862.

## II. El Código Civil de la República Argentina (1869)<sup>1043</sup>

1. Una nueva ley, que llevaba el N° 36, de 9 de junio de 1863, autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones dedicadas a redactar proyectos de códigos civil, penal, militar y de minería<sup>1044</sup>. La rapidez con que se había tramitado el proyecto en las cámaras y la ausencia de un debate doctrinario en torno suyo, porque el que hubo se centró en asuntos laterales<sup>1045</sup>, demostró que el tema se encontraba maduro; pese a lo cual la ley no recibió aplicación inmediata.

---

<sup>1039</sup> El texto del decreto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 52 s.

<sup>1040</sup> Sobre este proyecto: ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *Un proyecto desconocido de Código Civil*, en *Revista de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'* 4 (Buenos Aires, 1952), pp. 60 ss.; EL MISMO, Marcelino Ugarte. 1822-1872. *Un jurista en la época de la organización nacional* (Buenos Aires, 1954), pp. 63 ss. El proyecto viene editado en esta última obra, pp. 211-333.

<sup>1041</sup> ZORRAQUÍN BECU, *Marcelino Ugarte* cit. (n. 1040), p. 72.

<sup>1042</sup> Sobre este cuerpo legal: TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina*, p. 330 ss.

<sup>1043</sup> Lit.: Sobre el código de Vélez considerado históricamente hay abundante bibliografía: véanse los trabajos publicados en los siguientes volúmenes colectivos: *Studi Sassaresi, V: Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 251 ss.; y *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam [1991]); de esos trabajos, algunos se citarán especialmente más adelante. Además: LEVAGGI, Abelardo, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico* (Buenos Aires, Perrot, 1969). Para las fuentes:

<sup>1044</sup> Su texto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 66-57.

<sup>1045</sup> La discusión parlamentaria: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), pp. 62-69.



Fue solo en 1864, cuando un decreto del Presidente Bartolomé Mitre, emitido el 20 de octubre en ejercicio de esa ley, nombró al doctor Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875) para redactar el Código Civil<sup>1046</sup>, que la empresa codificadora cobró bríos.

Vélez empezó a redactar la obra encomendada a fines de 1864<sup>1047</sup>, y completamente contraído a su labor, tardó menos de 5 años en llevarla a cabo; pero entregó el proyecto por partes: el 21 de junio de 1865 ya pudo presentar el libro I al Gobierno, que se editó a fines del mismo año (del cual Vélez hizo una segunda edición en 1869); el libro II fue presentado parceladamente en agosto de 1866 y a principios de 1867; en enero de 1868 vio la luz el libro III<sup>1048</sup> y, en fin, en agosto de 1869, el libro IV, todos bajo el título de *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*<sup>1049</sup>.

Desde 1867, los proyectos de Vélez empezaron a recibir variados comentarios favorables y adversos<sup>1050</sup>. La crítica más célebre fue formulada por Juan B. Alberdi y dió origen a una respuesta de Vélez<sup>1051</sup>.

Con todo, el Presidente Domingo F. Sarmiento anunció oficialmente la existencia del completo trabajo de Vélez al Congreso por mensaje del 25 de agosto de 1869<sup>1052</sup>; y el 22 de septiembre del mismo año le propuso formalmente un proyecto de ley que lo aprobara<sup>1053</sup>. La discusión de tal proyecto se desplazó principalmente hacia el tema de si el Congreso debía discutir el articulado del código en forma pormenorizada o si podía aprobarlo sin examen<sup>1054</sup>. Prevalció este último criterio. De todos modos, el proyecto de ley aprobatoria obtuvo una rápida tramitación, de guisa de convertirse en ley de 25 de septiembre de 1869; por mandato de la misma ley, nuevo el código debía empezar a regir el 1 de enero de 1871. La edición príncipe se hizo en Nueva York, en 1870<sup>1055</sup>.

2. Este código consta de cuatro libros, cuyas rúbricas son las que siguen: libro I: *De las personas*, que trata de las personas jurídicas y naturales y de la familia; libro II: *De los derechos personales en las relaciones civiles*, en donde se encuentra el tratado de las obligaciones, centrado preferentemente en los diferentes tipos de ellas y su extinción, la teoría general de los hechos y actos jurídicos, la teoría general del contrato, y los contratos típicos en particular; libro III: *De los derechos reales*, destinado a la

---

<sup>1046</sup> El texto del decreto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 76 s.

<sup>1047</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 93.

<sup>1048</sup> Ejemplares de los proyectos citados en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1049</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 122.

<sup>1050</sup> Reunidos por GARCÍA, Manuel, en el volumen *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1920).

<sup>1051</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica trascendental sobre la codificación civil argentina*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, Univ. del Museo Social, 1992), pp. 241 ss.

<sup>1052</sup> Su texto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 130-134.

<sup>1053</sup> Su texto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 134-135.

<sup>1054</sup> El debate: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 156 ss.

<sup>1055</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

exposición de la doctrina de las cosas; de la posesión y los modos de adquirirla; del dominio; y de los derechos reales típicos; libro IV: *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*, que abarca la sucesión; el concurso de acreedores y la prescripción. Cada libro aparece dividido en secciones, éstas en partes, las cuales se subdividen en títulos; estos a veces en capítulos, con un total de 4.051 artículos.

3. Para llegar a este sistema<sup>1056</sup>, Vélez confesó, en una nota de 21 de junio de 1865, con que envió al Ministro el libro I de su proyecto<sup>1057</sup>, “*haber sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios*”. Ahí mismo declara “*absolutamente defectuoso*” el sistema de las *Institutiones* de Justiniano y critica el del código francés, para finalmente decir: “*Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño [Teixeira de Freitas] en su extensa y doctísima introducción a la Recopilación [Consolidação] de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas*”<sup>1058</sup>.

El sistema de la *Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas, publicada en 1857, se basaba en la distinción tajante de los derechos personales y reales, y era el siguiente:

*Parte geral*

Tít. 1º: *Das pessoas*

Tít. 2º: *Das cousas*

*Parte especial:*

Lib. I: *Dos direitos pessoaes*

Sec. 1ª: *Dos direitos pessoaes nas relações de familia*

Sec. 2ª: *Dos direitos pessoaes nas relações civis*

Lib. II: *Dos direitos reaes*

---

<sup>1056</sup> Sobre el sistema del código: BUTELER CÁCERES, J. A., *Método del Código Civil argentino*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2 (1956); MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código Civil para el Paraguay y la del Código Civil argentino* (Córdoba, 1966); LEVAGGI, Abelardo, *El método del Código Civil argentino y sus fuentes*, en *REHJ.* 10 (Valparaíso, 1985), pp. 159 ss.; BURDESE, Alberto, *Il sistema del Codice civile argentino e la distinzione tra diritti personali e reali (dal pensiero di Teixeira de Freitas a quello di Vélez Sarsfield)*, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam [1991]), pp. 154 ss.; PALMERO, Juan Carlos, *Vélez Sarsfield y el derecho latinoamericano*, íbid., pp. 551 ss.

<sup>1057</sup> Su texto: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 110 ss..

<sup>1058</sup> *Ibid.*, p. 118.

Vélez no adoptó la distinción en “parte general” y “parte especial”. De la *parte geral* de Teixeira, su tít. 1º: *Das pessoas*, que trata de las personas naturales y algo de las jurídicas, más el lib. I, de la *Parte especial*, sec. 1ª: *Dos direitos pessoas nas relações de familia*, conformaron el lib. I: *De las personas* de Vélez. La sec. 2ª del lib. I, *Parte especial* de la *Consolidação: Dos direitos pessoas nas relações civis* (que incluye la prescripción extintiva), se transformó en el libro II: *De los derechos personales en las relaciones civiles* de Vélez (sin la mencionada materia); y el lib. II, *Parte especial* de la misma *Consolidação: Dos direitos reais* (que incluye la sucesión y la prescripción adquisitiva), juntamente con el tít. 2ª de la *Parte geral: Das cousas*, dio lugar a su libro III: *De los derechos reales* (que no incluye las dichas materias). Vélez creó un libro IV: *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*, al que trasladó la prescripción extintiva y adquisitiva y la sucesión.

4. En la citada nota de 21 de junio de 1865, el codificador dejó constancia de las fuentes empleadas para la composición del libro I de su proyecto; decía: “...para este trabajo he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariae, la grande obra del señor Serrigny sobre derecho administrativo del imperio romano y la obra de Story, Commentaries of the conflict of laws”<sup>1059</sup>.

Los “códigos publicados en Europa” eran los de Baviera, Prusia<sup>1060</sup>, Francia, Austria, Nápoles, Las Dos Sicilias, el cantón de Vaud, Cerdeña, y Holanda; además estaba el proyecto de código español de 1851 debido a García Goyena<sup>1061</sup>. De América, aparte el código de la Luisiana<sup>1062</sup>, entre los que habían salido de la órbita del código francés estaban los del Perú (1852) y de Chile (1855) y el *Esboço de Código Civil* del brasileiro Augusto Teixeira de Freitas. De la doctrina, Vélez hace sobresalir a Savigny y a Zachariae; del primero, la obra empleada fue la traducción francesa de Guenoux del *System des heutigen römischen Rechts* como *Traité de droit romain* (Paris, 1840-1851); del segundo, se trata del *Cours de droit civil français* de Charles Aubry y Charles Rau, que en sus primeras ediciones se presentó como traducción de la obra del citado autor alemán; agrega el *Droit public administratif romain* (1862) de Denis Serrigny. En este material, Vélez destaca el *Proyecto de Código Civil* español de García Goyena, el

---

<sup>1059</sup> Ibid., p. 110-111.

<sup>1060</sup> KNÜTEL, Rolf, *Influenza dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794 sul Código Civil argentino del 1869*, en Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano (Padova, Cedam [1991]), pp. 79 ss.

<sup>1061</sup> Para la literatura española en general: CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (Madrid, R. Acad. de Jurisp. y Legisl., 1984), pp. 122 ss.

<sup>1062</sup> Vid. supra § 10, II.

código de Chile, “*que tanto aventaja a los códigos europeos*” y “*sobre todo*” el *Esboço* de Teixeira de Freitas, “*del cual he tomado muchísimos artículos*”<sup>1063</sup>.

El total de las fuentes de que se valió Vélez es fácil reconocerlo, porque él agregó a cada uno de los artículos de su código una notas<sup>1064</sup>, similares a las concordancias, motivos y comentarios de García Goyena, que contienen precisamente indicaciones sobre las fuentes, aparte el derecho comparado o el señalamiento de las razones de legislar, etc.<sup>1065</sup>. Entre las más recurridas estuvo el *Esboço* de Teixeira de Freitas, que proporcionó algo así como 1.227 artículos<sup>1066</sup>; el derecho romano del *Corpus iuris civilis*<sup>1067</sup>, pues son 799 artículos que de él recibieron inspiración directa; también la doctrina francesa fue profusamente empleada<sup>1068</sup>, lo mismo que el código de Chile con

---

<sup>1063</sup> MEIRA, Silvio, *Direito brasileiro e direito argentino. Códigos Comercial e Civil. Influencia do 'Esboço' de Teixeira de Freitas no projecto de Vélez Sarsfield*, en *Studi Sassaesi* cit. (n. 1043), pp. 201 ss.

<sup>1064</sup> En realidad, estas notas fueron previstas por el Presidente Sarmiento, como se desprende de la comunicación que el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Eduardo Costa envió a Vélez el día 20 de octubre de 1864, para notificarle el decreto que lo comisionaba como redactor del código, en donde le decía: “*Considera S. E. [Sarmiento] que sería muy conveniente que en los diversos artículos que lo forman, sean anotadas las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes de la Nación, así como su conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo. Considera asimismo, que conduciría eficazmente a su mejor inteligencia, que el Dr. Vélez expusiera en un trabajo separado los motivos de aquellas soluciones principales que alteran el derecho actual y las razones fundamentales de las nuevas disposiciones que es muy probable ha de juzgar necesario introducir...*” (en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 78). Vélez, pues, dio cabal cumplimiento a estas instrucciones de Sarmiento transmitidas por el Ministro.

<sup>1065</sup> Sobre las notas: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino*, en *Studi Sassaesi*, V: *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 445 ss.; COBAS, Manuel Osvaldo y ZAGO Jorge Alberto, *La influencia de las notas del Código Civil en la ciencia del derecho argentino y latinoamericano*, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam [1991]), pp. 141 ss.

<sup>1066</sup> MEIRA, Silvio, *Direito brasileiro e direito argentino* cit. (n. 1063), p. 231; EL MISMO, *Teixeira de Freitas, o jurista do império. Vida e obra* (Brasília, 1983), p. 267 ss.

<sup>1067</sup> DÍAZ BIALET, Agustín, *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield* (Córdoba, 1949-1952), 3 vols.; EL MISMO, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 14 (Córdoba, 1950), pp. 305 ss.; EL MISMO, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)*, en *Studi Sassaesi*, V: *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 251 ss.; LEVAGGI, Abelardo, *La formación romanística de Dalmacio Vélez Sarsfield*, en *Studi Sassaesi* cit. ibi, pp. 317 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 105 ss.; VÁZQUEZ, Humberto, GHIRARDI, Juan Carlos y ROLFO DE COSTAMAGNA, María Luisa, *Tres escritos judiciales del Dr., Vélez Sarsfield. Su versación romanística*, en *Studi Sassaesi* cit. ibi, pp. 347 ss.; VÁZQUEZ, H., MICIELI, L., BAZÁN, M. E., y CALVO LEAL, M. A., *El derecho romano en la biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield. Ensayo histórico* (Córdoba, 1996); BAZÁN, María Elena, FERNÁNDEZ, Graciela Liliana, y MICIELI, Laura Liliana, *La equidad en las notas del Código de Vélez Sarsfield. Sus fundamentos romanos*, en *REHJ.* 18 (Valparaíso, 1996), pp. 59 ss. Cfr. SCHIPANI, Sandro (coord.), *Las fuentes romanas citadas por Vélez Sarsfield en las notas del Código Civil de la República Argentina* (s. l., s. d.).

<sup>1068</sup> SALERNO, Marcelo Urbano, *Un retorno a las fuentes del Código Civil argentino: la doctrina francesa*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), pp. 217 ss. Según este autor, Vélez consultó obras de 56 autores franceses.

300 artículos<sup>1069</sup>. Vélez pensaba que “una colección de buenas leyes civiles solo podrá obtenerse por los estudios y observación de muchos jurisconsultos...”<sup>1070</sup>. En consecuencia de ello, su código tuvo a la vista un enorme caudal de obras, como lo revelan las aludidas notas, que hicieron de su codificación la más informada del continente.

Pese a ello, Vélez insistió, ante el ataque de Alberdi, en que: “Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son la leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una Ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas...”<sup>1071</sup>. Ello significa que, no obstante haber consultado tantas obras el codificador, y de haberse inspirado directamente en muchas de ellas, siempre cuidó de verificar que aquello que les tomada en préstamo concordara con el derecho vernáculo, por modo que su código por esta vía consistiera en una obra colectora de ese derecho.

También el código de Vélez vino a agregar un momento de madurez en la historia de la codificación iberoamericana, que al respecto ya contaba con el precedente del chileno. Por su extensa información y por su técnica, aunque no por el modo correcto de su redacción algo defectuosa, fue un código sobresaliente, que solo se resiente a causa de su volumen un tanto desmesurado, producto de un exceso de reglamentación; y debido a sus numerosas normas de sentido puramente doctrinal; herencias ambas del modelo del *Esboço* de Teixeira de Freitas.

#### **§ 41. La adopción del Código civil de la República Argentina en el Paraguay: El Código civil de la República de Paraguay I (1876)<sup>1072</sup>**

##### I. EL PARAGUAY HASTA 1840

1. Al iniciarse el proceso de la Independencia americana, el Paraguay hacía parte del Virreinato del Río de la Plata desde su creación en 1776. Cuando se conocieron en Asunción los acontecimientos bonaerenses de mayo de 1810, un cabildo decidió jurar fidelidad al Consejo de Regencia peninsular y no aceptar una dependencia respecto de la Junta Gubernativa creada en Buenos Aires. Esta intentó reducir por las armas la residencia paraguaya, pero sin éxito.

---

<sup>1069</sup> MEIRA, Silvio, *Direito brasileiro e direito argentino* cit. (n. 1063), p. 231.

<sup>1070</sup> En nota de 25 de octubre de 1864, dirigida el Ministro de Justicia para aceptar el encargo de codificar: en CABRAL TEXO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1021), p. 80.

<sup>1071</sup> VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *El folleto del doctor Alberdi*, en *El Nacional* de Buenos Aires, de 25 de junio de 1968, ahora en GARCÍA, Manuel, *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino* (Buenos Aires, 1920), p. 260.

<sup>1072</sup> Lit.: CATALANO, Pierangelo, *Indipendenza e codificazione del diritto: alcuni dati dalla storia della Repubblica del Paraguay*, en *Studi Saresesi, V: Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 551 ss.; GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *El proceso legislativo paraguayo (Desde la Colonia hasta comienzos del siglo XX)*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 167 ss.; MARTÍNEZ MILTOS, Luis, *El nuevo Código Civil paraguayo y el código de Vélez Sarsfield*, en Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano (Padova, Cedam [1991]), pp. 585 ss.

El rumbo político del Paraguay cambió desde mayo de 1811, cuando el bando patriota desplazó al Gobernador español, y sobre todo después, el 17 de junio de 1811, al crearse una Junta Gubernativa, con reafirmado carácter independiente respecto de la de Buenos Aires. La emancipación fue declarada en el Congreso de 30 de septiembre de 1813; en esa misma reunión se acordó establecer la República del Paraguay, gobernada bajo una forma política que se inspiró en la de la antigua República romana, es decir, bajo la dirección de dos cónsules, uno de los cuales fue el doctor José Gaspar Francia. En 1814, un nuevo Congreso proclamó a Francia como Dictador por cinco años. El pretexto aparente fue mantener la independencia del Paraguay respecto de sus enemigos externos. En 1816, Francia fue declarado Dictador Perpetuo por el Congreso y desde entonces hasta su muerte en 1840, aquél gobernó honrando fielmente su título.

2. Tal como ocurrió en la Argentina con Rosas, pareciera que en el Paraguay fue el inacabable gobierno de Francia el que impidió el desarrollo o, mejor aún, el surgimiento del movimiento por la codificación. La obsesión del Dictador por el real o aparente acoso del Paraguay desde el exterior, le hacía postergar la obra de la reforma general de la legislación, por sobre la cual, además, siempre debían primar sus decretos, de modo que ningún interés podía abrigar él por impulsar la confección de nuevos códigos, que acaso aparecerían como limitadores de sus poderes omnímodos. Por lo demás, el sistema económico desarrollado por Francia, que correspondió a una suerte de mercantilismo estatal, no se dejaba asociar fácilmente al contenido de unos códigos nuevos, que por los modelos que necesariamente hubieran seguido, hubiesen sido liberales.

## **II. El avizoramiento de un código propio y la adopción de uno extranjero**

1. Solo después de la muerte de Francia se empezó a hablar tímidamente de códigos.

El 24 de noviembre de 1842, sus sucesores, los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonso, emitieron un Estatuto Provisorio de Justicia, con el cual se organizó el sistema de tribunales. Esta norma derogó las leyes de Indias, es decir, la Recopilación de 1680 y las leyes posteriores, dejando subsistente la legislación castellana (aplicable después de las leyes patrias) con “*carácter provisorio, mientras la República sanciona sus códigos*”<sup>1073</sup>. De hecho, en 1846 se adoptó la mayor parte del *Código de Comercio* español de 1829, nuevamente con la advertencia de que ello era “*en cuanto no fuere promulgada la legislación comercial de esta República*”<sup>1074</sup>.

El régimen consular dejó de existir en 1844, cuando se emitió una carta política acorde con el modelo del constitucionalismo moderno, aun cuando otorgaba grandes poderes el Presidente de la República.

2. Entre 1870 y 1875 tuvo lugar una guerra entre el Paraguay, por un lado, y Argentina, Brasil y Uruguay, por otro, conocida con el nombre de Guerra de la Triple Alianza, que terminó en un gran desastre humano, económico y territorial para el primero. A consecuencia de ella, el Paraguay cayó bajo el fuerte influjo de la Argentina,

---

<sup>1073</sup> En GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *Proceso leg. cit.* (n. 1072), p. 173.

<sup>1074</sup> *Ibíd.*, p.174.

una de las potencias vencedoras. Este influjo se manifestó en primer lugar en la nueva constitución sancionada en 1870, que siguió cercanamente el modelo de la argentina de 1853; y después, en 1871, cuando se tramitó un proyecto de ley que mandaba adoptar para el Paraguay los códigos civil, penal y procesal civil de la Argentina. El proyecto, empero, alcanzó a ser vetada por el Ejecutivo, fundado en que no podía procederse a semejante adopción sin antes examinar la adaptabilidad de una legislación hecha para circunstancias como las argentinas, que eran muy diferentes a las paraguayas<sup>1075</sup>. Con posterioridad, una ley de 31 de marzo de 1875 dispuso el establecimiento de una comisión destinada a formar un código civil, que no tuvo éxito<sup>1076</sup>.

3. Pero lo anterior sólo implicó una dilación, porque finalmente, por ley de 19 de agosto de 1876, se ordenó tener por ley del Paraguay al Código Civil de Vélez Sarsfield. Como quiera que éste hubo de sufrir modificaciones en su patria de origen, con posterioridad a su entrada en vigor ahí, en 1889 se emitió una nueva ley en el Paraguay, el 27 de julio de aquel año, destinada a readoptar dicho código, pero con las aludidas posteriores modificaciones<sup>1077</sup>.

La introducción de un código liberal, como el de Vélez Sarsfield, en el Paraguay determinó un cambio completo en el régimen de tenencia de la tierra: desde entonces, el Estado, que era el máximo y casi único terrateniente, dejó de serlo y sus extensas propiedades debieron ser subastadas a los particulares. Este fue un hito más que puso término a lo que podríamos denominar la singularidad histórica del Paraguay; singularidad que hundía sus raíces en la época indiana misma.

---

<sup>1075</sup> *Ibíd.*, p. 180.

<sup>1076</sup> *Ibíd.*, p. 180.

<sup>1077</sup> *Ibíd.*, p. 180.

## Sección segunda: Otras codificaciones bajo múltiples influencias

### § 42. *El Código civil de la República Oriental del Uruguay (1869)*<sup>1078</sup>

#### I. La formación del Uruguay y las primeras iniciativas codificadoras

1. Desde 1776 el Uruguay pertenecía al Virreinato del Río de la Plata. La primera Junta de Gobierno que hubo en la América española se instaló en Montevideo el 21 de septiembre de 1808 y duró hasta 1809. Con ocasión de los sucesos de mayo de 1810 en Buenos Aires, los uruguayos se plegaron a los dictados de la Junta Gubernativa creada ahí. Como consecuencia de la guerra entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y el Brasil, en buena parte causada precisamente por el interés del segundo en anexarse la banda oriental del río, o sea el Uruguay, éste obtuvo su independencia de la Argentina, en virtud del Tratado de Río de Janeiro, de febrero de 1827, como República del Uruguay o República Oriental, que solo el 18 de julio de 1830 consiguió emitir su primera Constitución Política; pero fue únicamente con la caída de Rosas en 1852 que el Uruguay se vio libre de toda intervención argentina en sus asuntos y empezó a vivir en plenitud su emancipación.

2. El primer antecedente propio sobre la codificación civil en el país fue el art. 17 N° 1 de su Constitución de 1830, que declaraba competer a la Asamblea General: “*Formar y mandar publicar los códigos*”<sup>1079</sup>. A su vez, el primer intento de poner en ejecución esta facultad fue la proposición que a la Cámara de Representantes, a que pertenecía, hizo el 15 de abril de 1836 José Ellauri, en el sentido de formar una comisión de juristas encargada de redactar una ley de organización judicial y unos códigos civil, comercial y de procedimientos civiles. Ellauri actuaba influido por el ejemplo de Bolivia, que desde 1830 tenía ya sus principales códigos<sup>1080</sup>. La proposición fue reiterada en marzo de 1837 por Ramón Masini a la misma cámara<sup>1081</sup>. Pero ambas carecieron de repercusión

---

<sup>1078</sup> Lit.: ARAUJO, Orestes, ARIAS BARBÉ, Oscar, CESTAU, Saúl, LÓPEZ, Manuel, *Código Civil anotado* (Montevideo, 1949), Vol. I, pp. XLII ss.; NIN Y SILVA, Celedonio, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por el Dr...* (5ª ed., Montevideo, Colombino Hnos., 1962), proemio, p. 5 ss.; PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar sobre el proyecto*, en ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay* (Edición conmemorativa, Montevideo, 1963), pp. XXXV ss.; CESTAU, Saúl, *Personalidad de don Andrés Bello*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile* 4ª ép., 4 (1964-1965) 4, pp. 54-56; PEIRANO FACIO, Jorge, *El código de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos*, íbid., pp. 68-71; ROCA, Alberto, *Consideraciones acerca de las fuentes hispánicas de la codificación en el Uruguay*, en LEVAGGI, Abelardo (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, Unid. del Museo Social Argentino, 1992), pp. 187 ss.

<sup>1079</sup> En GROS ESPIELL, Héctor, *Las Constituciones del Uruguay* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1956), p. 151.

<sup>1080</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), p. XL s.

<sup>1081</sup> MARILUZ URQUIJO, José Mª., *El Proyecto de Código comercial uruguayo de Cecilio de Alzaga (1836)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho ‘Ricardo Levene’* 10 (Buenos Aires, 1959), p. 150, n. 24.



efectiva, pues los graves acontecimientos políticos de la guerra civil iniciada en 1838 impidieron toda otra atención.

## II. El Proyecto de Código Civil de Eduardo Acevedo (1852)<sup>1082</sup>

1. Un intento efectivo por contribuir a la reforma legislativa de su patria fue el desarrollado por el jurista, político y diplomático uruguayo Eduardo Acevedo (1815-1863)<sup>1083</sup>, quien por lo menos al 8 de octubre de 1851 -aunque posiblemente ya antes, hacia fines de 1848<sup>1084</sup>-, había conseguido terminar un Proyecto de Código Civil, como obra exclusivamente privada y personal<sup>1085</sup>, ya que no contó con encargo oficial alguno, sin perjuicio de haber hecho revisar sus manuscritos por tres colegas, para que le formularan observaciones, cosa que efectivamente hicieron<sup>1086</sup>. El texto fue editado en Montevideo en 1852, como *Proyecto de un código civil para el Estado Oriental del Uruguay*, acompañado con notas<sup>1087</sup>; pero cuya tramitación en la Cámara de Diputados a la que fue presentado en mayo de 1853, quedó detenida en julio, como efecto de ciertos disturbios políticos ocurridos entonces, y que causaron el exilio del propio Acevedo en Buenos Aires. Reiniciado su estudio en el seno de una comisión designada por el Gobierno, el 18 de abril de 1854, poco después se detuvo nuevamente el examen, debido al desinterés de los comisionados; y vuelto a comenzar aquél en la Cámara de Diputados en 1856, fue aprobado, de modo que a principios de 1857 pudo pasar al Senado, en donde se lo archivó<sup>1088</sup>. Como quedó recordado en otro lugar<sup>1089</sup>, un intento

---

<sup>1082</sup> Lit.: ACEVEDO, Eduardo (h.), *Eduardo Acevedo. Años 1815-1863. Su obra como codificador, ministro, legislador y publicista* (Montevideo, 1908), pp. 338 ss.; PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), pp. XXXV ss.; ROCA, Alberto, *Consideraciones* cit. (n. 1078), pp. 187 ss. Vid. también la literatura citada en la nota siguiente.

<sup>1083</sup> Sobre este personaje: ACEVEDO, Eduardo (h.), *Eduardo Acevedo* cit. (n. 1082); PEIRANO FACIO, Jorge, *El codificador Eduardo Acevedo*, en ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay* (Edición conmemorativa, Montevideo, 1963), pp. XI ss.; ALTERINI, Atilio, *Eduardo Acevedo, el codificador, en el centenario de su muerte*, en *Jurisprudencia Argentina* 4 (1963), pp. 56 ss.; CUTOLO, Vicente Osvaldo, *El doctor Eduardo Acevedo*, en *Libro del Centenario del Código de Comercio* (Buenos Aires, 1966), pp. 28 ss.

<sup>1084</sup> La primera fecha la da el testimonio directo del propio Eduardo Acevedo, en la *Advertencia* a su *Proyecto de Código Civil*, p. 13 nota a), que ahora se lee en la edición facsimilar cit. infra n. 1087. La segunda es hipótesis de PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), p. XLIII.

<sup>1085</sup> Luego de recibirse de doctor en Buenos Aires, en 1833, Acevedo ingresó en la oficina de abogados de Gabriel Ocampo Dávila, quien después, a partir de 1853, participaría en la revisión del *Proyecto de Código Civil de Chile* y redactaría el *Código de Comercio* de ese país promulgado en 1867. En 1856 y 1857, Acevedo habría de trabajar, junto a Vélez Sarsfield, en la redacción del *Proyecto de Código de Comercio* de la Argentina.

<sup>1086</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), p. XLIV ss. Estas observaciones han sido modernamente publicadas como *Apéndice* a la edición conmemorativa del proyecto cit. infra (n. 1087), pp. 449 ss.

<sup>1087</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile. Hay edición facsimilar moderna: MINISTERIO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA Y PREVISIÓN SOCIAL. *Eduardo Acevedo, Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay* (Edición conmemorativa dispuesta por el Consejo Nacional del Gobierno, Montevideo, 1963), pp. 1-448.

<sup>1088</sup> ACEVEDO, Eduardo (h.), *Eduardo Acevedo* cit. (n. 1082), pp. 346-352; brevemente: PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), p. LVI ss.

de implantar este proyecto en la provincia argentina de Entre Ríos en 1861, tampoco se vio coronado por el éxito; y lo propio había ocurrido con la sugerencia de Sarmiento en 1856, de adoptarlo en la Provincia de Buenos Aires<sup>1090</sup>.

2. El proyecto consta de 2.309 artículos distribuidos en un *Título Preliminar* y 4 libros, así: lib. I: *De las personas*; lib. II: *De las cosas y de los derechos que pueden tenerse en ellas*; lib. III: *De los modos de adquirir el dominio* (que incluye las sucesiones); y lib. IV: *De las obligaciones*. Los libros se dividen en títulos, y éstos en capítulos, a veces subdivididos en secciones. Con este plan el proyecto se apartaba del código francés. Quizá Acevedo haya arribado a este plan como una modificación de aquel del proyecto de código peruano de 1847<sup>1091</sup>, que, como se recordará, era el siguiente: *Título preliminar*; lib. I: *De las personas y de los derechos que como tales tienen*; lib. II: *De las cosas. del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; y lib. III: *De los derechos que unas personas tienen sobre otras y de las obligaciones que nacen de los contratos y cuasi-contratos*. Incluso un resto de este posible origen está en la parcial coincidencia de la rúbrica del lib. II del proyecto de Acevedo: *De las cosas y de los derechos que pueden tenerse en ellas*, con la rúbrica del lib. II del proyecto peruano: *De las cosas: [del modo de adquirirlas] y de los derechos que [las personas tienen sobre] ellas*. Acevedo, pues, habría tenido la idea de destacar del libro II del proyecto de 1847 toda la materia de los modos de adquirir, incluyendo las sucesiones, para dedicarle un libro especial, que fue el tercero.

Según confesó el propio Acevedo, cuando concibió la idea de un código pensó en traducir y adaptar el *Code Civil*, siguiendo el ejemplo de varias naciones, pero finalmente, por temor al reproche de intentar “*implantaciones exóticas para las que, sin suficiente examen, podría alegarse que no estábamos preparados...*”<sup>1092</sup>, desistió de ese procedimiento. El seguido en definitiva fue descrito también por Acevedo con estas palabras: “*...nos propusimos conservar de la legislación vigente cuanto no fuere opuesto a nuestro actual modo de ser, a las necesidades del país y de la época...*”<sup>1093</sup>. De esta guisa: “*Eso ha hecho que nuestro trabajo, a excepción de muy pocos puntos, no sea más que la redacción en forma de código moderno de las mismas leyes y doctrinas que cada día aplican los tribunales. Se promulgaría mañana, y fuera de esos dos puntos, nadie conocería, a excepción de los abogados, que se habría alterado nuestra legislación. Parecería a la generalidad que no hemos salido del Fuero Juzgo, de las Partidas y del Derecho romano...*”<sup>1094</sup>.

Estas afirmaciones sufren tal matiz, que casi llegan a ser contradichas en las siguientes líneas de Acevedo: “*Habiéndonos servido tanto para nuestro trabajo los*

---

<sup>1089</sup> Supra § 38, I, 4 a).

<sup>1090</sup> Supra n. 409.

<sup>1091</sup> Mejor que del código peruano de 1852, que fue publicado cuando Acevedo ya tenía casi terminado su trabajo, si es que no la había terminado antes.

<sup>1092</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Advertencia* cit. (n. 1084), p. 9.

<sup>1093</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Advertencia* cit. (n. 1084), p. 12.

<sup>1094</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Advertencia* cit. (n. 1084), p. 12.

autores franceses, sobre todo Domat, Pothier, Toullier, Merlin y Troplong<sup>1095</sup> se echará de menos que no los hayamos citados, contantomás motivo, cuanto que a veces nos hemos apropiado hasta de sus palabras”<sup>1096</sup>; en seguida declara que la omisión de citas fue motivada por la necesidad de “dar a todo un carácter nacional, quitándole el aire extranjero, que se le reprocharía. Tan es así, que muchas veces un artículo que nos había sugerido Toullier, lo apoyábamos en una opinión de Sala o Acevedo”<sup>1097</sup>. Esta última frase da la clave de la aparente contradicción: formalmente, la sugestión o una idea legislativa podían venir de un autor extranjero, pero difícilmente lo que él escribiera dejaría de encontrarse en autores españoles, como consecuencia de la radical unidad del derecho europeo fundada en último término en su común origen romano; si era así, por razones estratégicas resultaba mejor fundar la disposición creada en ese autor español.

### III. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay (1868)

1. La codificación fue retomada muy posteriormente. En junio de 1865, el Gobierno oriental había designado una comisión integrada por los doctores Manuel Herrera, Florentino Castellanos, Tristán Narvaja y Antonio Rodríguez para la revisión del Proyecto de Código de Comercio que habían redactado Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield para la Argentina, con el objeto de adoptarlo en el Uruguay. Concluida esa tarea y promulgado el proyecto, en vista del éxito alcanzado, ese Gobierno quiso aprovechar a la misma comisión con respecto al código civil, a cuyo efecto, por decreto de 20 de marzo de 1866, la completó con el nombre del doctor Joaquín Requena, y le encomendó: “la revisión del Proyecto de Código Civil del doctor don Eduardo Acevedo y corregido por el doctor don Tristán Narvaja...”<sup>1098</sup>.

El jurista argentino, Tristán Narvaja Dávila<sup>1099</sup>, a la sazón radicado en Montevideo desde 1853, en efecto, había comenzado un trabajo de codificación en forma privada, en que tomaba en consideración el antiguo proyecto de Acevedo; y a ese trabajo se refería el decreto cuando hablaba de una “corrección”. La comisión comenzó su labor el 1 de abril de 1866 y la terminó el 27 de diciembre de 1867; el informe final lleva fecha 31 de diciembre de ese año<sup>1100</sup>.

---

<sup>1095</sup> ROCA, Alberto, *Consideraciones* cit. (n. 1078), p. 194 añade otros autores, cuyos nombres que se obtienen de la consulta de los manuscritos de Acevedo. En todo caso, se trata de autores de segunda fila o cuyas obras son monográficas. Es importante la verificación que hace Roca de aparecer también SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, fuente infaltable de conocimiento de los códigos extranjeros en todo codificador americano.

<sup>1096</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Advertencia* cit. (n. 1084), p. 10.

<sup>1097</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Advertencia* cit. (n. 1084), p. 10.

<sup>1098</sup> El texto en ARAÚJO, Oreste y otros, *Código Civil anotado por...* (Montevideo, 1949), Vol. I, pp. XXI s.

<sup>1099</sup> Sobre él: PEIRANO FACIO, Jorge, *Semblanza de Tristán Narvaja*, en *Revista de la Facultad de Derecho* 6 (Montevideo, 1956).

<sup>1100</sup> *Informe de la Comisión de Códigos*, de 31 de diciembre de 1867, en *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* (Montevideo, La Nación, 1893), p. I ss.

El Gobernador Provisorio, Venancio Flores, en uso de poderes dictatoriales, por decreto del 23 de enero de 1868 promulgó el cuerpo como *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, para que entrara a regir el 19 de abril de ese año; dificultades de edición obligaron a prorrogar este término al 18 de julio; entre tanto, una ley de la Asamblea General, de 29 de abril de 1868, había reconocido como válidos los actos del Gobernador Provisorio y, en consecuencia, invistió con esta misma validez al código. La edición príncipe se hizo en 1868<sup>1101</sup>.

2. El código uruguayo consta de un *Título preliminar*; de un lib. I: *De las personas*; un lib. II: *De los bienes o del dominio o propiedad*; un lib. III: *De los modos de adquirir el dominio*; y un lib. IV: *De las obligaciones*; este último aparece dividido en dos partes: la primera trata *De las obligaciones en general*; y la segunda, *De las obligaciones que nacen de los contratos*, todo distribuido en 2.363 artículos más 3 sobre la observancia del cuerpo legal. Ese plan, claramente, es el del proyecto de Acevedo.

Este código se nutrió de fuentes diversas. La Comisión de Codigos designada para informar sobre el proyecto de Narvaja dejó expresa constancia de que: “...*basta confrontar este trabajo con los demás de su clase, y se conocerá que lejos de haber servido de norma alguno de ellos, lo que facilitaría la obra, se han utilizado todos, tomando las disposiciones más adaptables al país y más análogas al sistema que se seguía... el Código Civil Oriental, extraído de los distintos cuerpos de derecho que heredamos de la España y de todos los códigos vigentes ó en proyecto de los pueblos cultos, mantiene la unidad y la lógica en su sistema y bastante claridad en su método. Los códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, los más sabios comentadores del código Napoleón, el Proyecto del Dr. Acevedo, el del Sr. Goyena, el del Sr. Freitas, el del Sr. Vélez Sarsfield han sido los antecedentes sobre que se ha elaborado la obra que hemos revisado, discutido y aprobado. El proyecto del Sr. Freitas (inconcluso aún) es el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela, y el mismo Dr. Vélez Sarsfield dice ‘que de él ha tomado muchísimos artículos’; pero el autor del proyecto del Código Oriental, Dr. Narvaja y la comisión revisadora, aunque tributan el homenaje de su respecto a la reputación científica de estos jurisconsultos, solamente han tomado de sus trabajos lo que podía acomodarse a su sistema, prefiriendo también la sencillez del Código al cuidado de legislar para casos que pueden ser resueltos por la disposiciones generales o conexas del Código*”<sup>1102</sup>.

De este texto conviene fijar las siguientes ideas básicas: (i) el proyecto ha tenido por fuente al derecho tradicional español y a todos los códigos y proyectos modernos; (ii) de esta masas se destacan el código de Chile, los más sabios comentadores del Código Napoleón, el Proyecto de Eduardo Acevedo, el de Florencio García. Goyena, el de Augusto Teixeira de Freitas y el de Dalmacio Vélez Sarsfield; (iii) de esta masa más reducida, a su vez, se hacen sobresalir “*el justamente elogiado [código] de Chile*” y el *Esboço* de Teixeira de Freitas, por ser “*el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela*”; (iv) se rinde un homenaje a la

---

<sup>1101</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1102</sup> *Informe de la Comisión de Códigos* cit. (n. 1100), p. II.

reputación científica de “*estos jurisconsultos*”, es decir, a Teixeira y a Vélez, únicos nombrados antes de tal declaración, para en seguida decir que se han tomado de sus trabajos “*lo que podía acomodarse a su sistema [del proyecto uruguayo], prefiriendo también la sencillez del Código al cuidado de legislar para casos que pueden ser resueltos por la disposiciones generales o conexas del Código*”, con directa alusión a la complejidad del sistema que da forma a los proyectos de Teixeira de Freitas y de Vélez y a la prolijidad de ambos en estatuir detalladamente sobre la mayor cantidad posible de casos. De todos modos debe añadirse que la influencia del proyecto de Vélez solo pudo provenir de sus libros I y II, que se editaron a fines de 1865 y en 1866, el primero, y a principios de 1867, el segundo. Los libros III y IV vieron la luz en enero de 1868 y en agosto de 1869, cuando la revisión del proyecto uruguayo ya había terminado, cosa que ocurrió en diciembre de 1867.

Narvaja dejó escritas unas notas a su código -no al proyecto-, editadas mucho tiempo después de la promulgación de aquél<sup>1103</sup>, en las que aparecen citadas muchas obras. Pese al título de la edición, estas citas no constituyen propiamente las fuentes del proyecto aprobado, sino por excepción, pues fueron redactadas por Narvaja para uso privado y en las márgenes de un ejemplar de ss código, a fin de servirse de ellas como guía en trabajos posteriores de mayor aliento que, empero, no llevó a cabo<sup>1104</sup>.

En tales circunstancias, el estudio de las fuentes del código uruguayo ha sido hecho mediante investigación directa<sup>1105</sup>. Según su autor: “En realidad, el doctor Tristán Narvaja formó nuestro Código Civil con materiales sacados de las siguientes obras: Códigos Francés y Chileno, Proyecto de Acevedo, Freitas y Vélez Sarsfield..., Proyecto de Código Civil español anotado por García Goyena y el Código de Comercio que estaba en vigencia entre nosotros desde el año 1865”<sup>1106</sup>. Se ha calculado, así, que “corresponde la mayor influencia al Código Civil chileno, de cuyo cuerpo de leyes nuestro actual Código Civil tomó aproximadamente el 34% de sus disposiciones; el segundo lugar corresponde al Proyecto de García Goyena del cual se tomó algo así como el 19% de nuestro articulado, correspondiendo el tercer término al Proyecto de Eduardo Acevedo, del cual se han tomado aproximadamente el 16% de los artículos de nuestro Código”<sup>1107</sup>.

Esta preferencia de Narvaja Dávila por el código de Chile es explicable: aquél había permanecido en ese país durante 8 años desde 1845, o sea desde cuando culminaba la edición del llamado *Proyecto de 1841-1845*, hasta la del *Proyecto de 1853*, ambos de Bello<sup>1108</sup>; en Chile recibió la ayuda de su pariente Gabriel Ocampo Dávila<sup>1109</sup>, quien

---

<sup>1103</sup> NARVAJA, Tristán, *Fuentes, notas y concordancias del Código Civil de la República Oriental del Uruguay* (Montevideo, 1910). Este trabajo fue editado por Ricardo Narvaja, hijo del codificador.

<sup>1104</sup> Así lo dice Ricardo Narvaja, en la *Introducción* del trabajo citado en la nota anterior.

<sup>1105</sup> NIN Y SILVA, Celedonio, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por el doctor...* (5ª ed., Montevideo, Colombino, 1962).

<sup>1106</sup> NIN Y SILVA, Celedonio, *Código Civil* cit. (n. 1105), *Proemio*, p. 10.

<sup>1107</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *Noticia preliminar* cit. (n. 1078), p. XXIX, n. 55.

<sup>1108</sup> Vid. supra § 29, III.

formaría parte de la Comisión Revisora del último de los mencionados proyectos y, por su intermedio, seguramente conoció a Bello. De esta manera, Narvaja había seguido de cerca el proceso de la codificación chilena y aprovechó la experiencia ganada al redactar su propio proyecto.

Pese a esta incidencia del código chileno sobre un tercio del uruguayo, y pese a que en la mayoría de los casos ella consiste en una influencia literal, no situamos este último bajo una rúbrica que denote esa influencia, debido precisamente a que los dos tercios restantes corresponden a otros proyectos y códigos. Narvaja “no se propuso hacer obra original”<sup>1110</sup> y montó su código tomando como forma al sistema del proyecto de Acevedo y como substancia el articulado de códigos y proyectos diversos, la mayoría de ellos, empero, de raigambre iberoamericana.

### § 43. *El Código civil de la República de Costa Rica II (1886)*<sup>1111</sup>

#### I. La formación de un nuevo código

El *Código General* vigente en Costa Rica desde 1841 sufrió una primera merma en 1853, cuando se dictó una *Ley de enjuiciamiento en negocios y causas de comercio*. Pero hacia los años 70 empezó a sentirse la necesidad de una reforma completa. Un decreto de 24 de mayo de 1870 creó cierta comisión para redactar los códigos civil, penal, de comercio y de procedimientos en un plazo de 3 meses; pero la comisión ni siquiera fue integrada<sup>1112</sup>. Solo en 1880, le tocó el turno a la parte penal del código de 1841, al emitirse en ese año un autónomo *Código Penal*, que era copia del de Chile de 1875.

El asunto fue retomado poco después. La ley N° 9, de 28 de agosto de 1882, emitida bajo el gobierno de Próspero Fernández, autorizó al Presidente de la República para formar una comisión encargada de redactar proyectos de código civil y procedimiento civil. La comisión que el Presidente Fernández designó quedó integrada por el guatemalteco Antonio Cruz, quien la presidió y los costarricenses Ascensión Esquivel Ibarra, José Rodríguez Zeledón y Bernardo Soto Alfaro, futuro Presidente de la República. Una vez finalizado el trabajo, la comisión sometió sus proyectos al Colegio de Abogados, que le introdujo muy pocas modificaciones. Por su parte, el Congreso aprobó la ley de 19 de abril de 1885, por la cual autorizó al ejecutivo para emitir el código. Finalmente, el Presidente Bernardo Soto -quien, como vimos, había hecho parte

---

<sup>1109</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *El código de Bello y su influencia* cit. (n. 1078), p. 69

<sup>1110</sup> NIN Y SILVA, Celedonio, *Código Civil* cit. (n. 1105), *Proemio*, p. 7.

<sup>1111</sup> Vid. supra § 24. Lit.: BEECHE LUJÁN, Héctor y FOURNIER JIMÉNEZ, Favio, *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Costa Rica* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia del derecho* (San José, 1967), pp. 158 ss.; GUIER, J. E., *Historia del derecho* (San José, EUNED., 1993), pp. 596 ss.; TREJOS, Gerardo, *Costa Rica*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 153 ss.; SÁENZ CARBONELL, Jorge, *Historia del derecho costarricense* (San José, Juris Centro, 1997), pp. 183 ss.

<sup>1112</sup> SÁENZ CARBONELL, Jorge, *Historia* cit. (n. 1111), p. 188.

de la comisión codificadora- promulgó el proyecto de código civil por decreto de 26 de abril de 1886, ordenando que entrara en vigor cuando una ley posterior lo señalare. Fue la ley N° 3 del Congreso, de 28 de septiembre de 1887, la que dispuso que el código entrara en vigor el 1 de enero de 1888; desde entonces, quedó derogado el código de 1841. La edición príncipe se había hecho en San José en 1887<sup>1113</sup>.

## II. El Código Civil de la República de Costa Rica II (1886)

1. El código de 1886 encierra un total de 1.410 artículos distribuidos en un *Título preliminar* y cuatro libros: el libro I trata *De las personas*; el II, *De los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad* (que incluye a la hipoteca y a la prenda a continuación de los derechos reales de usufructo y servidumbre; y a los modos de adquirir y, entre ellos, a la sucesión); el III, *De las obligaciones*; y el IV, *De los contratos y cuasicontratos y de los delitos y cuasidelitos como causa de obligaciones civiles*; cada libro está dividido en títulos y estos en capítulos.

Formalmente este código llama la atención por su brevedad total, que es consecuencia de su reducido número de artículos, del estilo escueto y lapidario de éstos y de la deliberada prescindencia de normas destinadas a definir y a establecer consecuencias más particulares de otras y, en general, de la prescindencia de doctrinarismos y reglamentación; el código, pues, da por sentada la existencia de un derecho más amplio que aquel presentado en su interior.

2. Dicho código debe calificarse de ecléctico. Su sistema, en cuanto distribuye en libros separados la teoría general de las obligaciones, por un lado, y las fuentes de aquéllas, por otro, que resulta original en un código de tradición institucional gayano-justiniana, ya que usualmente ambas materias eran expuestas en un mismo libro, recoge la respectiva escisión introducida por los autores en sus tratados doctrinarios; lo propio ocurre con la incorporación de la prenda y la hipoteca a continuación de los demás derechos reales. Fuera de estas particularidades, su sistema sigue siendo el gayano-justiniano.

En cuanto a su articulado, él se formó merced a variadas fuentes. Desde luego el *Code Civil*, muy enraizado en Costa Rica merced al *Código General* de 1841, que en su parte civil era el *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano*, epítome, a su vez, del francés, aunque ese código de 1841 no fue tomado en consideración en el nuevo de 1886. El presidente de la comisión que formó este cuerpo legal, el Dr. Antonio Cruz, era un admirador del *Cours de droit civil français* de Ch. Aubry y Ch. Rau y de él se tomaron varias doctrinas para transformarlas en correspondientes disposiciones<sup>1114</sup>. También influyó el *Proyecto de Código Civil* español de 1851, de García Goyena<sup>1115</sup>. En fin, el *Código Civil de Chile*, quizá no directamente sino a través de los códigos de

---

<sup>1113</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1114</sup> BEECHE LUJÁN, Héctor y FOURNIER JIMÉNEZ, Favio, *Estudio* cit. (n. 1111), pp. 20 ss.; FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia* cit. (n. 1111), p. 160; GUIER, J. E., *Historia* cit. (n. 1111), p. 608; TREJOS, Gerardo, *Costa Rica* cit. (n. 1111), p. 156; SÁENZ CARBONELL, Jorge, *Historia* cit. (n. 1111), p. 189.

<sup>1115</sup> *Ibíd.*

los diversos países vecinos de Costa Rica o relativamente tales, que lo habían adoptado: El Salvador, Honduras, Nicaragua y Colombia (a la cual entonces pertenecía Panamá).

#### § 44. *El Código Civil de la República de Nicaragua II (1904)*<sup>1116</sup>

Nicaragua se regía desde 1871 por un código promulgado en 1867, el cual era una copia del chileno, con leves modificaciones. Sin estar en condiciones de poder dar más noticias, limitémonos a decir que por decreto de 1 de febrero de 1904, el Presidente de Nicaragua José Santos Zelaya promulgó un nuevo código, que venía preparándose desde 1899 por una Comisión que integraron los licenciados Bruno Buitrago, José Francisco Aguilar y Francisco Paniagua Prado, y que en el Congreso revisó otra compuesta de los diputados Leonardo Rodríguez y Santiago López, junto a los autores. El decreto señalaba que el código debía empezar a regir tres meses después de la publicación del primero, lo que implicó la entrada en vigor del nuevo código el 5 de mayo de 1904. El código mismo había sido editado en Managua en 1903. La primera edición tuvo en Managua, en 1903.

El *Código Civil de la República de Nicaragua* de 1904 se extiende, en gran contraste con el de Costa Rica, por 3.980 artículos distribuidos en un *Título preliminar* sobre la ley; un lib. I: *De las personas y de la familia*; un lib. II: *De la propiedad, modo de adquirirla y sus diferentes modificaciones*; y un lib. III: *De las obligaciones y contratos*. Cada libro se divide en títulos, y estos en capítulos. Al orden legal que más se acerca éste del código de Nicaragua es a aquel del código de Guatemala de 1877. Dicho cuerpo consta de un *Título Preliminar*; un lib. I: *De las personas*; un lib. II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; y un lib. III: *De las obligaciones y contratos*. Pero este orden guatemalteco era el del código peruano de 1852<sup>1117</sup>. Los codificadores nicaragüenses de 1904, empero, lo obtuvieron directamente del aludido código de Guatemala y no del peruano, que al parecer no consultaron. Debe hacerse notar que lo dicho, sin embargo, vale para la sistemática general recién expuesta, porque en el interior de los títulos y capítulos, los legisladores de Nicaragua solieron apartarse del orden guatemalteco.

Por lo que respecta a las fuentes del código de 1904, un estudio<sup>1118</sup> ha revelado que sus autores se valieron de una cantidad apreciable de cuerpos legales y que, en consecuencia, no tuvieron un modelo único o preponderante, aunque algunos contribuyeron en mayor medida que otros. De esta manera, según dicho estudio los más influyentes fueron: el código de Argentina, con 878 artículos; el código de México, con 811 artículos; el código de Chile, con 609 artículos; el código de Costa Rica de 1886, con 373 artículos; el código de España, con 329 artículos; el código de Portugal, con 254 artículos; el código de Italia, con 181 artículos; el código de Guatemala, con 116 artículos; y el código de Uruguay, con 51 artículos. Otros cuerpos legales ofrecieron una contribución insignificante; y hay 291 artículos que parecen haber sido originales de la comisión redactora<sup>1119</sup>.

Este fenómeno nos ha permitido clasificar al código de 1904 entre aquellos receptores de variadas influencias.

Pero la labor de ensamble y armonización de fuentes realizada por los codificadores no fue perfecta: “No cabe duda que faltó a los codificadores en su obra lo que el sabio

---

<sup>1116</sup> Vid. supra § 34.

<sup>1117</sup> Vid. supra § 28, II.

<sup>1118</sup> MORALES, Carlos, CUADRA ZAVALA, Joaquín y ARGÜELLO, Mariano, *Cómputo general de los orígenes de los artículos de este Código civil y del Reglamento del Registro Público, en Código Civil de la República de Nicaragua* (3ª ed. Oficial, Managua, Casa Editorial Carlos Heubeger y Co., 1931), Vol. II, en el final (sin paginación).

<sup>1119</sup> Debo hacer presente que en la edición del código de Nicaragua de 1904 citada en la nota anterior, cada uno de sus artículos viene con la indicación de su fuente, de modo que el *Cómputo* es el resultado final de este trabajo previo.



Alfredo Colmo, llama ‘técnica legislativa’, o sea un criterio uniforme en el ordenamiento y elaboración de las materias tratadas. Siguiendo, como siguieron de modelos a códigos de doctrinas, tesis y escuelas desemejantes, hasta en la confección de un mismo tratado, tenía forzosamente que adolecer el Código de falta de unidad, de uniformidad, cayéndose en contradicciones difíciles, por no decir imposibles de salvar”<sup>1120</sup>.

---

<sup>1120</sup> MORALES, Carlos, CUADRA ZAVALA, Joaquín y ARGÜELLO, Mariano, prólogo al Vol. II de la edición del Código cit. supra (n. 1118), p. II.

## **Capítulo séptimo: Una influencia inusual: El Codice civile del Regno d' Italia (1865) en la codificación de Venezuela**

### **§ 45. El Código civil de Venezuela III (1873) y sus reformas de 1880, 1896, 1904 y 1916<sup>1121</sup>**

#### **I. La formación de un nuevo código**

1. Un día antes de que entrara en vigencia el segundo Código Civil que tuvo Venezuela, aquel de 1867, un decreto de 27 de octubre de 1868, del Presidente Villegas, ya creaba una comisión de 5 juristas para revisarlo, integrada por Luis Sanojo, Manuel Cadenas Delgado, Cecilio Acosta, Juan Pablo Rojas y Ramón F. Feo<sup>1122</sup>. Los acontecimientos políticos truncaron el trabajo de esta comisión; y al sobrevenir un cambio político, el nuevo Presidente Antonio Guzmán Blanco, por decreto de 27 de abril de 1870, desconoció todo lo obrado por el anterior Gobierno. Más de dos años después, el decreto de 9 de septiembre de 1872<sup>1123</sup>, dictado por Guzmán Blanco en uso de las atribuciones que le había conferido un Congreso de Plenipotenciarios de los Estados reunido en Valencia el 12 de julio de 1870, creó, a imitación de la española, una Comisión General de Códigos con 4 secciones, una de ellas encargada de estudiar un nuevo Código Civil, que quedó integrada por Diego Bautista Barrios, José Reyes y Ramón F. Feo; a ella se agregaron después Luis Sanojo y Diego Bautista Urbaneja<sup>1124</sup>. Tal sección redactó un proyecto que resultó promulgado por el Presidente Guzmán Blanco el 20 de febrero de 1873 y que empezó a regir el 27 de abril de ese mismo año, quedando fuera de vigencia el anterior de 1867. De él se hicieron dos ediciones oficiales

---

<sup>1121</sup> Vid. supra §§ 33 y 38. Lit.: ZULOAGA, Nicomedes, *Datos históricos sobre la codificación en Venezuela*, en EL MISMO, *Códigos, leyes y decretos de Venezuela concordados por...* (Caracas, Imprenta Bolívar, 1896), pp. IX ss.; y en *Código Civil concordado* (Caracas, Tip. del Comercio, 1899), pp. VIII ss.; BASTIDAS, Luis, *Historia del Código Civil venezolano (1862-1896)*, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* año II, N° 14 (Caracas, 1939), pp. 39 ss.; MACHADO, Enrique, *Historia del Código Civil venezolano*, en *Revista de Derecho y Legislación* 29 (Caracas, 1940) 6, pp. 11 ss.; MUCI ABRAHAM, José (h.), *Esquema de la codificación civil venezolana*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* 8 (Caracas, 1956), p. 270 s.; BELLO LOZANO, Humberto, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas* (Caracas, Estrados, 1966), pp. 325 ss.; RANGEL LAMUS, Amenodoro, *El Código civil de 1873 y sus antecedentes legales*, como *Prólogo a Edición del Congreso de la República, conmemorativa del centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873* (Caracas, 1973), cuya portada reza: *Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus ejércitos, Edición oficial, Caracas, Imprenta Nacional, 1873*, pp. XVI ss. = EL MISMO, *Estudios jurídicos* (Caracas, Centauro, 1979), pp. 162 ss.; CHIOSSONE, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República* (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980), pp. 209 ss.; [MELICH ORSINI, José], *Prólogo a VV. AA., Código Civil de Venezuela* (Caracas, 1989), vol. I, pp. 24 ss.

<sup>1122</sup> CHIOSSONE, Tulio, *Formación* cit. (n. 1121), p. 212.

<sup>1123</sup> Texto del decreto: en BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 1121), p. 39 s.

<sup>1124</sup> ZULOAGA, Nicomedes, *Datos históricos* cit. (n. 1121), p. 8

en Caracas, en el mismo año de 1873<sup>1125</sup>. Junto al Civil, Guzmán Blanco promulgó los Códigos de Comercio, Penal, Militar, de Hacienda, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Criminal.

2. Este nuevo código sufrió sucesivas reformas:

a) Fue formalmente reemplazado por uno nuevo promulgado por el mismo Presidente Guzmán Blanco el 3 de junio de 1880, cuya vigencia comenzó el 27 de enero de 1881<sup>1126</sup>.

b) Todavía, en virtud del trabajo de una comisión de ocho juristas<sup>1127</sup> designada por decreto de 12 de agosto de 1895, el 7 de mayo de 1896, siendo Presidente Joaquín Crespo, fue promulgado un formalmente nuevo código, que rigió desde el 28 de octubre de ese último año<sup>1128</sup>.

c) El cual hubo de ser reemplazado por un asimismo formalmente nuevo código el 19 de abril de 1904, bajo la presidencia de Cipriano Castro<sup>1129</sup>.

d) Un código formalmente nuevo fue sancionado en 1916. Ya en 1912, bajo la presidencia de Juan Vicente Gómez, el Ejecutivo Federal, por decreto de 24 de julio, designó una comisión para revisar el Código Civil y el de Comercio<sup>1130</sup>. Esta comisión finalizó su trabajo el 20 de marzo de 1915 y presentó un proyecto al Ministerio de Relaciones Interiores, en donde se lo revisó hasta formular un nuevo texto que fue el enviado a las cámaras legislativas, que finalmente aprobaron un cuerpo legal reformado ahí a su vez, el 21 de junio de 1916, el cual empezó a regir el 19 de diciembre de ese año<sup>1131</sup>.

3. El código básico fue el de 1873. Los textos de 1881, 1896, 1904 y 1916 solo formalmente fueron nuevos códigos, como se ha dicho con reiteración, porque

---

<sup>1125</sup> De la primera hay edición moderna: Edición del Congreso de la República, conmemorativa del centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873 (Caracas, 1973), cuya portada reza: *Código civil sancionado por el General Guzmán Blanco Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus ejércitos*, Edición oficial, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, 183 pp. + 5 de índices. La segunda agregaba después de "ejércitos", lo que sigue: *segunda edición oficial/ corregida de orden del Presidente de la República/ por la Comisión Codificadora/ Caracas/ Rojas Hermanos-Editores/ 106-Calle del Comercio-106/ 1873// 192 pp.* De cada edición hay ejemplares en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1126</sup> Sobre él: BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 1121), pp. 46 ss.; MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 1121), p. 16.

<sup>1127</sup> Los doctores Manuel Cadenas, Ramón F. Feo, Aníbal Dominici, Antonio Zárraga, Claudio Bruzual, Pedro Febres, Carlos Grisanti y Felix Quintero.

<sup>1128</sup> Sobre él: BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 1121), pp. 65 ss.; MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 1121), pp. 16 ss.

<sup>1129</sup> Sobre él: MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 1121), pp. 18 ss.

<sup>1130</sup> Que integraron los doctores Emilio C. Guerero, José L. Arismendi, Carlos F. Grisanti, Francisco Arroyo, Juan B. Vance, José S. Rodríguez, Cristobal L. Mendoza y el Procurador General de la Nación; a la que se agregaron en noviembre de 1914 los doctores Alejandro Pietri (h.), Carlos A. Urbaneja, Federico Urbano y Nicomedes Zuloaga.

<sup>1131</sup> PIETRI, Alejandro (h.), *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en éste y en el de 1896* (Caracas, Lit. del Comercio, 1916), pp. III ss.

materialmente cada uno seguía siendo el mismo código anterior, con modificaciones; y aunque en algunos casos las alteraciones fueron muy sustanciales<sup>1132</sup>, siempre concernieron a puntos precisos y determinados, y no implicaron la adopción de nuevos modelos, sistemas o articulados; eran, pues, meras y acotadas reformas y revisiones.

La razón de aparecer estos cuerpos meramente reformadores como códigos nuevos era general: una disposición ya concebida en la Constitución de 1830, establecía: “*La ley que reforma otra anterior deberá redactarse íntegramente, incluyendo en ella todas las disposiciones que quedan vigentes y declarando abolida la ley reformada*”<sup>1133</sup>; y ella sustancialmente fue repetida en todas las constituciones posteriores<sup>1134</sup>. En su mérito, pues, cada vez que el Código Civil resultaba reformado, debía ser repromulgado, de donde el espejismo de tratarse de un nuevo cuerpo en cada caso.

## II. El Código Civil de Venezuela III (1873) y el modelo seguido por él

1. El código venezolano de 1873 se apartó totalmente de los modelos extranjeros habituales seguidos en Iberoamérica, pues el entonces recurrido fue el *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1865<sup>1135</sup>, con algunas supresiones, modificaciones y adiciones, casi siempre tomadas del código venezolano de 1867<sup>1136</sup>. Incluso más: el texto reformado que se promulgó en 1916: “ha resultado más parecido al modelo italiano que lo fuera el de 1873”<sup>1137</sup>; porque en dicho código de 1916 se trató de eliminar las modificaciones fundadas en el código de 1867.

Hacia 1872, cuando empezó a estudiarse el nuevo código venezolano que sería el de 1873, las más modernas codificaciones disponibles eran precisamente la italiana de 1865 y la portuguesa de 1867. Los codificadores venezolanos escogieron la primera como modelo, así como los mejicanos que dieron origen al cuerpo de 1870 tuvieron a la vista la segunda en medida no despreciable.

Ahora bien, como en su momento se vio, el modelo italiano era, a su vez, una imitación del *Code Civil* francés, aunque con importantes modificaciones y adaptaciones. De esta manera, Venezuela vino a incorporar tardíamente dicho código, merced a lo que podría llamarse una recepción de segundo grado.

---

<sup>1132</sup> Así, el código de 1880 introdujo como impedimento dirimente del matrimonio el haber recibido órdenes eclesiásticas y la autorización para el hijo natural de usar el apellido del padre que lo reconoció. El de 1896 eliminó el matrimonio por ministerio de la ley (que había introducido el de 1873) y creó la institución del “hogar”. El de 1904 adoptó el divorcio vincular. El de 1916 equiparó los hijos naturales a los legítimos en el llamamiento a la herencia materna.

<sup>1133</sup> Const. de 1830, art. 99: en *Las Constituciones de Venezuela*, con un *Estudio preliminar* de Brewer-Carías, Allan (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y otros, 1985), p. 344.

<sup>1134</sup> Const. de 1857, art. 48, *ibíd.*, p. 367; Const. de 1858, art. 75, *ibíd.*, p. 389; Const. de 1864, art. 50, *ibíd.*, p. 419; Const. de 1874, art. 50, *ibíd.*, p. 453; Const. de 1881, art. 50, *ibíd.*, p. 492; Const. de 1891, art. 50, *ibíd.*, p. 511; Const. de 1893, art. 52, *ibíd.*, p. 534; Const. de 1901, art. 61, *ibíd.*, p. 574; Const. de 1904, art. 62, *ibíd.*, p. 595, etc.

<sup>1135</sup> Vid. *supra* § 10, I, 1 b).

<sup>1136</sup> PIETRI, Alejandro (h.), *El Código Civil de 1916* cit. (n. 1131), p. V.

<sup>1137</sup> *Ibíd.*, p. V.

2. El código de 1873 consta de 1.921 artículos, frente a los 2.147 del original italiano, distribuidos en un *Título Preliminar* y 3 libros, como siguen: I: *De las personas*; II: *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*; y III: *De las maneras de adquirir y de transmitir la propiedad y demás derechos*. Tal estructura general, lo mismo que sus subdivisiones internas y sus respectivas rúbricas, coinciden muy exactamente con dicho original<sup>1138</sup>, como ocurre, por lo demás, con el articulado mismo en general; pero la comisión de 1872 introdujo algunas reformas y adaptaciones a su modelo, como se dijo, casi siempre fundadas en el código de 1867, pese al escaso tiempo de cinco meses y poco más que tuvo para trabajar.

Las notas más salientes de este nuevo cuerpo legal fueron: la completa secularización del matrimonio y de las actas del estado civil, la curiosa institución del matrimonio por ministerio de la ley en caso de seducción, y el llamamiento hecho a los hijos naturales para participar en la herencia de su padre, a falta de descendencia legítima.

---

<sup>1138</sup> Examen del contenido del código de 1873: en MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 1121), pp. 12 ss., BASTIDAS, Luis, *Historia* cit. (n. 1121), p. 41 ss., RANGEL LAMUS, Amenodoro, *El Código civil de 1873* cit. (n. 1121), pp. XX ss. (p. 174 ss.).

## **Capítulo octavo: La codificación como traslación o adaptación del Código civil de España**

### **§ 46. El Código civil de España<sup>139</sup>**

1. El *Proyecto de Código Civil* de 1851 de García Goyena<sup>140</sup> no fue presentado a las Cortes y terminó por ser dejado a un lado, sobre todo debido a la oposición que suscitó en los países de derecho foral (Cataluña, Navarra, Vizcaya, Aragón, Galicia y Mallorca). De esta manera, el movimiento por la codificación quedó detenido. Entonces el Gobierno optó por impulsar lo que podríamos denominar codificaciones parciales, esto es leyes sobre determinados temas considerados importantes, pero elaboradas con espíritu codificador. Fue así como en 1861 se dictó la *Ley hipotecaria*, en 1862 la *Ley del Notariado*, en 1866 la *Ley de Aguas* y en 1870 la *Ley de Matrimonio Civil*.

2. La labor codificadora general se reinicia en 1882, con una reorganización de la Comisión General de Codificación, en la que se incluyó a juristas representantes de las zonas forales. Su Sección de Código Civil fue presidida por Manuel Alonso Martínez, que poco después alcanzó el cargo de Ministro de Gracia y Justicia. La nueva comisión debía trabajar sobre la base del Proyecto de 1851 para completarlo con aquellas instituciones forales posibles de generalizar. Para tal efecto, sus miembros forales debían presentar unas memorias con el contenido de los derechos peculiares. Se redactó un proyecto de Ley de Bases del Código Civil, es decir, de ideas centrales a las que el proyecto de éste debía someterse. Dicha ley, empero, fue rechazada por las Cortes, que preferían conocer el proyecto mismo. Como entretanto la Sección de Código Civil había adelantado trabajos relativos a los libros I y II, el Ministro Alonso Martínez los presentó a las Cortes en 1882 (por lo que se los llama Proyecto de 1882), pero éstas también los rechazaron.

3. En 1885, el nuevo Ministro, Francisco Silvela, presentó otro proyecto de Ley de Bases del Código Civil, que innovaba fundamentalmente en el planteamiento conducido hasta la fecha en torno a las relaciones entre el código y los derechos forales: aquél tendría carácter subsidiario de estos (y pleno en las regiones no forales). De los derechos forales se mandaba confeccionar unos *apéndices*, esto es, verdaderos códigos forales. Este nuevo planteamiento aseguró el éxito del proyecto, no obstante lo cual fue

---

<sup>139</sup> Lit.: LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*, IV: *Codificación civil (Génesis e historia del código)* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1970), Vol. I, pp. 297 ss.; DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español*, I: *Parte general*, Vol. I: *Introducción al derecho civil* (Salamanca, 1977), pp. 227 ss.; GIBERT, Rafael, *La codificación del derecho civil en España (1752-1889)*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. II, pp. 907 ss.; SCHOLZ, Johannes-Michael, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert*, Vol. 1: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 506 ss.; BARÓ PAZOS, Juan, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)* (Santander, 1992). En los trabajos de Scholz y Baró se encontrará la literatura anterior. Vid. también los diferentes trabajos publicados en *Centenario del Código Civil* (Madrid, 1989-1991), 5 vols.

<sup>140</sup> Vid. supra § 37 sobre el proyecto de 1851, de García Goyena.

laboriosa su aprobación, que solo advino en 1888, cuando Manuel Alonso Martínez era otra vez ministro. La ley, pues, pudo ser publicada el 22 de mayo de 1888.

Esta *Ley de Bases* autorizaba al Gobierno para publicar un Código Civil que, con sujeción a las bases que señalaba ella misma, debía elaborar la Sección Civil de la Comisión de Códigos. Una vez publicado el código, el Gobierno debía dar cuenta a las Cortes de las modificaciones que hubiere introducido al proyecto de la Comisión. El código entraría en vigencia 60 días después de dicha cuenta, que podían ser prorrogados por el Gobierno.

Como en el tiempo intermedio, la sección pertinente de la Comisión de Códigos continuó trabajando en los libros III y IV del proyecto (que por eso son llamados con el nombre común de Proyecto de 1885-1888), la totalidad de éste se encontraba estudiada en 1888. De esta manera, el gobierno, en uso de la autorización concedida por la *Ley de Bases*, editó el proyecto completo en octubre de ese año, ya como *Código Civil*. En uso de similar autorización, prorrogó la entrada en vigencia del nuevo código al 1 de mayo de 1889. En julio de 1889 se hizo una nueva edición del código<sup>1141</sup>.

4. El *Código Civil de España* consta de un *Título preliminar* y cuatro libros con un total de 1.976 artículos. El libro I trata *De las personas*; el II, *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*; el III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; y el IV, *De las obligaciones y contratos*. De este modo, el libro III del Proyecto de García Goyena quedó dividido en dos: el III y el IV del código. La razón última de ello hay que verla en que el código español se mantuvo fiel al principio romano de que la adquisición entre vivos exige una causa o título adquisitivo y un modo, o sea, la tradición, y que actos como la compraventa o la donación, etc. no son modos de adquirir sino precisamente títulos adquisitivos de efecto puramente obligacional; en consecuencia, su tratamiento no debe incluirse en aquél de los modos (libro III), sino en otro (libro IV), arrastrando a él los demás contratos que no son títulos adquisitivos, pero que igualmente producen obligaciones<sup>1142</sup>. Con esto, el código español se separó de la tradición legislativa europea inaugurada por el código francés y se acercó a la americana que habían trazado los códigos peruano y chileno.

5. La base del código estuvo constituida por el Proyecto de García Goyena; a través de él le influyeron las fuentes que éste había tomado en consideración, especialmente el código francés, el derecho tradicional español y el derecho romano. Pero sus redactores acudieron a otras: a los códigos italiano de 1865 y portugués de 1867 entre los europeos, y al chileno de 1855 y argentino de 1869 entre los americanos.

---

<sup>1141</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1142</sup> En este sentido DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español* cit. (n. 1139), Vol. I, pp. 263 s.

## Sección primera: La traslación del *Código Civil de España* a Puerto Rico y a Cuba

### § 47. *El Código civil de España en Puerto Rico (1889)*<sup>1143</sup>

Cuando el código de España entró en vigencia en 1889, el otrora imperio continental de España en América estaba reducido a Cuba y a Puerto Rico<sup>1144</sup>. Hasta ese momento, pues, regía en ambos territorios el derecho indiano en sentido amplio, que hemos estudiado en otro lugar<sup>1145</sup>. La entrada en vigor del código español no cambió por sí sola esta situación. Mas, por Real Decreto de 31 de julio de 1889, se puso en vigencia dicho código en Puerto Rico (lo mismo que en Cuba y Filipinas) desde 20 días después a su publicación; ésta quedó terminada el 12 de diciembre de 1889 en la Gaceta Oficial de Puerto Rico<sup>1146</sup>.

En virtud del Tratado de París de 10 de diciembre de 1898, que puso fin a la guerra entre España y los Estados Unidos de Norteamérica, Puerto Rico dejó de pertenecer a aquélla y quedó bajo la soberanía de los Estados Unidos. Pero ya antes la isla había sido ocupada y desde el 1 de octubre de 1898 sometida a un gobierno militar con poderes “*absolutos y supremos*”<sup>1147</sup>, responsable solo ante el Presidente de aquella nación. En mérito de ellos, una *General Order* N° 1, de 18 de julio de 1898, suscrita por el mayor general John R. Brooke, comandante del ejército de ocupación, dispuso en su sección 9: “*Las leyes provinciales y municipales hasta donde afecten la determinación de derechos privados correspondientes a individuos o propiedades serán mantenidas en todo su vigor, a menos que resulten incompatibles con el cambio de condiciones realizado en Puerto Rico, en el cual caso podrán ser suspendidas por el jefe del*

---

<sup>1143</sup> MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico* (Rio Piedras, Univ. de Puerto Rico, 1947), Lib. I, pp. 9-121; OCHOTECO, Félix, *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil de Puerto Rico* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960), pp. 9 ss.; GONZÁLEZ VALES, Luis, *Apuntes para una historia del proceso de adopción del Código Penal puertorriqueño luego del cambio de soberanía*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), pp. 275-295; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Tratado teórico, práctico y crítico de derecho privado puertorriqueño*, II: *El derecho civil. Teoría general de la norma jurídica* (Oxford, N. H., Equity Publ. Co., s. d. [1992]), pp. 29-85; MUÑIZ ARGÜELLES, Luis, *Porto-Rico*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 185 ss.; GUIVÉN FLORES, César, *Las bases romanísticas del Código Civil de Puerto Rico frente al sistema jurídico angloamericano*, en *Boletín de la Asociación Venezolana para la Difusión del Derecho Romano* 3 (Mérida, 1996-1997), pp. 35 ss. Debo la parte de esta literatura a la gentileza del profesor César Guivén Flores, de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>1144</sup> En Asia, España conservaba las Islas Filipinas.

<sup>1145</sup> *Supra* § 12, I y II.

<sup>1146</sup> Antes se habían extendido otros cuerpos legales españoles a la isla: el Código Penal, por Real Decreto de 23 de mayo de 1879; la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Real Decreto de 25 de septiembre de 1885; el Código de Comercio, por Real Decreto de 28 de enero de 1886; y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Real Decreto de 19 de octubre de 1888.

<sup>1147</sup> Estas expresiones aparecen en un mensaje cursado por el Presidente Mc Kinley, el 13 de julio de 1898, sobre la capitulación de las fuerza españolas en Cuba: en GONZÁLEZ VALES, Luis, *Apuntes* cit. (n. 1143), p. 280.



*Departamento. Dichas leyes serán administradas materialmente tales como existían antes de la cesión a los Estados Unidos*<sup>1148</sup>. Esto implicó que el Código Civil mantuviera su vigencia en Puerto Rico.

La sección 40 de la *Foraker Act o Ley para proveer temporalmente de rentas y de un gobierno civil a la Isla de Puerto Rico*, de 12 de abril de 1900, que fue el primer estatuto legal que el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica dio para la isla, prescribió: “*Que una comisión compuesta de tres miembros, siendo por lo menos uno de ellos ciudadano natural de Puerto Rico, será nombrada por el Presidente, con el concurso y consentimiento del Senado, para revisar las leyes de Puerto Rico, como también los varios códigos de procedimiento y sistema de gobierno municipal actualmente en vigor...*”<sup>1149</sup>. La comisión designada por el Presidente quedó integrada por los estadounidenses Joseph Daly y Leo S. Rowe y por el puertorriqueño Juan Hernández López, quien se encargó de las tareas concernientes a la revisión del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil. La comisión entregó su informe al Congreso de los Estados Unidos el 12 de abril de 1901. Los desacuerdos que provocó obligaron al Consejo Ejecutivo de la isla a dictar una nueva ley el 31 de enero de 1901, que autorizó al Gobernador para designar otra comisión. El gobernador Allen la integró con los mismos Rowe y Hernández López, que habían hecho parte de la comisión precedente, más el estadounidense John M. Keedy<sup>1150</sup>. Esta comisión rindió su informe el 31 de diciembre de 1901, y en él proponía a la Asamblea Legislativa la sanción de los Códigos Civil, Penal, de Enjuiciamiento criminal y Político. Por lo que atañe al primero, el informe en realidad contenía un proyecto de nuevos Título Preliminar y de libros I y II del código, que incluía modificaciones al original español; y proposiciones de enmiendas particulares a los libros III y IV, sin redactarlos de nuevo, todo debido al trabajo de Hernández López. La Asamblea Legislativa de Puerto Rico, el Consejo Ejecutivo y la Cámara de Delegados, a su tiempo, aprobaron el informe y proyectos de Hernández López en su mayor parte, por resolución conjunta N° 5, de 1 de marzo de 1902. Complementariamente, una ley de la Asamblea Legislativa del mismo día, prescribió en su sección 1ª: “*El Secretario de Puerto Rico y la Comisión conjunta nombrada con antelación por la Asamblea Legislativa para considerar e informar sobre el informe de la Comisión Codificadora, tendrán pleno poder y autoridad para compilar y ordenar los estatutos votados en ambas sesiones, la ordinaria y extraordinaria, de la primera Asamblea Legislativa de Puerto Rico y para ordenar los mismos en forma debida y colocar en su lugar que corresponda todas las leyes que sean propiamente parte del... Código Civil..., para su publicación, con excepción de aquellos estatutos que hayan sido derogados especialmente; y estarán autorizados, al verificar dicha compilación y reordenación, para cambiar la numeración de las partes, divisiones, títulos, capítulos, artículos y secciones y componer un índice general de todos los susodichos códigos*”<sup>1151</sup>. En ejercicio de esta autorización, los órganos citados

---

<sup>1148</sup> En MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica* cit. (n. 1143), p.18.

<sup>1149</sup> En MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica* cit. (n. 1143), p. 19 s.

<sup>1150</sup> GUIVÉN FLORES, César, *Las bases romanísticas* cit. (n. 1143), p. 39.

<sup>1151</sup> En MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica* cit. (n. 1143), p. 22.

en la ley publicaron un volumen titulado *Estatutos revisados y códigos de Puerto Rico* en 1902. Esta obra, como ya la ley de 1 de marzo la describía, era una recopilación de normas, es decir, de códigos y leyes esparcidos, inspirada en la técnica compilatoria en uso en los Estados Unidos; y de esta manera, Puerto Rico, después de haberse convertido en un país de derecho codificado en 1889, por la vía de la influencia estadounidense volvió a la antigua forma de fijación consistente en la compilación, que remontaba al Bajo Imperio Romano y que se había vuelto a hacer tradicional desde la Baja Edad Media y en el derecho indiano.

El Código Civil repromulgado en 1902 en el interior de la compilación de leyes de ese año era el mismo español de 1889, con las alteraciones que había propuesto introducirle Hernández López o que le introdujo la Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Estas habían sido concebidas bajo la inspiración del cambio de circunstancias políticas que había venido a afectar a la isla; pero también del derecho de los Estados Unidos y del Código Civil de la Luisiana, en su versión revisada en 1870; en su mayoría afectaron al libro sobre las personas y la familia<sup>1152</sup>. La comisión no había querido, aunque se pretendió, sustituir la tradición romanística del derecho de Puerto Rico por la del *common law*; pero tampoco Hernández López pudo conseguir que nada se innovara en aquélla, y debió aceptar la incorporación de elementos provenientes del derecho del país conquistador, como se ha indicado. Desde entonces, el sistema jurídico de Puerto Rico, no solo en materia civil, ha sufrido un permanente embate del estadounidense, que ha terminado por convertirlo en un híbrido, pese a la fuerte resistencia que oponen muchos juristas puertorriqueño<sup>1153</sup>

En 1911 se hizo una nueva compilación<sup>1154</sup>. Primero se la confeccionó en inglés por la Oficina de Asuntos Insulares del Departamento de Guerra de los Estados Unidos, y se la editó en 1912 con el nombre de *Compilation of the Revised Statutes and Codes of Porto Rico*; ella recogía toda la legislación de la Isla desde el 3 de diciembre de 1900 hasta el 9 de marzo de 1911, incluyendo, por cierto, al Código Civil, puesto al día con las modificaciones que había sufrido hasta el año indicado, de modo que esta compilación absorbía a la precedente. La ley 23, de 11 de marzo de 1813, de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico ordenó hacer una compilación igual a la anterior, pero en castellano; se hizo, pero no fue publicada sino hasta 1914, cuando ya estaba un tanto atrasada debido a la nueva legislación emitida en el ínterin.

#### § 48. *El Código civil de España en Cuba (I)*

La introducción de Cuba en la lista de países de derecho codificado acaeció en manera similar a aquella de Puerto Rico. Cuando el código español empezó su vigencia

---

<sup>1152</sup> Examen de las reformas: en MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica* cit. (n. 1143), p. 26 ss.; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Tratado teórico* cit. (n. 1143), pp. 61 ss.

<sup>1153</sup> Sobre el proceso de hibridación: DELGADO CINTRÓN, Carmelo, *Derecho y colonialismo. La trayectoria histórica del derecho puertorriqueño* (Río Piedras, Edil, 1988), pp. pp. 45 ss. También GUIVÉN FLORES, César, *Las bases romanísticas* cit. (n. 1143). Cfr. TRÍAS MONGE, José, *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico* (Equity Publ. Co., 1991).

<sup>1154</sup> Sobre lo que sigue: MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica* cit. (n. 1143), p. 49 ss.

en 1889, Cuba formaba aún parte de la Corona de España y se regía por el derecho indiano en sentido amplio, sin que dicho código alterara tal estatuto. Fue merced al Real Decreto de 31 de julio de 1889 que se puso en vigencia el nuevo código en Cuba desde 20 días después a su publicación. La ocupación de parte de la isla por los Estados Unidos, como consecuencia de la guerra que entre ambas potencias tuvo lugar en 1898, no implicó la suspensión del vigor del código en aquélla. Una “orden general” del Comandante General de Santiago de Cuba, la zona ocupada, Leonard Wood, orden destinada a “hacer las veces de una constitución provisional”<sup>1155</sup>, dispuso en su art. 10: “Las leyes municipales serán administradas de acuerdo con la presente declaración de derechos y sujetas a las modificaciones que de tiempo en tiempo pueda hacer el general en jefe...”<sup>1156</sup>, lo que envolvía la confirmación de la legislación precedente de origen español y, por ende, del código civil también.

Las hostilidades entre los contendientes terminaron el 13 de agosto de 1898 y el tratado que ambos firmaron en París el 10 de diciembre del mismo año abolió la soberanía de España en la isla. Los Estados Unidos instalaron un gobierno militar en ella el 1 de enero de 1899, que se prolongó hasta el 20 de mayo de 1902. Todavía bajo éste y siendo gobernador Leonard Wood, se emitió una constitución política en 1901, cuya vigencia se mantuvo hasta mucho después del retiro de las tropas estadounidenses. En esta constitución habían dos disposiciones interesantes para nuestro tema. Por un lado, su art. 59 N° 6 entregó al Congreso la facultad de “*Formar los códigos...*”<sup>1157</sup>. Por otro, su disposición transitoria quinta dispuso: “*Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán obedeciéndose en cuanto no se opongan a ella, mientras no fueren legalmente derogadas o modificadas*”<sup>1158</sup>. Esta última de España norma implicaba conservar también al código civil previgente; y de esta manera, la nueva república independiente heredó ese cuerpo legal de España. Pero la facultad prevista en el citado art. 59 de la constitución no fue ejercida en la materia. El código heredado que había regido durante los 13 años anteriores, todavía rigió durante 85 años más, hasta 1987, fecha en que empezó su vigencia un nuevo código<sup>1159</sup>, de manera que la vida del código español se extendió en la isla durante casi cien años.

---

<sup>1155</sup> En LAZCANO, Andrés, *Las Constituciones de Cuba* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952), p. 531.

<sup>1156</sup> *Ibíd.*, p. 533

<sup>1157</sup> *Ibíd.*, p. 563.

<sup>1158</sup> *Ibíd.*, p. 583.

<sup>1159</sup> *Infra* § 61.

## Sección segunda: La adaptación del *Código Civil de España*

### § 49. *El Código civil de la República de Honduras II (1898)*<sup>1160</sup>

#### I. La formación del nuevo código

Se recordará que Honduras poseía un código civil desde 1880, que era el chileno<sup>1161</sup>. Dieciocho años después lo reemplazó.

En octubre de 1894, una Asamblea Nacional Constituyente emitió una nueva Constitución Política y derogó la anterior, de 1880. Por acuerdo (decreto) N° 30, de 15 de abril de 1895, de esa Asamblea, que el Presidente Bonilla sancionó el mismo día, se facultó extraordinariamente el Poder Ejecutivo para organizar una comisión encargada de reformar los Códigos Civil, Comercial, de Minería, de Procedimientos, Penal Común y Militar y la Ordenanza Militar; los trabajos de la comisión deberían ser dictaminados por la Corte Suprema de Justicia; y, una vez cumplido tal trámite, el Ejecutivo podría promulgar los respectivos proyectos como leyes.

La ocasión para este decreto fue la verificación de haberse agotado por entonces la edición de los códigos vigentes a la fecha. Pero la Asamblea no quiso ordenar una nueva edición de los códigos “antes de que se les haga las reformas indicadas por la experiencia, y las que exige la armonía que ha de existir entre las leyes secundarias y la Constitución Política”, como rezaba un considerando del aludido decreto<sup>1162</sup>. Tales fueron, pues, los motivos verdaderamente incidentes. La Asamblea acababa de emitir una nueva Constitución Política, la de 1894, y la creencia en que los códigos debían acordarse con el nuevo texto la movió a decretar su renovación.

Un acuerdo de 13 de septiembre de 1895, firmado por el Presidente Bonilla, en cumplimiento del antes citado decreto de la Asamblea, designó una comisión de 5 personas para estudiar y proponer reformas a los Códigos de la República, destinando a algunos de sus miembros, en calidad de subcomisionados, respecto de cada código. La subcomisión del Código Civil quedó integrada por el doctor Adolfo Zúñiga y los licenciados Jerónimo Zelaya y Angel Ugarte. Una vez concluido el trabajo de las subcomisiones, ellos debían ser revisados por la comisión en pleno; para todo se daba un plazo de 6 meses.

El proyecto de reforma que elaboró la Comisión fue enviado a la Corte Suprema, como ordenaba el decreto de 15 de abril de 1895. A mediados de 1897, ese tribunal consideró que la copia remitida presentaba numerosos errores, cuya rectificación demandaría un dilatado tiempo y propuso al Ejecutivo la formulación de un nuevo

---

<sup>1160</sup> Vid. supra § 35, I y la literatura ahí citada. Fuentes: REPÚBLICA DE HONDURAS, *Código Civil (1898)* (Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1898), con documentación. Debo esta fuente al profesor Elmer Lizzardo, de la Univeridad de San Pedro.

<sup>1161</sup> Supra § 35, I.

<sup>1162</sup> Decreto N° 30, de 15 de abril de 1895, en REPÚBLICA DE HONDURAS, *Código* cit. (n. 1160), p. III.

proyecto por ella misma, en que, no obstante, se emplearía el trabajo de la Comisión. El Ejecutivo aceptó este temperamento por acuerdo de 19 de julio de 1897<sup>1163</sup>.

La Corte Suprema presentó el fruto de su trabajo al Ejecutivo el 31 de octubre de 1898, acompañándolo con un *Informe sobre el Proyecto de Código Civil*<sup>1164</sup>. El proyecto había sido redactado por los magistrados Uclés y Durón, a quienes comisionó el tribunal, el cual unánimemente aprobó después la labor ejecutada por aquéllos. En tales circunstancias, el Presidente Bonilla promulgó el proyecto de la Corte como *Código Civil* por decreto de 31 de diciembre de 1898, para que rigiera desde el 15 de septiembre de 1899; desde ese día quedaría derogado el código anterior, de 1880. La edición príncipe del nuevo código se hizo en Tegucigalpa en el mismo año de 1898.

Este código, a su vez, rigió hasta 1906, en que fue reemplazado por otro<sup>1165</sup>.

## II. El Código Civil de la República de Honduras II (1898)

1. El nuevo código hondureño constaba de un *Título Preliminar* y 4 libros, así: I: *De las personas*; II: *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*; III: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; y VI: *De las obligaciones y contratos*, con un total de 2.070 artículos más 2 sobre su observancia. No es extraño que tal plan coincidiera exacta y fielmente con el del *Código Civil* español de 1889, porque este fue el modelo al que recurrió la Corte Suprema, como lo dejó expresado en su *Informe* al Ejecutivo en estos términos: “*La Comisión [se refiere a la formada por los magistrados Uclés y Durón], siguiendo las instrucciones de la Corte, tuvo por modelo para su trabajo el Código Civil de España, nación a la que, por más de un motivo, está ligado el destino histórico de nuestro país y cuidó de mantener las reformas fundamentales establecidas en nuestro Código Civil de 1880, ateniéndose, además, a las prescripciones del decreto que sobre la reforma de la legislación hoy en vigencia, dictó la Asamblea Constituyente el 15 de abril de 1895*”<sup>1166</sup>.

De esta manera, el código hondureño de 1898, cuya origen último tuvo por ocasión el agotamiento de la edición de aquel de 1880 y por motivos una mera reforma de éste y la necesidad de adecuarlo a la Constitución Política recientemente establecida, terminó por consistir en un texto totalmente diverso, porque, en fin de cuentas, lo que se hizo fue cambiar el código de Chile de 1855 por el español de 1889. La adopción de este último fue con algunas modificaciones, generalmente fundadas, tal como lo dice el citado *Informe*, en la necesidad de adecuarlo a la Constitución: así, por ejemplo, en tema de personalidad de la Iglesia y de expropiación; y de conservar las innovaciones introducidas en 1880 al código chileno: así, por ejemplo, en 1880, la reforma más importante había consistido en establecer el régimen de libre disposición testamentaria

---

<sup>1163</sup> Su texto en REPÚBLICA DE HONDURAS, *Código Civil (1898)* (Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1898), p. VI s. En los considerando de ese acuerdo se expone lo informado por la Corte Suprema acerca de los errores en el proyecto de la Comisión y su proposición de elaborar un nuevo proyecto.

<sup>1164</sup> Su texto en REPÚBLICA DE HONDURAS, *Código Civil (1898)* cit. (n. 1164), *Informe*, p. IX ss.

<sup>1165</sup> *Supra* § 35, II.

<sup>1166</sup> *Informe* cit. (n. 1164), p. XII.

de bienes, sin más limitación que los alimentos y la porción conyugal, eliminando, así, las legítimas y las mejoras que presentaba el modelo chileno; pero como el modelo del código español usado en Honduras en 1898, igual que el chileno, reconocía las legítimas y las mejoras, el nuevo código hondureño de 1898, en consecuencia, eliminó ambas figuras.

### § 50. *El Código civil de la República de Panamá III (1916)*<sup>1167</sup>

#### I. Los esfuerzos por la codificación en el Panamá independiente hasta 1913

1. Como quedó visto<sup>1168</sup>, el *Código Civil de Colombia*, que era el de Chile, rigió en Panamá en cuanto éste era parte de Colombia; y continuó en vigencia ahí después de la secesión panameña en noviembre de 1903, en virtud de diversas disposiciones.

Pero ya antes, a poco de ocurrida la separación, y erigido Panamá en República independiente, su Junta de Gobierno Provisional había emitido el decreto N° 4 de 21 de noviembre de 1903, por el que creaba dos comisiones de abogados con el encargo de formar, una los proyectos de Código Civil y Judicial, y otra, los de Código de Comercio, de Minas y Penal<sup>1169</sup>. Fue con posterioridad que se dictó la ley N° 37, de 13 de mayo de 1904, esta vez de la Convención Nacional; ella, junto con prorrogar la legislación colombiana que había regido en el extinguido Departamento de Panamá, en su artículo 3 autorizó al Presidente de la República para nombrar una comisión permanente de 3 personas que se encargara de la redacción de los proyectos de códigos que habrían de regir en la nación; además, disponía que los trabajos legislativos adelantados hasta la fecha por las comisiones que había designado la Junta de Gobierno Provisional fueran pasados a dicha comisión permanente<sup>1170</sup>.

En uso de la atribución conferida por la citada ley 37, el Presidente de Panamá nombró la comisión permanente a que ella se refería, por decreto 114 de 7 de septiembre de 1904, publicado el día 23, otorgándole el plazo de un año para concluir el trabajo encomendado. Sus miembros eran los doctores Facundo Mutis Durán, Belisario Porras y Julio J. Fábrega; y el decreto entregaba al primero la redacción, entre otros, del

---

<sup>1167</sup> Vid. supra § 36. Fuentes: la documentación legislativa editada en FÁBREGA, Jorge-CASTILLERO, Cecilio, *Código Civil de la República de Panamá anotado y concordado por...* (Editora Jurídica Panameña, 1987), pp. IX-LI.; *Antecedentes legislativos*, en UNIVERSIDAD DE PANAMÁ, *Edición conmemorativa del XXV aniversario. Código civil de la República de Panamá* (Panamá, 1960), pp. 3-35; BOUTIN ICAZA, Gilberto, *Panama*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 175 ss.; ILLUECA, Jorge, *Síntesis histórica de la codificación civil panameña*, en *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional* 1 (Panamá, 1944), pp. 89 ss.

<sup>1168</sup> Supra § 35.

<sup>1169</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. IX; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 3.

<sup>1170</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. X s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 4 s.

proyecto de código civil<sup>1171</sup>. El doctor Mutis Durán cumplió su cometido, preparando un proyecto, editado en 1906, que en 1913 todavía no había sido sometido a la discusión del Poder Legislativo<sup>1172</sup>.

Este proyecto no innovaba fundamentalmente en lo existente. La Comisión Codificadora, al informar sobre el proyecto de Mutis, decía: *“En la preparación del Proyecto de Código Civil, la Comisión consideró como lo más prudente y acertado no alterar de modo sustancial el plan o sistema de los códigos civiles que han regido en el Istmo en los últimos cuarenta años y tomar como base el antiguo Código Civil del Estado de Panamá, que por la corrección y claridad de su estilo, no menos que por el método y la clasificación de las materias era un cuerpo de leyes de los mejores de la extinguida Federación Colombiana... siguiendo en lo demás al código de Colombia que ha regido últimamente... De manera que los antecedentes de las disposiciones del Proyecto [de Mutis], aprobado por la mayoría de la Comisión, se encuentran en general en los mencionados códigos y leyes, o en las obras de los autores chilenos y colombianos y algunos de ellos en el antiguo Código Civil de Cundinamarca, que sirvió de modelo al panameño...”*<sup>1173</sup>. El “antiguo Código Civil del Estado de Panamá” era el que Panamá se había dado en 1861 como Estado Soberano miembro de la Confederación Granadina, y que reproducía el de Cundinamarca, o sea el de Chile<sup>1174</sup>. El *Código de Colombia* era el promulgado en 1887 para la república unitaria de ese nombre, de la cual Panamá era un departamento; cuerpo legal éste que era copia de aquel del Estado de Santander de 1858, copia, a su vez, del de Chile<sup>1175</sup>. Todo esto implicaba que el proyecto de Mutis era sustancialmente el código de Chile, porque las diversas fuentes citadas en fin de cuentas se reconducían a él.

## II. El Código Civil de la República de Panamá de 1916

1. Un nuevo intento fue impulsado en el decreto N° 127 de 26 de septiembre de 1913, que tuvo carácter general. Mediante él, el Presidente Belisario Porras, previo el consejo de un grupo selecto de ciudadanos e invocando la antigua ley 37 de 1903, creó una nueva Comisión Codificadora de 7 miembros, cada uno a cargo de preparar un proyecto de los diversos códigos, ordenando que para la redacción del civil se tomara por base el correspondiente proyecto elaborado por Mutis Durán. Por lo demás, el decreto regulaba minuciosamente el procedimiento a que habría de someterse la comisión en su trabajo y el de revisión de estos por la Corte Suprema de Justicia<sup>1176</sup>. En seguida, el decreto 141 de 4 de diciembre de 1913 designó a los miembros de la comisión, entre ellos al jurista

---

<sup>1171</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XI s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 5 s.

<sup>1172</sup> ILLUECA, Jorge, *Síntesis histórica* cit. (n. 1167), p. 126.

<sup>1173</sup> En ILLUECA, Jorge, *Síntesis histórica* cit. (n. 1167), p. 126.

<sup>1174</sup> *Supra* § 31, III, 4 g).

<sup>1175</sup> *Supra* § 31, IV, 2.

<sup>1176</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XI s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 24 s.

Carlos A. Mendoza, a quien le encargó la redacción del proyecto de código civil<sup>1177</sup>. Posteriormente, la Asamblea Nacional, por ley N° 49, de 29 de diciembre de 1914, ratificó el decreto 127 de 1913, dió plazo hasta el 31 de agosto de 1915 para que se terminara la labor codificadora, prorrogable por el Ejecutivo hasta por 3 meses más y fijó las bases o principios generales a que debería ceñirse el proyecto de código civil<sup>1178</sup>.

2. Esta vez la nueva Comisión Codificadora rindió sus frutos y fue capaz de elaborar siete proyectos de distintos códigos, entre ellos el civil, obra del comisionado Carlos A. Mendoza. Las actas de sus sesiones se fueron publicando en unos *Anales de la Comisión Codificadora* creada oficialmente por decreto N° 38, de 7 de marzo de 1914. El Presidente Porras sometió los proyectos, entre ellos el de Código Civil, a la Asamblea Nacional el 10 de agosto de 1916, adjuntando un mensaje<sup>1179</sup>. Informado favorablemente por una comisión nombrada de su seno<sup>1180</sup>, fue aprobado por la ley N° 2, de 22 de agosto de 1916, para que entrara en vigencia el 1 de julio de 1917<sup>1181</sup>, si bien una ley posterior, la N° 44, de 10 de marzo de 1917, autorizó al Ejecutivo para prorrogar la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal<sup>1182</sup>, en virtud de la cual el decreto N° 95, de 1 de junio de 1917, lo hizo regir desde el 1 de octubre de ese mismo año<sup>1183</sup>. La edición príncipe se hizo en Barcelona, en 1917.

3. El *Código Civil de la República de Panamá* de 1916 consta de un *Título preliminar* y 5 libros: el libro I trata *De las personas*; el II, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*; el III, *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*; el IV, *De las obligaciones en general y de los contratos*; y el V: *Del notariado y registro público*, con un total de 1.802 artículos. Como se podrá apreciar por simple cotejo, este cuerpo legal conservó fielmente la estructura del código chileno y las rúbricas de cada uno de sus libros; pero agregó un libro V, que no existe en el modelo. En el interior de cada libro, por regla general también mantuvo la distribución de materias del código chileno y las rúbricas empleadas por éste para sus subdivisiones; pero en algunos casos modificó una y otras; y en todos amplió la subdivisión del modelo, que en cada libro solo distingue títulos y excepcionalmente párrafos, mientras que el código panameño distingue siempre títulos y capítulos y excepcionalmente secciones (en lugar de los párrafos del chileno).

---

<sup>1177</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XVI; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 7 s.

<sup>1178</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XVIII s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 10 s.

<sup>1179</sup> Su texto: en FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XXVII s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 13 ss.

<sup>1180</sup> El texto del informe: en FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XXXIX s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 23 s.

<sup>1181</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. XLIX ss.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 32 s.

<sup>1182</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. L; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 33 s.

<sup>1183</sup> En FÁBREGA, J.-CASTILLERO, C., *Código Civil* cit. (n. 1167), p. LI s.; *Antecedentes legislativos* cit. (n. 1167), p. 34 s.



4. Por lo que atañe a sus fuentes, este código tuvo a la vista los de Argentina, de Colombia, de Costa Rica II de 1886, de España, y de Honduras II de 1898 y III de 1906. El haber utilizado el código de Colombia y de Honduras III de 1906 implicó un recurso al de Chile, del cual ambos eran copia; el empleo del código de Honduras II de 1898 fue una duplicación del de España, del cual aquél era, a su vez, copia; pero evidentemente se trataba de aprovechar las diferencias que cada uno tenía con respecto a sus modelos.

Ahora bien, de todas estas fuentes, la que predominó en forma incontrastable fue el código de España, especialmente en los libros III y IV; y en segundo lugar, el de Colombia (Chile), cuya influencia se observa en los libros I a II, en donde, con todo, concurrió con el de España.

Es el notable predominio de este último el que nos permite situar al código panameño de 1916 dentro de la órbita del código español.

Todo lo cual no implicó que el código de 1916 no contuviera ideas propias. Algunas, por lo demás, habían quedado fijadas en las bases sentadas por la ley 49 de 29 de diciembre de 1914. Entre las más importantes destacan la secularización del matrimonio y el reconocimiento del divorcio vincular; el régimen de separación total de bienes como legal, a falta de estipulación entre los cónyuges; la libertad de testar; la abolición de la lesión enorme, etc.

## *Capítulo noveno: La codificación del derecho civil en el Brasil*

### *§ 51. Los esfuerzos por la codificación durante el Imperio y la República<sup>1184</sup>*

#### **I. El Brasil y su derecho hasta la Independencia**

1. El territorio que recibiría el nombre de Brasil fue descubierto por algunos navegantes españoles y después redescubierto, en 1500, por Pedro Alvarez Cabral. De acuerdo con el Tratado de Tordesillas de 1494, por estar situado ese territorio en la zona atlántica reservada a la potestad ultramarina de la Corona de Portugal, quedó incorporado precisamente en ésta. La historia jurídica del Brasil, pues, siguió los rumbos impresos desde el Portugal y no desde Castilla, y los propios, separados a los del resto de los territorios de Sudamérica, que pertenecían a los españoles<sup>1185</sup>.

En 1808, el Rey Juan VI había abandonado Lisboa, ante la inminencia de la llegada de un ejército napoleónico, y se trasladó a Rio de Janeiro, acompañado de un séquito inmenso de cortesanos, funcionarios y subalternos. Solo en 1821 retornó el Rey a Lisboa, a su pesar, llamado por ciertos acontecimientos políticos ocurridos el año anterior en la metrópoli; su hijo, Don Pedro, permaneció en el Brasil como regente. Este, con suma habilidad y bien asesorado por su ministro José Bonifacio, explotó el sentimiento antilusitano e independentista de los criollos, hasta que el 7 de septiembre de 1822 proclamó la Independencia; el 12 de octubre del mismo año se creó el Imperio del Brasil y Don Pedro asumió el trono. El 25 de marzo de 1824 fue emitida la constitución del Imperio. Portugal reconoció la independencia del Brasil en 1825. En 1831, don Pedro abdicó en favor de su hijo, quien gobernó como Pedro II hasta 1889, en que fue instaurada la República.

2. Como tenía que resultar natural, el Brasil independiente heredó el derecho de la época en que formaba parte de la Corona portuguesa, y una ley de 20 de octubre de 1823 lo confirmó, estableciendo que se mantuviesen en vigor en el Imperio las *Ordenações Filipinas* y las leyes y decretos de los Reyes del Portugal emitidas hasta el

---

<sup>1184</sup> Lit.: sin perjuicio de la que se citará más adelante, en general sobre el proceso de codificación brasileiro: MEIRA, Silvio, *Pedro II e as grandes codificações imperiais. Um novo Justiniano*, en *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 1 (1977) 1, pp. 211 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino- CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356 ), pp. 77 ss.; EL MISMO, *Os anteprojetos do código no Brasil*, en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 14 (Napoli, 1986), pp. 207 ss.; EL MISMO, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra* (Fortaleza, Ed. Univ. Federal do Ceará, 1990), pp. 137-186; EL MISMO, *Gênese e elaboração do código Civil brasileiro de 1917*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), pp. 313 ss.; KARAM, Munir, *O processo de codificação do direito civil brasileiro (da 'Consolidação' de T. de Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esboço*, en SCHIPANI, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, [1988]), pp. 319 ss.; WARD, Arnoldo, *Brésil, en La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 125 ss.

<sup>1185</sup> MEIRA, Silvio, *O direito colonial no Brasil*, en *O direito vivo* (Goiânia, 1984), pp. 13 ss.

25 de abril de 1821 “*en quanto não se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados*”. Este aparentemente simple sistema de fuentes escondía uno más complejo, pues en virtud de las *Ordenações Filipinas*, lib. III, tít. 64, regían también las costumbres y los estilos de corte; según las mismas *Ordenações*, lib. II, tít. 1, párr. 6, 13, tít. 5, parr. 4; lib. III, tít. 24 y tít. 58, pár. 9, debía aplicarse el derecho canónico; y también el romano (subordinado a la *Ley de Boa razão*), según las citadas *Ordenações*, lib. III, tít. 64.

## II. La *Consolidação das leis civis* de Augusto Teixeira de Freitas<sup>1186</sup>

1. La citada ley de 1823, pues, ya tuvo en mente la posibilidad de un *novo Código*. Pero la Constitución imperial del Brasil, del año 1824, más explícita y directamente dispuso, en el número 18 de su art. 179, que: “*Organizar-se-á, quanto antes um Código civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade*”<sup>1187</sup>. Este mandato fue cumplido con la promulgación en 1830 del *Código Penal*, en 1832 del *Código Processual Criminal* y en 1859 del *Código Comercial*; pero nada se avanzó en la confección del civil. En 1848, el político y jurista Eusébio de Queiróz, a la sazón Ministro de Justicia, ante las reclamaciones de los abogados por la falta de avance en la codificación civil, sugirió la solución de proceder a una adaptación al Brasil del *Digesto Português* de José Correia Teles<sup>1188</sup>; e intentó convencer a su colega José Tomás Nabuco de Araújo para acometer la empresa; pero esta proposición fue enérgicamente rechazada por el Instituto dos Advogados<sup>1189</sup>.

2. En 1853, José Tomás Nabuco de Araújo ocupó el cargo de Ministro de Justicia. Decidido a impulsar desde esa posición la tarea de revisión del antiguo derecho civil, inició consultas con el jurista Augusto Teixeira de Freitas, a quién solicitó un plan concerniente y el enunciado de las condiciones que el propio Teixeira exigiría para llevarlo a cabo personalmente.

---

<sup>1186</sup> Lit.: MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do império. Vida e obra* (2ª ed., Brasília, 1983), pp. 89 ss.; SCHIPANI, Sandro, *Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di consolidação e sulla sistematica dei fatti)*, en *Studi Sassaresi V: Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano* (Milano, Giuffrè, 1981), pp. 589 ss.; PECORELLA, Corrado, *Consolidazione codificazione in una esperienza brasiliana*, en SCHIPANI, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, [1988]), pp. 221 ss.; VILLELA, João Baptista, *Da 'Consolidação das leis civis' à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos*, íbid., pp. 241 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de A. Teixeira de Freitas*, íbid., pp. 255 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356), pp. 93 ss.

<sup>1187</sup> En CAVALCANTI, T. B., *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958), p. 299.

<sup>1188</sup> CORREIA TELES, Jose, *Digesto Portuguez ou tratados dos direitos e obrigações accomodado às leis e costumes da Nação portugueza para servir de subsidio ao novo Codigo civil* (Coimbra, 1835, 1840, 1849, 1853), 3 vols. Se trata de una compilación del derecho vigente y usual, acompañado de doctrina jurídica, que en la intención de su autor, manifestada en el título, por lo demás, debía servir de base a la formulación de un código.

<sup>1189</sup> MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 90; EL MISMO, *Clóvis Beviláqua* cit. (n. 1184), p. 139.

a) Teixeira le respondió el 10 de junio de 1854 con una memoria<sup>1190</sup>, en que describía exactamente un plan dividido en varias fases. Teixeira reconocía que fin último de la tarea consistiría en elaborar una ley nueva; mas, presupuesto indispensable para el logro de tal finalidad, era conocer la legislación existente, que en el caso de una ley nueva civil referirse naturalmente a la legislación civil, calificada por el jurista de caótica y dispersa. Enseguida se apresuraba a destacar que el trabajo de mera separación entre la legislación civil y las leyes de otra clase resultaría desaprovechado en relación precisamente con estas últimas, pues se impediría en el futuro revisarlas del modo como se pretendía hacer con las civiles. Por ello planteaba que una primera etapa de su labor total debía consistir en la clasificación general y sistemática de todas las ramas de la legislación existente. El sistema clasificatorio, explicaba el jurista, debía deducirse de las naturales divisiones del derecho público y privado y había de guardar un orden cronológico; exigía, además, que se considerara no sólo las leyes en actual vigor sino aquellas derogadas o caídas en desuso, como única manera de poder conocer bien el derecho. La segunda etapa del trabajo, posterior a la clasificación, consistiría, según Teixeira, en la simplificación o consolidación de las leyes previamente clasificadas. Para aquél, esta consolidación estribaba en presentar el último estado de la legislación y materialmente consistía en reducir las disposiciones legales en vigor a proposiciones lo más simples y concisas posibles y en distribuir las en títulos y artículos. Evidentemente estas operaciones no implicaban en caso alguno la introducción de modificaciones de fondo en la legislación, sino únicamente su reformulación literaria. La tercera etapa que Teixeira describía venía a ser precisamente la codificación. Este trabajo partía del supuesto que la legislación civil (previamente consolidada) era pobre, defectuosa, lagunosa e injusta en muchos puntos. La codificación, pues, consistiría en suplir sus defectos y lagunas y en corregir sus errores, fuera mediante modificaciones, fuera mediante sustituciones totales de alguna parte. Esta nueva legislación, en todo caso, debía formularse según el método más perfeccionado de las codificaciones modernas, redactarse en estilo conciso y claro, y estar libre de disposiciones doctrinales y de ejemplos y definiciones, salvo si no tuvieran carácter imperativo. Las fuentes de sus disposiciones tenían que ser la legislación tradicional, las legislaciones extranjeras conocidas, la doctrina de los autores más célebres y, finalmente, la experiencia. Es interesante dejar constancia que Teixeira recomendaba, para una vez acabada la labor codificadora, que se redactase una suerte de exposición de motivos o comentario del nuevo código, en donde las normas de éste aparecieran justificadas y desenvueltas, a fin de prevenir toda posible discusión en torno a las mismas.

A través de esta memoria de Teixeira a Nabuco se aprecia una distinción entre clasificación, consolidación y codificación. El trabajo de clasificación, que constituía en su pensamiento la primera etapa, sin embargo, no era otra cosa que un aspecto de la consolidación, su presupuesto indispensable y la manera de comenzarla: antes de expresar en sentencias breves la legislación vigente (civil o cualquier otra), en efecto, era menester conocerla tal cual resultaba y ello, a su vez, implicaba una cierta clasificación. La verdadera dicotomía, pues, era la de consolidación y codificación, consistente la primera en mostrar el último estado de la legislación vigente a través de

---

<sup>1190</sup> Publicado en MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 92 s.

expresiones simplificadas y debidamente sistematizadas sin ningún género de reformas de fondo; y consistente la segunda en una ley nueva, nutrida de diferentes fuentes, que reformaba más o menos profundamente a la legislación vigente.

b) Cerca de siete meses después de entregada esta memoria, el 15 de febrero de 1855, el gobierno imperial y Teixeira de Freitas celebraron un contrato<sup>1191</sup> por el cual este último aparecía encargado de proceder a la consolidación de las leyes patrias. El contrato era un fiel reflejo de la memoria de 1854 y los conceptos sustanciales del trabajo encomendado venían contenidos en sus tres primeras cláusulas. La número uno encargaba a Teixeira la colección y clasificación de toda la legislación patria incluyendo, por lo tanto, la portuguesa anterior a la Independencia y la brasileña, estuviera o no derogada, salvo algunas excepciones. La cláusula segunda establecía que la clasificación debía atenerse a las divisiones del derecho público y privado y a sus subdivisiones respectivas lo mismo que a un orden cronológico. La cláusula tercera le encargaba consolidar la legislación civil patria en las mismas condiciones que la clasificación. En dicha cláusula se definía la consolidación como en la memoria, pues ahí se decía que consiste aquélla en mostrar el último estado de la legislación. La cláusula se extendía, además, al modo de confeccionar la consolidación y mandaba que se hiciera por títulos y artículos, en los cuales las disposiciones en vigor debían ser reducidas a proposiciones claras y suscintas; se ordenaba que en notas correspondientes debía citarse la ley de que se extraía la proposición y referirse la costumbre establecida contra o según un texto.

c) El trabajo encomendado a Teixeira quedó concluido en 1857, pese a que el contrato le otorgaba cinco años para llevarlo a cabo. Al año, siguiente fue editado como *Consolidação das leis civis*<sup>1192</sup> precedida de una extensa *Introdução* doctrinal<sup>1193</sup>. Comprendía 1.333 artículos distribuidos en una clasificación o sistemática<sup>1194</sup>, que se fundaba en la distinción de derechos personales y reales<sup>1195</sup>, como sigue:

*Parte geral*<sup>1196</sup>

Tít. 1º: *Das pessoas*

Tít. 2º: *Das cousas*

---

<sup>1191</sup> Publicado en MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 94.

<sup>1192</sup> Aquí se usa la tercera edición: Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876.

<sup>1193</sup> Un completo análisis de la *Consolidação* en MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 111 ss.

<sup>1194</sup> SALDANHA, Nélon, *História e sistema em Teixeira de Freitas*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1184), p. 51 ss.; AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira*, íbid., pp. 155 ss.; KARAM, Munir, *O processo* cit. (n. 1184), íbid., pp. 319 ss.

<sup>1195</sup> BURDESE, Alberto, *La distinzione fra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1184), pp. 303 ss.

<sup>1196</sup> RESCIGNO, Pietro, *La 'Parte generale' del codice civile nel 'Esboço' di Teixeira de Freitas*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1184), p. 341 ss.

*Parte especial:*

Lib. I: *Dos direitos pessoas*

Sec. 1ª: *Dos direitos pessoas nas relações de familia*

Sec. 2ª: *Dos direitos pessoas nas relações civis*

En febrero de 1858, la obra fue sometida al parecer de una comisión, que la aprobó<sup>1197</sup>, pero no se pensó en darle valor legislativo; pese a ello, alcanzó gran autoridad práctica hasta la entrada en vigor del código en 1916, y de hecho hizo las veces de un código.

### III. El *Esboço do Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas<sup>1198</sup>

1. En vista del éxito obtenido en la primera fase del plan de reforma de la legislación que Teixeira de Freitas había diseñado en 1854, el Ministro Nabuco de Araújo decidió llevar adelante la segunda, esto es, la codificación propiamente tal, para lo cual el 10 de enero de 1859 se celebró un nuevo contrato entre el jurista y el Gobierno Imperial. Según dicho contrato, aquél quedaba encargado, pues, de redactar un proyecto de Código Civil en el plazo de 3 años, de acuerdo con el mismo plan de la *Consolidação*, que su autor, empero, podía modificar<sup>1199</sup>.

Teixeira de Freitas empezó a entregar sus proyectos como *Código Civil. Esboço*, en 1860. En ese año se publicó en Río de Janeiro, en diferentes fascículos, el libro I<sup>1200</sup>; en 1861, las dos primeras secciones del libro II; en 1865, su sección tercera; y en 1867, las tres primeras secciones del libro III, con un total de 4.908 artículos<sup>1201</sup>.

Entretanto, en diciembre de 1863, el Gobierno había designado una Comisión Revisora, que trabajó entre abril y agosto de 1865. El proyecto fue sometido a una intensa crítica; de tal envergadura, que a fines del citado mes la Comisión Revisora suspendió su labor; en 1872, el contrato con Teixeira de Freitas fue dejado sin efecto por el Gobierno<sup>1202</sup>; y de esta manera fracasó en su patria el proyecto de ese jurista, si

---

<sup>1197</sup> El texto del informe en MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 98 ss.

<sup>1198</sup> Lit.: MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), pp. 181 ss.; EL MISMO, *Direito brasileiro e direito argentino. Códigos Comercial e civil. Influencia do 'Esboço' de Teixeira de Freitas no projecto de Véllez Sarsfield*, en *Studi Sassaesi* cit (n. 1186), pp. 201 ss.; CARNEIRO, Levi, *Estudo crítico-biográfico*, en la edición del *Esboço* que se cita en la siguiente nota, p. IX ss.; MEIRA, Sílvio, *Andrés Bello e Teixeira de Freitas. Em face das codificações civis do Chile e do Brasil. Um paralelo*, en *RChHD*. 10 (Santiago, 1984), pp. 85 ss.

<sup>1199</sup> MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 206.

<sup>1200</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1201</sup> Hay reedición moderna: *Código Civil. Esboço por A. Teixeira de Freitas* (Ministerio de Justicia, Brasilia, 1983), 2 vols.,

<sup>1202</sup> MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), pp. 217 ss.; 245 ss.

bien, como se vio en su lugar, habría de ser ampliamente aprovechado por Vélez Sarsfield en la Argentina.

2. El sistema del *Esboço* era el siguiente:

*Titulo preliminar: Do lugar e do tempo*  
*Parte geral*

Lib. I: *Dos elementos dos direitos*

Sec. I: *Das pessoas*

Sec. II: *Das coisas*

Sec. III: *Dos fatos*

*Parte especial: Dos direitos*

Lib. II: *Dos direitos pessoais*

Sec. I: *Dos direitos pessoais em geral*

Sec. II: *Dos direitos pessoais nas relações de familia*

Sec. III: *Dos direitos pessoais nas relações civis*

Lib. III: *Dos direitos reais*

Sec. I: *Dos direitos reais em geral*

Sec. II: *Dos direitos reais sobre as coisas próprias*

Sec. III: *Dos direitos reais sobre coisas alheias*

Pero en 1867, Teixeira ya había variado sus concepciones sistemáticas: pensaba que había que formular un código general y un código civil en el que resultaría unificado todo el derecho privado (es decir, principalmente, el civil y el comercial)<sup>1203</sup>; pero no se dio a la tarea.

---

<sup>1203</sup> Así lo expone en una carta de 20 de septiembre de 1867 al Ministro de Justicia, que ha sido editada por MEIRA, Silvio, en *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 1 (1977) 1, pp. 362 ss. Vid. EL MISMO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, en *O direito vivo* (Goiânia, 1984), pp. 223 ss.; CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, en *Augusto Teixeira de Freitas cit.* (n. 1186), p. 101 ss.

3. Teixeira de Freitas examinó un amplio material<sup>1204</sup>: todos los códigos existentes en su época, tanto de Europa como de América; de estos valoró especialmente al chileno<sup>1205</sup>, que calificó de “*bello trabalho*”<sup>1206</sup>; el derecho romano<sup>1207</sup>; y una extensa literatura jurídica, especialmente la alemana, de la que destacaron las obras de Savigny<sup>1208</sup>; pero también la francesa<sup>1209</sup>.

El *Esboço* constituye un *unicum* en la historia de la codificación americana, por su originalidad, por haberse adelantado en sus concepciones a resultados posteriores y por haber sido el primer trabajo sobre la materia que dio entrada a un sistema, sino calcado, al menos inspirado en el espíritu de la Pandectística alemana. En contraste, le perjudicaron su desmedida longitud y su doctrinarismo.

#### IV. Los esfuerzos por la codificación posteriores a Teixeira de Freitas hasta 1896<sup>1210</sup>

1. El fracaso del proyecto de Teixeira de Freitas no amilanó al gobierno imperial en su empeño por obtener la codificación.

a) A poco de ser dejado sin efecto el contrato con Teixeira de Freitas, en 1873, José Tomás Nabuco de Araújo, quien lo había firmado por el gobierno en 1859, emprendió la tarea él mismo, también previo contrato, y alcanzó a redactar un proyecto con 118 artículos del título preliminar y 182 de la parte general, antes de morir en 1878.

b) Por su parte, el jurista Joaquim Felício dos Santos, que venía preparando por su espontánea cuenta un proyecto, que editó mucho después en 1891, en Rio de Janeiro<sup>1211</sup>, lo ofreció al Gobierno en 1881. Dicho proyecto constaba de una *Parte geral* de tres libros (I: *Das pessoas*; II: *Das coisas*; y III: *Dos atos jurídicos, em geral*) y una *Parte especial* de tres libros también (I: *Das pessoas*; II: *Das coisas*; y III: *Dos atos jurídicos, em particular*). El Gobierno designó una comisión para revisar el proyecto, presidida

---

<sup>1204</sup> En general: MEIRA, Silvio, *O juriconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), pp. 71 ss.

<sup>1205</sup> MEIRA, Sílvio, *Andrés Bello e Teixeira de Freitas* cit. (n. 1199).

<sup>1206</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das leis civis* (3ªed., Rio de Janeiro, 1876), p. LVII, n. 46.

<sup>1207</sup> FERRAZ PEREIRA, Aloysio, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), p. 83 ss.

<sup>1208</sup> LUIG, Klaus, *La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica del Ottocento*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), pp. 289 ss.

<sup>1209</sup> VILLARD, Pierre, *La tradition juridique française dans l'œuvre de Teixeira de Freitas*, en *Augusto Teixeira de Freitas* cit. (n. 1186), pp. 269 ss.

<sup>1210</sup> Lit.: MEIRA, Silvio, *Pedro II e as grandes codificações imperiais. Um novo Justiniano*, en *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 1 (1977) 1, pp. 221 ss., ahora en BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codif. y descodif. en Hispanoam.* cit. (n. 356 ), pp. 77 ss.; EL MISMO, *Os anteprojetos* cit. (n. 1184), pp. 207 ss.; EL MISMO, *Gênese e elaboração* cit. (n. 1184), pp. 313 ss.; EL MISMO, *Clóvis Beviláqua* cit. (n. 1184), pp. 137 ss.; KARAM, Munir, *O processo de codificação* cit. (n. 1184), pp. 319 ss.;

<sup>1211</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.



por Lafayette Rodrigues Pereira. La comisión lo juzgó de mérito, pero desechó su sistemática, y solicitó la revisión del todo. En noviembre de 1881, el Gobierno entonces pidió a la misma Comisión, completada con la presencia de Felício dos Santos, que elaborase un nuevo proyecto sobre la base del de aquél. Dicha comisión se reunió una sola vez en enero de 1882, decidió adoptar el sistema alemán y comenzar su trabajo por la parte especial y, dentro de ésta, por el derecho de familia, distribuyendo los temas entre los comisionados. Pero el grupo dejó de funcionar y en 1886 fue disuelto.

c) En julio de 1889, tuvo lugar la última tentativa de codificar bajo el régimen imperial. Pedro II designó una nueva comisión de siete miembros, que presidió Cândido M. L. de Oliveira. En ocho sesiones, con la presencia del Emperador, alcanzó a formular un plan o sistema y a discutir varias materias. En cuanto al sistema, de base pandectística, era éste:

*Título preliminar*  
*Elementos dos direitos*  
*Tít. I: Das pessoas*  
*Direito da família*  
*Direito das obrigações*  
*Direito das sucessões*

La proclamación de la República en noviembre de 1889 puso término a los trabajos de esta última comisión imperial.

2. El gobierno provisional reemprendió casi de inmediato la labor codificadora, pues por decreto de 15 de julio de 1890, le encargó un proyecto al jurista A. Coelho Rodriguez, quien en 1893 entregó uno, publicado ese mismo año en Río de Janeiro<sup>1212</sup>. Dicho proyecto estaba concebido conforme con este sistema, asimismo de base pandectística, y en el que ya se observa la influencia del código alemán, que había sido promulgado en 1896:

*Lei preliminar*  
*Parte geral*  
*Das pessoas*  
*Dos bens*  
*Dos atos e fatos jurídicos*  
  
*Parte especial*  
*Das obrigações*

---

<sup>1212</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

*Da posse, da propriedades e dos outros  
direitos reais*

*Do direito de família*

*Do direito das sucessões*

El proyecto de Coelho Rodrigues fue rechazado por el Gobierno. Entonces su autor lo ofreció al Senado, del que formaba parte. La discusión ahí dio origen a un proyecto de ley que autorizaba al Gobierno para contratar con un jurisconsulto o comisión de jurisconsulto la labor de revisión del proyecto de Coelho Rodrigues. Remitido a la Cámara de Diputados ese proyecto de ley, quedó ahí sepultado<sup>1213</sup>.

## § 52. *El Código civil del Brasil de 1916*

### I. El proyecto de 1899<sup>1214</sup>

1. En el año de 1896, Clóvis Beviláqua, entonces profesor de derecho comparado en la Facultad de Derecho de Recife, publicó un artículo titulado *O problema da codificação do direito civil brasileiro*<sup>1215</sup>, que llamó la atención del Ministro de Justicia Eptácio Pessoa sobre su autor, por lo demás ya conocido por otros trabajos, al punto de invitarlo en 1899 a asumir la acariciada empresa de redactar el código civil. Beviláqua empezó su trabajo en marzo de dicho año y lo concluyó a fines de octubre del mismo, con un total de 1.973 artículos precedidos de una *Lei de introdução* de 42 artículos. Se editó en Rio de Janeiro en 1900, con el título de *Projeto do Código Civil Brasileiro*<sup>1216</sup>.

Entregado el proyecto al Gobierno, este formó una Comisión Revisora, que empezó su labor en marzo de 1900, bajo la presidencia del Ministro Cândido de Oliveira. Su labor quedó registrado en unas *Actas dos trabalhos da Comissão Revisora do Projeto de Código Civil Brasileiro*, editadas en Rio de Janeiro en 1901<sup>1217</sup>.

El examen del proyecto de Beviláqua por la Comisión duró hasta noviembre del mismo año y aquélla le introdujo no pocas modificaciones. El día 10 de ese mes, su trabajo fue presentado al presidente de la República Manoel Ferraz de Campos Sales. El 17 de noviembre de 1900, el Presidente sometió el proyecto revisado a la Cámara de Diputados, en donde nuevamente le fueron aplicadas numerosas modificaciones. El resultado de sus trabajos fue editado en Rio de Janeiro en 1902 como *Projeto do Código*

---

<sup>1213</sup> LACERDA, Paulo de, *Síntese histórica e crítica do Código Civil brasileiro*, en *Código Civil* (Coleção Lex, Nº 2, 33ª ed., Gráfica Aurora, Río de Janeiro, s. d.), p. 12.

<sup>1214</sup> Lit.: MEIRA, Sílvio, *Clóvis Beviláqua* cit. (n. 1184), pp. 144 ss.; también, sobre todo para la historia legislativa: LACERDA, Paulo, *Síntese histórica e crítica* cit. (n. 1213), pp. 13 ss.

<sup>1215</sup> En *Revista Académica* (Recife, 1896), pp. 3 ss. Un análisis de su contenido en: MEIRA, Sílvio, *Gênese e elaboração* cit. (n. 1184), pp. 326.

<sup>1216</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1217</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

*Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*<sup>1218</sup>. La Cámara despachó el proyecto al Senado en abril de 1902, en donde fue tratado hasta diciembre de 1912 y objeto de muchas enmiendas, en alguna parte de carácter gramatical. Retornó el proyecto a la Cámara de Diputados, en la fecha indicada, que aprobó la mayoría de lo obrado por el Senado. De nuevo éste en 1914 y una vez más la Cámara ese año y en 1915 conocieron el texto; de modo que la redacción final quedó preparada en diciembre de ese año. El 1 de enero de 1916, el Presidente de la República, Wenceslau Braz, sancionó el *Código Civil Brasileiro*, que entró a regir el 1 de enero de 1917.

## II. El Código Civil del Brasil

1. Este código alcanza a 1.828 artículos de los cuales 21 son de una *Lei de introdução* (a imitación de la *Einführungsgesetz* del código alemán, que reemplaza a los títulos preliminares de la tradición francesa). Se divide en dos partes, cada parte en libros, éstos en títulos, los cuales se subdividen en capítulos y éstos en secciones. El sistema es el siguiente:

*Lei de introdução*  
PARTE GERAL

Lib. I: *Das pessoas*

Lib. II: *Dos bens*

Lib. III: *Dos fatos jurídicos*

*Parte especial*

Lib. I: *Do direito de familia*

Lib. II: *Do direito das coisas*

Lib. III: *Do direito das obrigações*

Lib. IV: *Do direito das sucessões*

Dicho sistema, que fue el original del proyecto de Beviláqua, es de clara inspiración pandectística<sup>1219</sup>, según una tradición que había sido establecido firmemente por Teixeira de Freitas y continuada en los sucesivos proyectos. Beviláqua, además, lo mismo que su inmediato precedente, el proyecto de Coelho Rodrigues, ya pudo contar con el modelo del código alemán, sancionado en 1896 y entrado en vigencia en 1900, que es el siguiente:

---

<sup>1218</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1219</sup> Sobre él: SCHWARTZ, Andreas B., *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems* (1921), ahora en EL MISMO, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (Karlsruhe, Müller, 1969), pp. 1 ss.;

*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch*

Lib. I: *Allgemeiner Teil*

Sec. 1<sup>a</sup>: *Personen*

Sec. 2<sup>a</sup>: *Sachen*

Sec. 3<sup>a</sup>: *Rechtsgeschäfte*<sup>1220</sup>

Lib. II: *Recht der Schuldverhältnisse*

Lib. III: *Sachenrecht*

Lib. IV: *Familienrecht*

Lib. V: *Erbrecht*

Ambos esquemas tienen en común: la “Ley de introducción”, la “Parte general” con sus tres primeras secciones (personas, cosas y actuaciones jurídicas -aunque el código alemán habla de “negocios jurídicos” y el brasilero de “hechos jurídicos”) y las masas de la “Parte especial”: familia, cosas, obligaciones y sucesiones; si bien no las tratan en un mismo orden, pues el código alemán ofrece éste: obligaciones, cosas, familia y sucesiones; mientras que el brasilero este otro: familia, cosas, obligaciones y sucesiones.

2. No cabe decir lo mismo en cuanto al contenido del código. Beviláqua disfrutó largamente la *Consolidação* y el *Esboço* de Teixeira de Freitas (lo que explica el escaso tiempo que empleó el codificador en redactar su proyecto), y ambos, sobretodo la primera, eran expresión bastante fiel del derecho lusitano-brasilero. En consecuencia, el código de 1916 se mantuvo dentro de la tradición del derecho patrio, pese a la apariencia contraria que ofrece su sistema<sup>1221</sup>.

---

<sup>1220</sup> Siguen otras 3 secciones.

<sup>1221</sup> Así BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, en *Revista da Faculdade de Direito* 50 (Rio de Janeiro, 1955), pp. 69.

## APÉNDICE

### BREVE NOTICIA SOBRE LA CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA DESDE 1916

**§ 53. el Código civil de la República de Venezuela (VIII: 1922, IX: 1942, X: 1982)<sup>1222</sup>**

Se recordará que el tercer código que tuvo Venezuela, aquél de 1873, sufrió modificaciones en 1880, 1896, 1904 y 1916, y que en tales años fueron promulgados sendos cuerpos que formalmente aparecieron como nuevos respecto del anterior, si bien, en realidad, continuaron siendo el básico de 1873, o sea el italiano de 1865. Las razones de tales sucesivas repromulgaciones también las vimos<sup>1223</sup>.

En los años siguientes, la versión de 1916 del código venezolano continuó recibiendo modificaciones.

a) En 1922, bajo el gobierno del dictador Juan Vicente Gómez, dicho cuerpo fue reemplazado por otro formalmente nuevo, pero que no contenía sino que pequeñas modificaciones con respecto al anterior<sup>1224</sup>.

b) Esta versión resultó bastante estable. Si bien por decreto de 23 de enero de 1930 Gómez creó una Comisión Revisora de los Códigos Nacionales, que alcanzó a elaborar un proyecto parcialmente discutido en el Congreso en 1931, él no fue aprobado finalmente<sup>1225</sup>. Todavía después del fallecimiento de Gómez, una ley de 25 de junio de 1936 creó la Comisión Codificadora Nacional, reformada en 1939, y concebida como un cuerpo técnico encargado de elaborar los proyectos legislativos. A ella correspondió la confección de un nuevo proyecto de código civil, que fue presentado al Gobierno el 15 de mayo de 1941, el cual, después de formularle algunas observaciones, lo remitió al Congreso en 1942, en donde esta vez obtuvo aprobación, para empezar a regir el 1 de octubre de ese mismo año<sup>1226</sup>. En esta versión, aparte algunas reformas al derecho de familia, se introdujeron novedades importantes en el derecho de obligaciones, inspiradas por el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones de 1927<sup>1227</sup>.

c) La última codificación fue aprobada el 6 de julio de 1982.

---

<sup>1222</sup> Vid. supra §§ 33, 38 y 45. Lit.: MACHADO, José Enrique, *Historia del Código Civil venezolano*, en *Revista de Derecho y Legislación* 29 (Caracas, 1940) 6, pp. 30 ss.; MUCI ABRAHAM, José, *Esquema de la codificación civil venezolana*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* 8 (1956), pp. 271 ss.; [MELICH ORSINI, José], *Datos históricos* como prólogo a VV. AA., *Código Civil de Venezuela* (Caracas, 1989), vol. I, pp. 26 ss.

<sup>1223</sup> Vid. supra § 45, I, 3.

<sup>1224</sup> Sobre él: MACHADO, José Enrique, *Historia* cit. (n. 1222), pp. 330 ss.; MUCI ABRAHAM, José, *Esquema* cit. (n. 1222), p. 271; [MELICH ORSINI, José], *Datos históricos* cit. (n. 1222), p. 26.

<sup>1225</sup> Sobre él: MUCI ABRAHAM, José, *Esquema* cit. (n. 1222), p. 271; BELLO LOZANO, Humberto, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas* (Caracas, Estrados, 1966), pp. 329 ss.; [MELICH ORSINI, José], *Datos históricos* cit. (n. 1222), p. 26; CHIOSSONE, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la colonia y en la República* (Caracas, Univ. Central, 1980), pp. 258 ss.,

<sup>1226</sup> MUCI ABRAHAM, José, *Esquema* cit. (n. 1222), p. 271 s.; [MELICH ORSINI, José], *Datos históricos* cit. (n. 1222), p. 26 s.

<sup>1227</sup> MUCI ABRAHAM, José, *Esquema* cit. (n. 1222), p. 272.

Con respecto a estos tres códigos de 1922, 1942 y 1982 cabe repetir lo dicho para todos los inmediatamente posteriores al de 1873<sup>1228</sup>: siempre se trató de modificaciones parciales, independientemente de su entidad, que no alteraron la estructura del anterior ni su institucionalidad sustancial. En consecuencia, puede decirse que aun hoy Venezuela continúa rigiéndose por el código de 1873.

**§ 54. El Código civil para el distrito y territorios federales en materia común y para toda la República en materia federal IV(1928)<sup>1229</sup>.**

1. La Revolución Mexicana, que se inició en 1910 por motivos solamente políticos, durante su curso se transformó en social y económica. La Constitución de 1917, evitando los radicalismos, intentó recoger las aspiraciones más universalmente sentidas y decantadas; pero aun así, el código de 1870, reformado en 1884, parecía incompatible con el nuevo orden de cosas. Debido a ello, ya durante la época revolucionaria sufrió reformas y hasta detracciones importantes. Así, en 1914 se introdujo el divorcio vincular y en 1917 todo el tratado de la familia fue sustituido por una *Ley de relaciones familiares* especial.

La necesidad de reemplazar al viejo código se manifestó formalmente en 1926, cuando fue designada una comisión que integraron los licenciados Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez para redactar un nuevo código federal. Su trabajo quedó terminado dos años después, cuando elevó el proyecto a la consideración del Gobierno mediante un informe o exposición de *Motivos del Código Civil*, fechado el 12 de abril de 1928. El proyecto fue publicado en el *Diario Oficial* entre el 26 de mayo y el 31 de agosto de ese mismo año. El Presidente de la República, Plutarco E. Calles, procedió a su promulgación con decreto de 30 de agosto, también de 1928. El propio código disponía que su vigencia comenzara en la fecha que fijara el Ejecutivo, el cual, por decreto de 29 de agosto de 1932, la determinó para el día 1 de octubre de tal año. Su primera edición había sido hecha en 1928<sup>1230</sup>.

2. El código de 1928 consta de 3.044 artículos distribuidos en unas *Disposiciones preliminares* y 4 libros: I: *De las personas*, II: *De los bienes*, III: *De las sucesiones* y IV: *De las obligaciones*, con una *Primera parte: De las obligaciones en general*, una *Segunda parte: De las diversas especies de contratos*, y una *Tercera parte* no rubricada que trata del concurso de acreedores y de los registros públicos de la propiedad. Su estructura, por ende, es muy similar a la del código de 1870: *Título preliminar: De la ley y sus efectos con las reglas generales de su aplicación*, libro I: *De las personas*,

---

<sup>1228</sup> Supra § 45, I, 3.

<sup>1229</sup> Vid. supra § 39. Lit. GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil mexicano* (México, Porrúa, 1932); GONZÁLEZ, M<sup>o</sup> del Refugio, *Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México*, en *Libro del cincuentenario del código Civil* (México, UNAM., 1978), pp. 134 ss. BRAVO LIRA, Bernardino-CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), Vol. I, pp. 311 ss.; BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano* (México, Porrúa, 1982), p. 188 ss.; EL MISMO, *Fuentes de la codificación civil en la evolución jurídica de México*, en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (México, UNAM, 1984), p. 158 ss.

<sup>1230</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

libro II: *De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones*, libro III: *De los contratos*, y libro IV: *De las sucesiones*; con un cambio en la nomenclatura usada para las normas iniciales y los libros II y III y la inversión en el orden de los dos últimos libros. Se conservó la división de los libros en títulos y de éstos en capítulos.

Desde un punto de vista material tampoco es propiamente una obra nueva este código: “En su forma original, el Código Civil reprodujo literal o casi literalmente, en 2.297 de sus 3.044 artículos, por intermedio del código del 84 y de la Ley de relaciones familiares, 2.578 artículos del código del 70, o sea más de la mitad de éste, que provenían del código del Imperio, del portugués y de la Ley hipotecaria española de 1869”<sup>1231</sup>. Así, pues, más de tres cuartos del código de 1928 provinieron de la legislación anterior. Por lo que respecta al resto: “Muchos de los artículos del código actual reconocen una gran diversidad de fuentes: disposiciones de la constitución de 1917 y de constituciones extranjeras como la de Weimar, legislación nacional y extranjera de roden variado, códigos civiles europeos como el suizo, francés, español, alemán y ruso; códigos iberoamericanos como el chileno, argentino, brasileño, uruguayo y guatemalteco; autores como Duguit, Saleilles, D’Aguano y Valverde”<sup>1232</sup>.

3. Fue por el nuevo espíritu llamado “social” que el código de 1928 se hizo célebre y del cual su Comisión Redactora se preocupó de hacer insistente caudal en los *Motivos*; aunque, como tenía que resultar natural, ese espíritu se manifestara en disposiciones y regímenes acotados: la igualdad jurídica de la mujer con respecto al hombre en general (art. 2) y en situaciones especiales, como en el matrimonio (art. 167); el reconocimiento de la doctrina del abuso del derecho en general (art. 1.912) y de propiedad en especial (artículos 840 y 2.751), la teoría del riesgo profesional (artículos 1.935 a 1.937), la responsabilidad objetiva por objetos peligrosos (artículos 1.913 y 1.915 –1.916); y disposiciones diversas en materia contractual destinadas a proteger a la parte más débil<sup>1233</sup>.

### § 55. *El Código civil de la República de Guatemala II (1933)*<sup>1234</sup>

La Asamblea Legislativa de Guatemala aprobó un nuevo cuerpo legal el 13 de mayo de 1933, que el Presidente Jorge Ubico promulgó el 21 de mayo de ese año y que entró en vigencia el siguiente 30 de junio, por mandato del mismo código.

El código constaba de 1.192 artículos más 5 transitorios, que se distribuyeron en tres libros, divididos en títulos y éstos en capítulos. Los dos primeros libros no exhiben rúbricas; el lib. III se rubrica *Modos de adquirir la propiedad*. Pero el lib. I corresponde, según su contenido, a las personas y a la familia; y el lib. II, a la propiedad, la posesión y los derechos reales, con inclusión de la hipoteca y de la prenda. El libro III, como su nombre lo anuncia, trata de los modos de adquirir la propiedad, incluyendo la sucesión por causa de muerte. El tratamiento de los

---

1231 BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 1229), p. 190, n. 85.

1232 BATIZA, Rodolfo, *Fuentes* cit. (n. 1229), p. 159.

1233 BATIZA, Rodolfo, *Los orígenes* cit. (n. 1229. ), p. 189, n. 82.

1234 Vid. supra § 28. Fuentes: *Código Civil de la República de Guatemala* (Guatemala, Julio de 1933).



registros civiles aparece en el libro I, y el de los registros de la propiedad y los derechos reales, en el lib. III.

Se observará que en este esquema falta todo lo relativo a obligaciones y contratos. La razón es que la materia fue reservada para un código especial. En consecuencia, el nuevo cuerpo prescindió del libro III: *De las obligaciones y contratos* del código de 1877, y dividió su libro II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas* en dos, que resultaron ser los libros II, sobre cosas, propiedad, posesión y derechos reales, y III, sobre modos de adquirir, del código de 1933.

Este dispuso en su art. 1.196 que en tanto no se dictare el Código de las Obligaciones y Contratos, mantendría su vigor el libro III del código de 1877, que legislaba esa materia. Como quiera que el previsto código particular nunca fue emitido, dicho libro III prolongó su vigencia hasta que, junto al código de 1933, fue reemplazado en 1963<sup>1235</sup>.

El nuevo código introdujo algunas novedades en la institucionalidad tradicional: así, en materia de familia, reconoció la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos y en materia de bienes, estableció la institución del asilo de familia o propiedad inmueble afectada al mantenimiento de una familia, y reguló la constitución de hipotecas mediante cédulas hipotecarias, etc.

### § 56. *El Código civil del Perú III (1936)*<sup>1236</sup>

1. El ilustre código de 1852 fue un cuerpo legal muy tradicionalista y la sociedad peruana de fines y principios de siglo experimentó cambios importantes, frente a los cuales aquel se transformó en anticuado. La legislación especial y la mudanza económica y social poco a poco demostraron la insuficiencia del viejo código y después de la Primera Guerra la necesidad de sustituirlo se hizo patente.

Fue así como por decreto de 26 de agosto de 1922, el Presidente Augusto Leguía estableció una Comisión Reformadora del Código Civil (de 1852), y designó como sus miembros a los juristas Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema, Pedro Oliveira, Alfredo Solf y Muro, y Manuel A. Olaechea, Decano del Colegio de Abogados de Lima además del médico y profesor Hermilio Valdizán. Esta Comisión empezó su trabajo el 8 de septiembre de 1922, y con algunos recesos, trabajó durante 14 años, hasta que dio por terminada su labor en 1935. La ley N° 8.305 de 2 de junio de 1936<sup>1237</sup> autorizó al Ejecutivo para promulgar el proyecto de código y para introducirle las reformas que estimara convenientes, de acuerdo con una comisión que debía designar el Congreso Constituyente; añadía que el nuevo código empezaría a regir desde la fecha que señalara

---

<sup>1235</sup> Vid. infra § 57.

<sup>1236</sup> Vid. supra § 26. Fuentes: REPÚBLICA DEL PERÚ, *Código Civil* (Edición Oficial, Lima, Gil. S. A., 1936), con los textos antecedentes. Lit.: BARANDIARÁN, José León, *Estudio preliminar* a la edición del *Código Civil del Perú* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del derecho* (2ª ed., Lima, San Marcos, 1997), Vol. II, pp. 291 ss..

<sup>1237</sup> Su texto: en *Código Civil* cit. (n. 1236), p. 4-5.

el decreto de su promulgación. El Congreso Constituyente nombró para formar parte de la comisión a que se refería dicha ley a los parlamentarios Carlos Sayán Álvarez, Rosendo Badani Chávez, Félix Cosío, Lucio Fuentes Aragón, Francisco Lanatta, Carlos Lozano y Emilio Romero, Por su lado, el Presidente Benavides, por decreto de 18 de junio de 1836, integró esa comisión revisora del proyecto con el Ministro de Justicia y Culto Diómedes Arias Schreiber, el vocal de la Corte Suprema Julio C. Campos, el Presidente de la Corte Superior de Lima Germán Gómez Sánchez, el Rector de la Universidad de San Marcos Alfredo Solf y Muro, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Pedro M. Oliveira, Manuel A. Olaechea y Ernersto de la Jara y Ureta.

La nueva comisión desempeñó en poco tiempo su cometido, de tal manera que el Presidente Benavides, por decreto de 30 de agosto de 1936<sup>1238</sup>, pudo proceder a promulgar el proyecto revisado. Según su art. 1.835, el nuevo código debía empezar a regir 75 días después de su promulgación; en consecuencia, otro decreto de Benavides, de la misma fecha 30 de agosto<sup>1239</sup>, fijó el 14 de noviembre de 1836 como día en que empezaría la vigencia del cuerpo legal y ordenó su edición oficial, que se hizo en Lima en el mismo año<sup>1240</sup>. A partir, pues, del 14 de noviembre quedó derogado el viejo código de 1852.

2. El tercer código que tuvo el Perú (si contamos como segundos a los Códigos Civiles Santa Cruz de los Estados Nor- y Sud-peruano de 1836) constaba de 1.822 artículos más 13 con disposiciones finales (destinadas a regular la transición), o sea de 1.835 en total, distribuidos en un *Título Preliminar* y 5 libros. El lib. I se rubricaba: *Del derecho de las personas*; el II: *Del derecho de familia*; el III: *Del derecho de sucesión*; el IV: *De los derechos reales*; y el V: *Del derecho de obligaciones*. Cada libro aparecía dividido en secciones y éstas en títulos.

Claramente, los codificadores peruanos de 1922-1936 se inspiraron en el sistema pandectístico del *Code Civil Suisse* de 1907 para organizar su obra. Aquel era el siguiente:

*Titre préliminaire*

Lib. I: *Droit des personnes*

Lib. II: *De la famille*

Lib. III: *Des successions*

Lib. IV: *Des droits réels*<sup>1241</sup>

---

<sup>1238</sup> Su texto: en *Código Civil* cit. (n. 1236), p. 6.

<sup>1239</sup> Su texto: en *Código Civil* cit. (n. 1236), p. 3.

<sup>1240</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

<sup>1241</sup> Tenemos a la vista *Code Civil Suisse du 10 décembre 1907* (Berne, K. J. Wyss, 1908).

En el código suizo hacía defecto el tratado de las obligaciones y contratos; ello se debió a que la materia había sido reservada desde antes del código, para una legislación aparte: un *Code Fédéral des Obligations*, que resultó emitido poco después, en marzo de 1911.

El código peruano de 1836, en cambio, reguló el tema en su libro V, como se vio; el cual también recibió la influencia del código federal suizo de 1911.

3. El nuevo cuerpo legal introdujo muchas novedades y modernizaciones<sup>1242</sup>: por ejemplo, la figura del abuso del derecho, el reconocimiento de la mayor jerarquía de la ley constitucional por sobre la ordinaria, la amplia regulación de los conflictos de leyes en el espacio o derecho internacional privado, el principio de comoriencia en oposición al de premoriencia, el derecho al nombre, el estatuto de las personas jurídicas, la regulación de las comunidades indígenas, la secularización del matrimonio y adopción del divorcio vincular (que ya habían sido establecidos por leyes anteriores), el mejoramiento del régimen de la mujer, el régimen legal matrimonial de gananciales, el régimen de bienes reservados de la mujer casada, la indagación de la paternidad, la adopción menos plena, muchas nuevas regulaciones determinadas en materia sucesoria, el reconocimiento de la propiedad horizontal, la prenda sobre títulos valores, la regulación del acto jurídico, la supresión de los censos, la incorporación de los contratos de edición, representación teatral, radiodifusión y adaptación cinematográfica, la supresión de la noción de cuasicontrato, etc.

Este código rigió en el Perú hasta 1984<sup>1243</sup>.

### **§ 57. El Código civil de la República de Guatemala III (1963)<sup>1244</sup>**

Mediante decreto-ley N° 106, de 14 de septiembre de 1963, el Presidente Enrique Peralta promulgó un nuevo Código Civil, que empezó a regir el 1 de julio de 1964<sup>1245</sup>.

El código contiene 2.177 artículos más 2 sobre vigencia y transición. Consta de 5 libros. El lib. I se rubrica *De las personas y de la familia*; el II, *De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales*; el III, *De la sucesión hereditaria*; el IV, *Del registro de la propiedad*; y el V, *Del derecho de obligaciones*, con dos partes: la *Parte primera* trata *De las obligaciones en general*; y la *Parte segunda*, *De los contratos en particular*. Cada libro se divide en títulos, éstos en capítulos, que a veces se subdividen en párrafos.

Este sistema está calcado sobre aquel del código mexicano de 1928, que, como se recordará, es: *Disposiciones preliminares* y 4 libros: I: *De las personas*, II: *De los bienes*, III: *De las sucesiones* y IV: *De las obligaciones*, con una *Primera parte: De las*

---

<sup>1242</sup> Según BASADRE AYULO, Jorge, *Historia* cit. (n. 1236), pp. 293 ss., siguiendo a José León Barandiarán, el gran comentarista del código de 1936.

<sup>1243</sup> Vid. infra § 59.

<sup>1244</sup> Vid. supra § 55. Fuentes: DEPARTAMENTO DE RECOPIACIÓN DE LEYES, *Código Civil* (Publicaciones del Ministerio de Gobernación, Guatemala, 1981).

<sup>1245</sup> Por mandato de su art. 2178. El texto del decreto-ley: en *Código Civil* cit. (n. 1244), p. 2.

*obligaciones en general, una Segunda parte: De las diversas especies de contratos, y una tercera no rubricada sobre concurso de acreedores y registros de la propiedad.* El código guatemalteco, empero, carece de disposiciones preliminares y ofrece un libro IV sobre los registros, aunque esta materia corresponde al título segundo de la tercera parte del libro IV del código mexicano.

El nuevo código perfeccionó la igualdad jurídica de los hijos, que ya había establecido aquel de 1933; reguló las uniones sexuales de hecho y la adopción; y reglamentó en su interior, abandonando el criterio de dejar libradas a leyes especiales figuras como la propiedad horizontal y de las aguas, las prendas agraria, ganadera e industrial, y contratos como los de edición, de difusión por medios y de representación teatral, etc.

### § 58. *El Código civil boliviano III (1975)*<sup>1246</sup>

El viejo código de 1830, pese a la breve interrupción de su vigencia entre 1845 y 1846, resistió numerosos intentos de sustitución hasta 1975. Ya en 1855, una ley de 18 de octubre creó una comisión destinada a revisarlo, la cual presentó un proyecto el 22 de diciembre de 1856, que no fue considerado en el Congreso, aunque la parte pertinente suya sirvió de base a una ley sobre sociedades anónimas de 1866. En 1893 se presentó al Congreso un nuevo proyecto, sin resultados. En 1919, el doctor Demetrio Toro, juez de la Corte Suprema, elaboró privadamente un proyecto de nuevo código, que no fue tomado en consideración. En 1935 se encomendó un proyecto a particulares, también sin resultados. En 1941, un decreto de 1 de septiembre organizó una Comisión Nacional Codificadora encargada de estudiar una íntegra nueva legislación en todas las ramas, la cual, empero, encomendó la elaboración de un proyecto de código civil al jurista español Angel Ossorio y Gallardo, por entonces residente en la Argentina; éste dio por cumplido su encargo en 1943 al remitir un proyecto a la comisión editado en Buenos Aires en ese mismo año<sup>1247</sup>, quien habiendo comenzado a revisarlo, no terminó con esta tarea.

En 1962, el decreto supremo N° 6.038, de 23 de marzo, dictado por el Presidente Paz Estensoro, designó diversas comisiones redactoras de nuevos códigos, entre las que se contaron aquella del civil y del derecho de la familia. La comisión sobre el código civil la formaron los doctores Hugo Sandoval Saavedra y Pastor Ortiz Matos, que en 1963 elaboró unas *Bases y plan general provisional para la reforma del Código Civil boliviano*; en ellas sugería formar un proyecto de cinco libros dedicados a las personas, a los bienes con la propiedad y los derechos reales, a las obligaciones y los contratos, a

---

<sup>1246</sup> Vid. supra §§ 22 y 25. Fuentes: MORALES GUILLÉN, Carlos, *Código Civil anotado y concordado con arreglo a la edición oficial* (2ª ed., La Paz, Gisbert, 1982). Lit.: TERRAZAS TORRES, Carlos, *Estudio preliminar a la edición del Código Civil de Bolivia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 19 ss.; ORTIZ MATOS, Pastor, *Informe sobre el Código Civil Boliviano*, en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* año VIII (Oruro, 1966), 1, pp. 68–69, 77 ss.; ROMERO SANDOVAL, Raúl, *Derecho civil según los 'Apuntes de derecho civil boliviano' del prof. Dr. Raúl Romero Linares* (La Paz-Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1986); MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Codificación civil y derecho comparado* (Buenos Aires, Zavalía, s. d. [1994]), parte cuarta, pp. 263 ss.

<sup>1247</sup> Un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile.

la sucesión, y en fin a la protección de los derechos. En 1964 presentó la comisión un anteproyecto con los dos primeros libros. Paralelamente había venido trabajando la comisión sobre el código de la familia, del cual presentó un proyecto en 1970 que revisado por una nueva comisión permitió su promulgación como Código de la Familia el 23 de agosto de 1972, que entró en vigor el 6 de agosto de 1973.

Mediante decreto supremo N° 10.575 de 10 de noviembre de 1972, se creó una comisión redactora del Código Civil, para que completara la labor de aquella de 1962. La integraron los doctores Hugo Sandoval Saavedra, Pastor Ortiz Matos, Raúl Romero Linares y Oscar Frerking Salas, a la que se otorgó un plazo de 18 meses contados desde el 2 de enero de 1973.

Esta comisión reconoció las *Bases y plan* de aquella otra de 1963 y desde luego los proyectos de libro I y II elaborados por ella. A fines de 1974 la comisión había revisado ambos libros y redactado los restantes, es decir desde el III hasta el V. Presentado el proyecto definitivo al Gobierno, el Presidente Hugo Banzer lo promulgó mediante el decreto-ley N° 12.760 de 6 de agosto de 1975, para que entrara a regir el 2 de abril de 1976.

2. El nuevo código está integrado por 1.566 artículos más 4 de disposiciones finales sobre transición (de modo que ofrece 1.570 artículos en total), distribuidos en 5 libros, así: lib. I: *De las personas*; lib. II: *De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre cosas ajenas*; lib. III: *De las obligaciones*, con una *Parte Primera: De las obligaciones en general*, y una *Parte segunda: De las fuentes de las obligaciones*; lib. IV: *De las sucesiones por causa de muerte*; y lib. V: *Del ejercicio, protección y extinción de los derechos*. Cada libro se divide en títulos, éstos en capítulos, que suelen subdividirse en secciones y éstas en subsecciones.

Este sistema está inspirado en aquel del código italiano de 1942, con una modificación: el libro sobre las sucesiones, que en dicho cuerpo legal se localiza inmediatamente después del concerniente a las personas y a la familia, en el boliviano ocupa el penúltimo lugar. Además, el tratado sobre la familia está ausente en el código de 1975, porque él ya había dado contenido a un especial Código de la Familia, promulgado en 1972 y entrado en vigor al año siguiente, como se dijo. En fin, su libro V sobre ejercicio, protección y extinción de los derechos corresponde al libro VI del código italiano.

En general, el modelo principal seguido por el nuevo cuerpo legal boliviano fue precisamente el código italiano de 1942, beneficiándose de todas sus novedades legislativas.

## § 59. El Código civil del Perú IV (1984)<sup>1248</sup>

1. Casi a treinta años después de su promulgación, en 1965 se inició un proceso de revisión del código de 1936. Un decreto supremo N° 95 de 1 de marzo de aquel año, firmado por el presidente Fernando Belaunde, estableció una comisión para el “*estudio y revisión del Código Civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes*”<sup>1249</sup>, como rezaba su artículo 1°. La comisión debían integrarla el Ministro de Justicia y Culto como presidente, que a la sazón era Carlos Fernández Sessarego, un delegado designado por la Corte Suprema, que fue Alberto Eguren Bresani, y por los juristas José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Rómulo E. Lanatta, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda (que se retiró al poco tiempo), Héctor Cornejo Chávez, Max Arias Schreiber e Ismael Bielich Flórez, Asesor Jurídico del Despacho Ministerial. Durante los años que duro el trabajo de esta comisión, se incorporaron a ella Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling, Manuel de la Puente y Lavalle, Lucrecia Maisch de Portocarrero, Fernando Vidal Ramírez, Fernando de Trazegnies, Manuel García Calderón y Valentín Paniagua.

Una vez finalizado el trabajo de la comisión, el Ejecutivo patrocinó una ley en el Congreso, que fue promulgada bajo el N° 23.403 el 27 de mayo de 1982<sup>1250</sup>, por la cual se facultó a aquél para promulgar mediante decreto legislativo el proyecto de dicha comisión, una vez que, con audiencia de ella misma, fuera revisado por otra de tres senadores, tres diputados y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia; el decreto legislativo de promulgación debía señalar la fecha de entrada en vigencia del nuevo código. La Comisión Revisora evacuó el proyecto examinado el 5 de julio de 1984 al Gobierno<sup>1251</sup>; por decreto legislativo N° 295 de 24 de julio de 1984<sup>1252</sup>, el Presidente Fernando Belaunde promulgó el nuevo código, para que entrara en vigencia el 14 de noviembre del mismo año.

2. El código peruano de 1984 consta de 2.122 artículos, distribuidos en un *Título Preliminar* y 10 libros, como siguen: lib. I: *Derecho de las personas*; lib. II: *Acto jurídico*; lib. III: *Derecho de familia*; lib. IV: *Derecho de sucesiones*; lib. V: *Derechos reales*; lib. VI: *Las obligaciones*; Lib. VII: *Fuentes de las obligaciones*; Lib. VIII: *Prescripción y caducidad*; lib. IX: *Registros públicos*; y lib. X: *Derecho internacional privado*. Los libros se dividen en secciones y éstas en títulos, que, en ocasiones, aparecen subdivididos en capítulos. El núcleo del sistema de este cuerpo legal, pues, corresponde a aquél del código de 1936: derecho de las personas, derecho de familia,

---

<sup>1248</sup> Vid. supra § 56. Fuentes: REPÚBLICA PERUANA. *Código Civil* (Edición Oficial, Ministerio de Justicia, 1984) y la documentación ahí incluida. Lit.: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Codificación civil y derecho comparado* (Buenos Aires, Zavallá, s. d. [1994]), pp. 155 ss. A poco de promulgado el código se realizó un congreso en Lima, que lo tuvo como tema de estudio; sus actas fueron publicadas como *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano* (Lima, Cultural Cuzco, 1986).

<sup>1249</sup> Su texto: en *Código Civil* cit. (n. 1248), primera página.

<sup>1250</sup> *Ibíd.*, página tercera.

<sup>1251</sup> *Ibíd.*, página sexta.

<sup>1252</sup> *Ibíd.*, página novena.

derecho de sucesión, derechos reales, y derecho de obligaciones, con la intercalación de la materia de los actos jurídicos a continuación de las personas, el desdoblamiento de las obligaciones en dos libros, y la dispersión de las materias concernientes a la caducidad y prescripción, a los registros públicos y al derecho internacional privado en sendos libros especiales.

Este cuerpo legal mantuvo el estilo algo lapidario del código antecedente, y su tendencia a evitar definiciones y prescripciones doctrinarias. Para varias materias, los codificadores de 1984 tuvieron un cercano modelo en el código italiano de 1942.

### **§ 60. *El Código civil de la República del Paraguay II (1985)***<sup>1253</sup>

1. Los esfuerzos del Paraguay por examinar su legislación son antiguos. Ya en 1902, fue dictada una ley creadora de cierta comisión encargada de revisar los códigos civil y de comercio, sin efecto; otra ley de 1929 autorizó al Ejecutivo para contratar a dos juristas nacionales con ese mismo encargo, también sin efecto. En 1959, por decreto-ley N° 200 de 2 de julio, se creó una Comisión Nacional de Codificación, cuya integración provino del decreto N° 6.021 de 31 de julio de ese mismo año. La comisión, por lo que al derecho civil atañe, en vez de trabajar en conjunto, prefirió encomendar la redacción de un anteproyecto a uno de sus miembros, el profesor Luis De Gásperi el 27 de septiembre de 1959, quien pudo presentarlo acabado en 1964. Su trabajo conservaba la estructura general del código de 1876, o sea del argentino, pero integraba su contenido con temas y soluciones provenientes de los proyectos argentinos de 1936 y del Dr. Bibiloni y del código italiano de 1942; en seguimiento de este último, unificaba los tratados sobre obligaciones y contratos civiles y comerciales en uno solo. Pero presentaba 3.597 artículos, frente al código original de 4.051. La Comisión Nacional de Codificación se dio a la tarea de revisar el Proyecto de De Gásperi y terminó por formular uno definitivo de cerca de 2.800 artículos. De estos, 2.250 disposiciones fueron tomadas del Anteproyecto de De Gásperi, 138 del código de 1876 y 149 de la Ley de seguros argentina.

El nuevo proyecto fue objeto de debate en el Congreso y resultó sancionado merced a la ley 1.183 que el Presidente Alfredo Stroessner promulgó 23 de diciembre de 1985; el art. 2.813 del código ordenó su entrada en vigencia desde el 1 de enero de 1987.

2. El código paraguayo de 1985 consta de 2.809 artículos (más 6 de disposiciones transitorias, o sea de 2.815 en total), distribuidos en un *Título preliminar* y 5 libros, así: lib. I: *De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia*; lib. II: *De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones*; lib. III: *De los contratos y de otras fuentes de obligaciones*; lib. IV: *De los derechos reales o sobre las cosas*; y lib. V: *De la sucesión por causa de muerte*. Cada libro se divide en títulos, éstos en capítulos, los cuales suelen subdividirse en secciones, que a veces aparecen escindidas

[CheckBox1](#)

---

<sup>1253</sup> Vid. supra § 41. Fuentes: *Código Civil de la República del Paraguay* (Edición Oficial, Asunción, Febrero de 1987). Lit.: MARTÍNEZ MILTOS, Luis, *El nuevo Código Civil paraguayo y el código de Vélez Sarsfield*, en VV. AA., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova, Cedam, s. d.

en párrafos.

En este esquema, los libros II y III se han repartido la materia que en el código de 1876 aparecía concentrada en el libro II: *De los derechos personales en las relaciones civiles* (obligaciones, hechos y actos jurídicos y contratos); esta escisión del libro II en dos, hizo aumentar el total de 4 a 5 libros. El antiguo libro IV: *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*, que abarcaba la sucesión, el concurso de acreedores y la prescripción, se convirtió en el libro V del nuevo código, exclusivamente dedicado a las sucesiones, porque el concurso de acreedores ha pasado al libro II, y la prescripción, distinguida en adquisitiva y extintiva, a los libros II y IV, respectivamente.

### § 61. El Código civil de Cuba II (1987)<sup>1254</sup>

1. El código español, que en Cuba empezó a regir en 1889, fue objeto de un primer intento de revisión general hacia 1940, cuando el profesor Antonio Sánchez de Bustamante elaboró un proyecto de 2.114 artículos, que en gran medida, empero, reproducía el anterior cuerpo legal. Con motivo de una nueva constitución dictada en ese mismo año de 1940, el Gobierno formó una comisión a la que encargó adaptar el código vigente a las disposiciones del nuevo texto constitucional; pero el proyecto elaborado, aunque alcanzó a ser enviado al Congreso, no resultó ni siquiera discutido ahí.

La actividad revisora recommenzó con la imposición de un régimen comunista en Cuba a principios de 1959. Sus primeros resultados fueron la emisión de un código de la Familia el 14 de febrero de 1975, con el que el código vigente sufrió la segregación de la pertinente materia. En 1969 se constituyó una Comisión Nacional de Estudios Jurídicos, destinada a trabajar en colaboración con varios otros órganos. Pero la iniciativa perteneció al Ministerio de Justicia, que el 6 de febrero de 1979 consiguió publicar un Anteproyecto de Código Civil; sometido a reelaboraciones, fue nuevamente publicado en agosto de 1979 y en febrero de 1981. En abril de 1981 fue creada una comisión encargada de estudiar el anteproyecto existente, dependiente del Partido Comunista, la cual elaboró uno nuevo que editó en febrero de 1982, seguido de otro publicado en enero de 1983 y de un tercero dado a la luz en febrero de 1985. Fue sobre la base de este texto que se elaboró el proyecto definitivo, que la Asamblea Nacional aprobó mediante la ley N° 59 de 16 de julio de 1987, la cual dispuso su entrada en vigor después de los 180 días desde la publicación del nuevo cuerpo legal en la Gaceta Oficial, la que tuvo lugar en aquella de 15 de octubre de 1987.

2. El código de 1987 contiene 547 artículos (más trece disposiciones finales y transitorias), esparcidos en unas *Disposiciones preliminares* y 4 libros, cuyas rúbricas son: del I: *Relación jurídica*; del II: *Derecho de propiedad y otros derechos sobre*

---

[1991]), pp. 585 ss.; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Codificación civil y derecho comparado* (Buenos Aires, Zavallía, s. d. [1994]), capítulos 10, pp. 289 ss.; 11, pp. 297 ss.; y 12, pp.303 ss.

<sup>1254</sup> Vid. supra § 48. Fuentes: *Código civil. Ley N° 50* (La Habana, Jurídica, 1989). Lit.: FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio y RAPA ALVAREZ, Vicente, *El Código Civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano*, en VV. AA., *Il codice Civile di Cuba e il diritto latinoamericano* (Roma, Centro Interdisciplinare di Studi Latino-Americani, s. d.), pp. 21 ss. En ese mismo volumen colectivo se encontrarán otros trabajos sobre este código.



*bienes*; del III: *Derecho de obligaciones y contratos*; del lib. IV: *Derecho de sucesiones*. Los libros se dividen en títulos y éstos en capítulos, que en ocasiones figuran subdivididos en secciones. Está ausente el derecho de familia en este código, por la razón de preexistir un código especial sobre el tema, como antes se recordó. Aunque no aparezca rubricado como “parte general”, el contenido del lib. I corresponde a la parte así denominada de la tradición pandectística, organizada sobre la base de la tricotomía personas, cosas, actos, aunque en este código se emplea la terminología más moderna de sujetos de la relación jurídica, objeto de la relación jurídica y causa de la relación jurídica. En el resto, la división de las materias también está inspirada en el viejo sistema pandectístico.

Sirvieron de fuentes para la composición de este código, entre los más tradicionales el código español vigente a la sazón en Cuba, el de comercio español, que también rigió ahí desde 1889 y el alemán de 1900; y entre los de países por entonces comunistas los de Checoslovaquia, Polonia y Rusia, los tres de 1964, de Hungría de 1977 y de la República Democrática Alemana de 1975. En mucha menor medida fueron consultados los códigos de Chile, de Argentina, de Suiza, de Italia y el anteproyecto del que habría de ser el código peruano de 1984.

Aparte una que otra disposición particular, la conexión de este código con la organización económica comunista solo se observa en el tít. 2º del lib. II sobre la propiedad, en que aparecen distinguidas diversas formas de ella, de las cuales la principal es la estatal, acorde con dicha organización. En el resto, el código contiene una dogmática tradicional de base romana, expresada en normas con tendencia a una excesiva generalización y abstracción, lo que en parte explica la brevedad de este cuerpo legal, la cual, desde otro punto de vista, es causa de lagunas notables.

## ANEXOS

## ANEXO I

### CÓDIGOS CIVILES PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA HASTA 1916

1816	El <i>Code Civil</i> francés es adoptado como derecho subsidiario en la República de Haití
1825	Code Civil de la Republique d’Haïti (Haití y futura República Dominicana)
1827-1829	Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca I (México)
1830	Código Civil Santa Cruz ó Código Civil Boliviano I
1836	Código Civil Santa Cruz para el Estado Sud-Peruano I
1836	Código Civil Santa para el Estado Nor-Peruano I
1841	Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica I
1845	Código Civil Boliviano II
1845	El Código Civil francés de la Restauración es adoptado por la República Dominicana (I)
1846	El Código Civil Boliviano I de Santa Cruz es restablecido en Bolivia
1852	Código Civil del Estado de Oaxaca II

(México)

1852	Código Civil del Perú II
1855	Código Civil de la República de Chile
1857	Código Civil del Estado de Magdalena I (Colombia)
1858/1860	Código Civil de la República del Ecuador
1858	Código Civil del Estado de Santander (Colombia)
1859	Código Civil de la República de El Salvador
1859	Código Civil del Estado de Cauca (Colombia)
1859	Código Civil del Estado de Cundinamarca (Colombia)
1860	Código Civil del Estado de Panamá I (Colombia)
1861	Código Civil del Estado de Tolima (Colombia)
1861	Código Civil del Estado de Veracruz I (México)
1862	Código Civil de la República de

Venezuela I

- 1862 Código Civil del Estado de Bolívar I  
(Colombia)
- 1863 Código Civil del Estado de Boyacá  
(Colombia)
- 1864 Código Civil del Estado de Antioquía  
(Colombia)
- 1866 Código Civil del Estado de Magdalena II  
(Colombia)
- 1866 Código Civil del Imperio Mejicano I
- 1867 Código Civil de la República de  
Nicaragua I
- 1867 Código Civil de la República de  
Venezuela II
- 1868 Código Civil del Estado de Veracruz-  
Llave II (México)
- 1868 Código Civil de la República Oriental  
del Uruguay
- 1869 Código Civil de la República Argentina
- 1870 Código Civil del distrito de México y  
territorio de la Baja California II
- 1870 Código Civil del Estado de México

- 1871 Código Civil del Estado de Hidalgo  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de Michoacán  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de Morelos  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de Tamaulipás  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de Sonora  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de Puebla  
(México)
- 1871 Código Civil del Estado de San Luis de  
Potosí (México)
- 1872 Código Civil del Estado de Zacatecas  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Chiapas  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Querétaro  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Guerrero  
(México)
- 1873 Código Civil del Estado de Durango

(México)

- 1873 Código Civil de la República de Venezuela III
- 1873 Código Civil de los EE. UU. de Colombia
- 1874 Código Civil del Estado de Sinaloa (México)
- 1876 Código Civil de la República del Paraguay I
- 1876 El Código Civil francés, con las modificaciones de la época de Luis Felipe I y Napoleón III, es adoptado por la República Dominicana
- 1877 Código Civil de la República de Guatemala I
- 1880 Código Civil de la República de Honduras I
- 1880 Código Civil de la República de Venezuela IV
- 1883 Código Civil del Estado de Bolívar II (Colombia)
- 1884 Código Civil de la República Dominicana II
- 1884 Código Civil del distrito de México y territorio de la Baja California III

1886	Código Civil de la República de Costa Rica II
1887	Código Civil de la República de Colombia (con inclusión del Departamento de Panamá II)
1889	El Código Civil de España es extendido a Puerto Rico
1889	El Código Civil de España es extendido a Cuba (I)
1896	Código Civil de la República de Venezuela V
1898	Código Civil de la República de Honduras II
1903	El Código Civil de Colombia es ratificado como vigente en Panamá
1904	Código Civil de la República de Nicaragua II
1904	Código Civil de la República de Venezuela VI
1906	Código Civil de la República de Honduras III
1916	Código Civil Brasileiro
1916	Código Civil de la República de Panamá



III

1916

Código Civil de la República de  
Venezuela VII

## ANEXO II

### CÓDIGOS CIVILES PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA DESDE 1916

1922	Código Civil de la República de Venezuela VIII
1928	Código Civil para el distrito y territorios federales IV (México)
1933	Código Civil de la República de Guatemala II
1936	Código Civil de la República del Perú III
1942	Código Civil de la República de Venezuela IX
1963	Código Civil de la República de Guatemala III
1975	Código Civil de la República de Bolivia III
1982	Código Civil de Venezuela X
1984	Código Civil de la República del Perú IV
1985	Código Civil de la República del Paraguay II
1987	Código Civil de Cuba II

### ANEXO III

#### PROYECTOS DE CÓDIGOS CIVILES FORMULADOS EN IBEROAMÉRICA HASTA 1916

1827	Proyecto de Código Civil presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas por la Comisión encargada de redactarlo I (México)
1827	Proyecto de la parte primera del Código Civil del Estado Libre de Jalisco (México)
1830-1831	Proyecto de Código Civil para el Ecuador
1833 ó 1834-1840	Primer Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1834-1836	Proyecto de Código Civil Peruano, de Manuel L. de Vidaurre
1837	Proyecto incompleto de Código Civil para el Ecuador, de José Fernández Salvador
1841-1842	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1842-1845	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello (Chile)
1846	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1847	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello

1847	Proyecto de Código Civil para la República del Perú
1852	Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, de Eduardo Acevedo
1853	Proyecto de Código Civil para Venezuela, de Julián Viso
1853	Proyecto de Código Civil para Nueva Granada (Colombia), de Justo Arosemena
1853	Proyecto de Código Civil para Nueva Granada (Colombia), de Antonio del Real
1853	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1853-1855	Proyecto Inédito de Código Civil para Chile
1855	Proyecto de Código Civil de Chile
1855-1856	Proyecto incompleto de Código Civil para el Ecuador, de la Corte Suprema de Justicia I
1855-1858	Consolidação das leis civis para el Brasil, de Augusto Teixeira de Freitas
1856-1857	Proyecto de Código Civil para el Ecuador, de la Corte Suprema del Ecuador II

1857-1858	Proyecto incompleto de Código Civil para la Argentina, de Marcelino Ugarte
1858-1860	Proyecto de un Código Civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno, de Justo Sierra
1859-1867	Código Civil. Esboço para el Brasil, de Augusto Teixeira de Freitas
1869	Proyecto de Código Civil para el Estado de Zacatecas II (México)
1865-1869	Proyecto de Código Civil para la República Argentina, de Dalmacio Vélez Sarsfield
1873	Proyecto incompleto de Código Civil para el Brasil, de José Tomás Nabuco de Araújo
1881	Proyecto de Código Civil para el Brasil, de Joaquim Felicio dos Santos
1893	Proyecto de Código Civil para el Brasil, de A. Coelho Rodríguez
1899	Projeto do Código Civil Brasileiro, de Clóvis Bevilacqua
1904-1906	Proyecto de Código Civil para Panamá, de Facundo Mutis Durán
1913-1916	Proyecto de Código Civil para Panamá, de Carlos A. Mendoza

## ANEXO IV

### PROYECTOS DE CÓDIGOS FORMULADOS HASTA 1916 Y CÓDIGOS PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA HASTA NUESTROS DÍAS (ANEXOS I+II+III)

1816	El Code Civil francés es adoptado como derecho subsidiario en la República de Haití
1825	Code Civil de la Republique d'Haïti (Haití y futura República Dominicana)
1827	Proyecto de Código Civil presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas por la Comisión encargada de redactarlo (México)
1827	Proyecto de la parte primera del Código Civil del Estado Libre de Jalisco (México)
1827-1829	Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca I (México)
1830	Código Civil Santa Cruz ó Código Civil Boliviano I
1830-1831	Proyecto de Código Civil para el Ecuador
1833 ó 1834-1840	Primer Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1834-1836	Proyecto de Código Civil Peruano, de Manuel L. de Vidaurre
1836	Código Civil Santa Cruz para el Estado Sud-Peruano I

- 1836 Código Civil Santa Cruz para el Estado Nor-Peruano I
- 1837 Proyecto incompleto de Código Civil para el Ecuador, de José Fernández Salvador
- 1841 Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica I
- 1841-1842 Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
- 1842-1845 Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
- 1845 Código Civil Boliviano II
- 1845 El Código Civil francés de la Restauración es adoptado por la República Dominicana (I)
- 1846 Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
- 1846 El Código Civil boliviano I, de Santa Cruz es restablecido en Bolivia
- 1847 Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
- 1847 Proyecto de Código Civil para la República del Perú

1852	Código Civil del Estado de Oaxaca II (México)
1852	Código Civil del Perú II
1852	Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, de Eduardo Acevedo
1853	Proyecto de Código Civil para Venezuela, de Julián Viso
1853	Proyecto de Código Civil para Nueva Granada (Colombia), de Justo Arosemena
1853	Proyecto de Código Civil para Nueva Granada (Colombia), de Antonio del Real
1853	Proyecto de Código Civil para Chile, de Andrés Bello
1853-1855	Proyecto Inédito de Código Civil para Chile
1855	Proyecto de Código Civil de Chile
1855	Código Civil de la República de Chile
1855-1856	Proyecto incompleto de Código Civil para el Ecuador, de la Corte Suprema de Justicia I
1855-1858	Consolidação das leis civis para el Brasil, de Augusto Teixeira de Freitas



1856-1857	Proyecto de Código Civil para el Ecuador, de la Corte Suprema de Justicia II
1857	Código Civil del Estado de Magdalena I (Colombia)
1857-1858	Proyecto incompleto de Código Civil para Argentina, de Marcelino Ugarte
1858	Código Civil del Estado de Santander (Colombia)
1858/1860	Código Civil de la República del Ecuador
1858-1860	Proyecto de un Código Civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno, de Justo Sierra (México)
1859	Código Civil de la República de El Salvador
1859	Código Civil del Estado de Cauca (Colombia)
1859	Código Civil del Estado de Cundinamarca (Colombia)
1859-1867	Código Civil. Esboço para el Brasil, de Augusto Teixeira de Freitas
1860	Código Civil del Estado de Panamá I (Colombia)

- 1861 Código Civil del Estado de Tolima  
(Colombia)
- 1861 Código Civil del Estado de Veracruz I  
(México)
- 1862 Código Civil de la República de  
Venezuela I
- 1862 Código Civil del Estado de Bolívar I  
(Colombia)
- 1863 Código Civil del Estado de Boyacá  
(Colombia)
- 1864 Código Civil del Estado de Antioquía  
(Colombia)
- 1865-1869 Proyecto de Código Civil para la  
República Argentina, de Dalmacio Vélez  
Sarsfield
- 1866 Código Civil del Estado de Magdalena II  
(Colombia)
- 1866 Código Civil del Imperio Mejicano I
- 1867 Código Civil de la República de  
Nicaragua I
- 1867 Código Civil de la República de  
Venezuela II
- 1868 Código Civil de la República Oriental  
del Uruguay

- 1868 Código Civil del Estado de Veracruz-Llave II (México)
- 1869 Proyecto de Código Civil para el Estado de Zacatecas II (México)
- 1869 Código Civil de la República Argentina
- 1870 Código Civil del distrito de México y territorio de la Baja California II
- 1870 Código Civil del Estado de México
- 1871 Código Civil del Estado de Hidalgo (México)
- 1871 Código Civil del Estado de Michoacán (México)
- 1871 Código Civil del Estado de Morelos (México)
- 1871 Código Civil del Estado de Tamaulipás (México)
- 1871 Código Civil el Estado de Sonora (México)
- 1871 Código Civil del Estado de Puebla (México)
- 1871 Código Civil del Estado de San Luis de Potosí (México)

- 1872 Código Civil del Estado de Zacatecas  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Chiapas  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Querétaro  
(México)
- 1872 Código Civil del Estado de Guerrero  
(México)
- 1873 Código Civil del Estado de Durango  
(México)
- 1873 Código Civil de la República de  
Venezuela III
- 1873 Código Civil de los EE.UU. de  
Colombia
- 1873 Proyecto incompleto de Código Civil  
para el Brasil, de José Tomás Nabuco de  
Aráujo
- 1874 Código Civil del Estado de Sinaloa  
(México)
- 1876 Código Civil de la República del  
Paraguay I
- 1876 El Código Civil francés, con las  
modificaciones de la época de Luis Felipe I  
y Napoleón III, es adoptado por la  
República Dominicana

- 1877 Código Civil de la República de Guatemala I
- 1880 Código Civil de la República de Honduras I
- 1880 Código Civil de la República de Venezuela IV
- 1881 Proyecto de Código Civil para Brasil, de Joaquim Felicio dos Santos
- 1883 Código Civil del Estado de Bolívar II (Colombia)
- 1884 Código Civil de la República Dominicana II
- 1884 Código Civil del distrito de México y territorio de la Baja California III
- 1886 Código Civil de la República de Costa Rica II
- 1887 Código Civil de la República de Colombia (con inclusión del Departamento de Panamá II)
- 1889 El Código Civil de España es extendido a Puerto Rico
- 1889 El Código Civil de España es extendido a Cuba
- 1893 Proyecto de Código Civil para Brasil, de A. Coelho Rodríguez

1896	Código Civil de la República de Venezuela V
1898	Código Civil de la República de Honduras II
1899	Projeto do Código Civil Brasileiro, de Clóvis Bevilacqua
1903	El Código Civil de Colombia es ratificado como vigente en Panamá
1904	Código Civil de la República de Nicaragua II
1904	Código Civil de la República de Venezuela VI
1904-1906	Proyecto de Código Civil para Panamá, de Facundo Mutis Durán
1906	Código Civil de la República de Honduras III
1913-1916	Proyecto de Código Civil para Panamá, de Carlos A. Mendoza
1916	Código Civil Brasileiro
1916	Código Civil de la República de Panamá III
1916	Código Civil de la República de

Venezuela VII

1922	Código Civil de la República de Venezuela VIII
1928	Código Civil para el distrito y territorios federales IV (México)
1933	Código Civil de la República de Guatemala II
1936	Código Civil de la República del Perú III
1942	Código Civil de la República de Venezuela IX
1963	Código Civil de la República de Guatemala III
1975	Código Civil de la República de Bolivia III
1982	Código Civil de Venezuela X
1984	Código Civil de la República del Perú IV
1985	Código Civil de la República del Paraguay II
1987	Código Civil de Cuba II

## ANEXO V

### CÓDIGOS ACTUALMENTE VIGENTES EN IBEROAMÉRICA

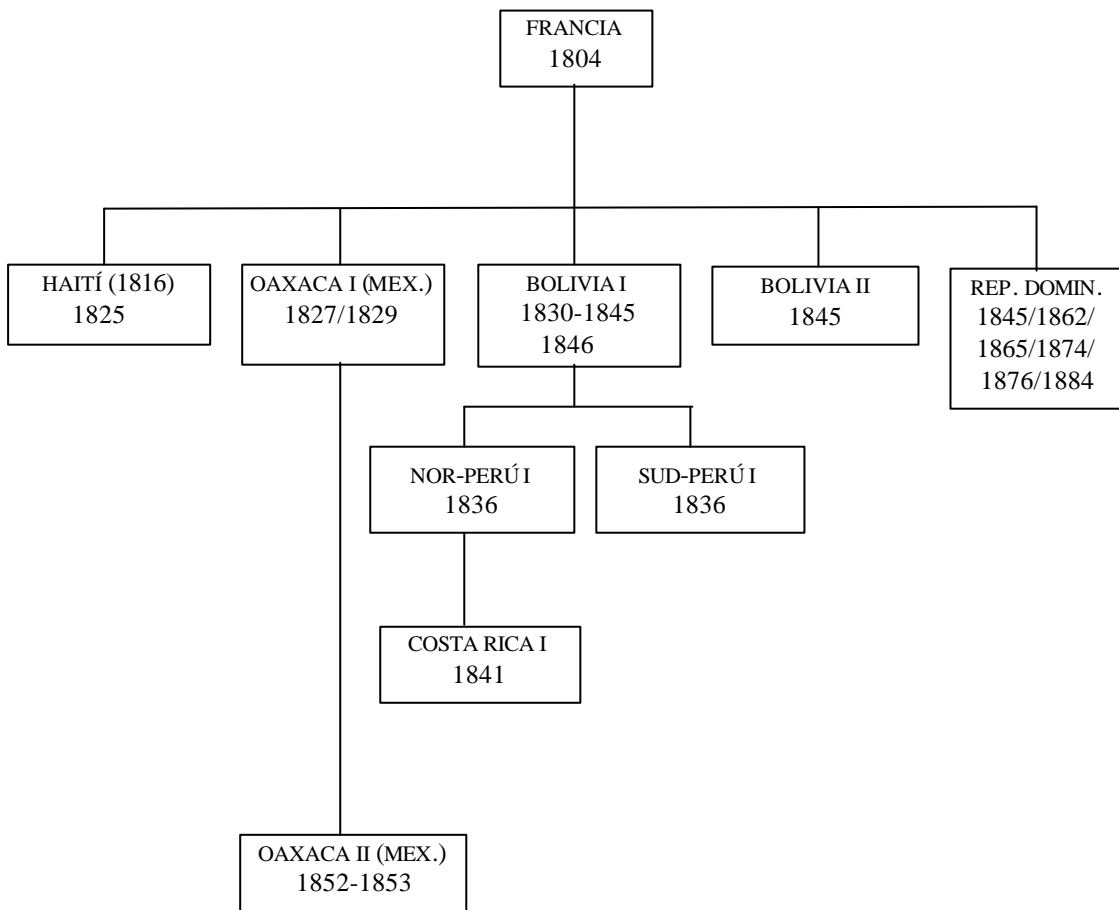
1825	Code Civil de la Republique d'Haïti (Haïtí y futura República Dominicana hasta 1841)
1855	Código Civil de la República de Chile
1858/1860	Código Civil de la República del Ecuador
1859	Código Civil de la República de El Salvador
1868	Código Civil de la República Oriental del Uruguay
1869	Código Civil de la República Argentina
1873 (1880, 1896, 1904, 1916, 1922, 1942, 1982)	Código Civil de la República de Venezuela III (IV, V, VI, VII, VIII, IX, X)
1884	Código Civil de la República Dominicana II
1886	Código Civil de la República de Costa Rica II
1887	Código Civil de la República de Colombia (con inclusión del Departamento de Panamá II, hasta 1903)
1889	El Código Civil de España es extendido a Puerto Rico



1904	Código Civil de la República de Nicaragua II
1906	Código Civil de la República de Honduras III
1916	Código Civil Brasileiro
1916	Código Civil de la República de Panamá III
1928	Código Civil para el distrito y territorios federales IV (México)
1963	Código Civil de la República de Guatemala III
1975	Código Civil de la República de Bolivia III
1984	Código Civil de la República del Perú IV
1985	Código Civil de la República del Paraguay II
1987	Código Civil de Cuba II

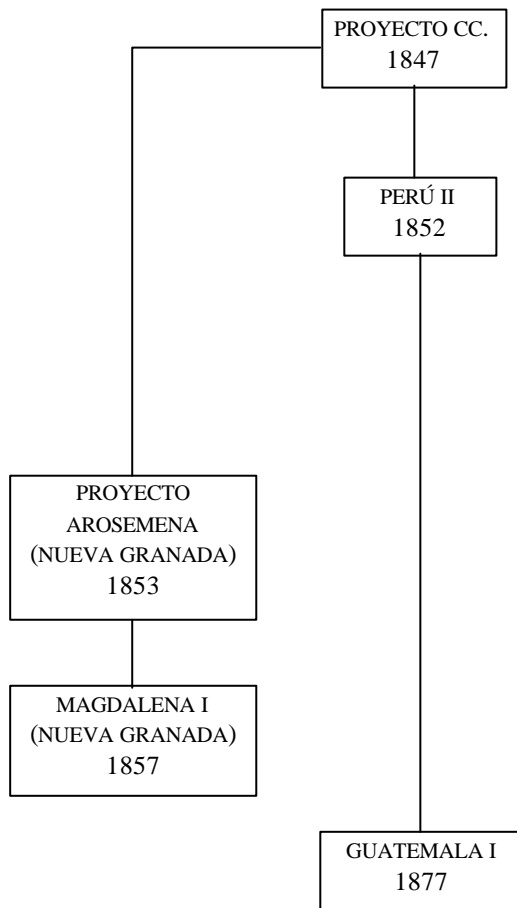
## CUADROS SINÓPTICOS

CUADRO SINÓPTICO I  
CÓDIGOS DEPENDIENTES  
DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS



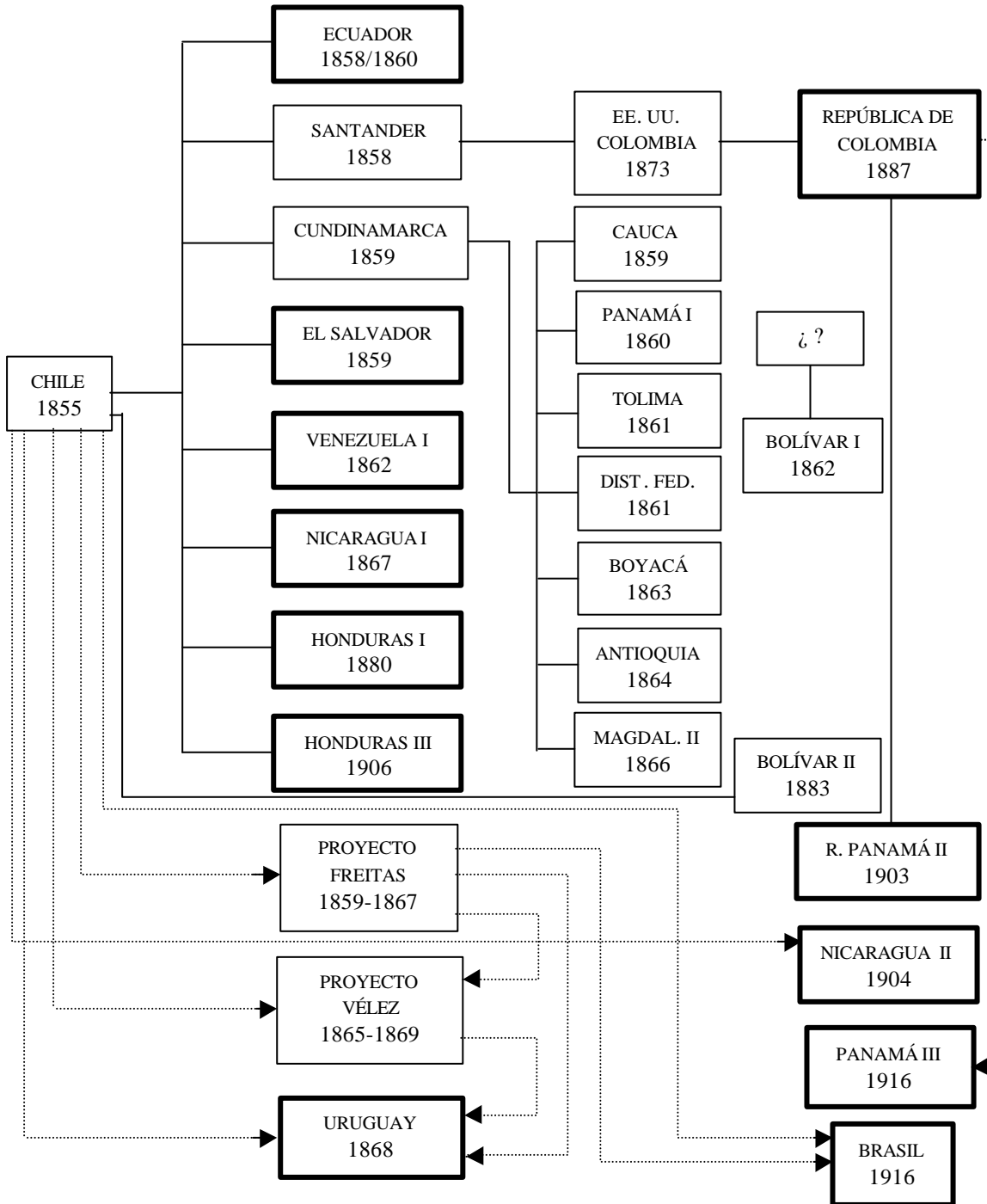
CUADRO SINÓPTICO II

CODIFICACIONES DEPENDIENTES  
DE LA PERUANA



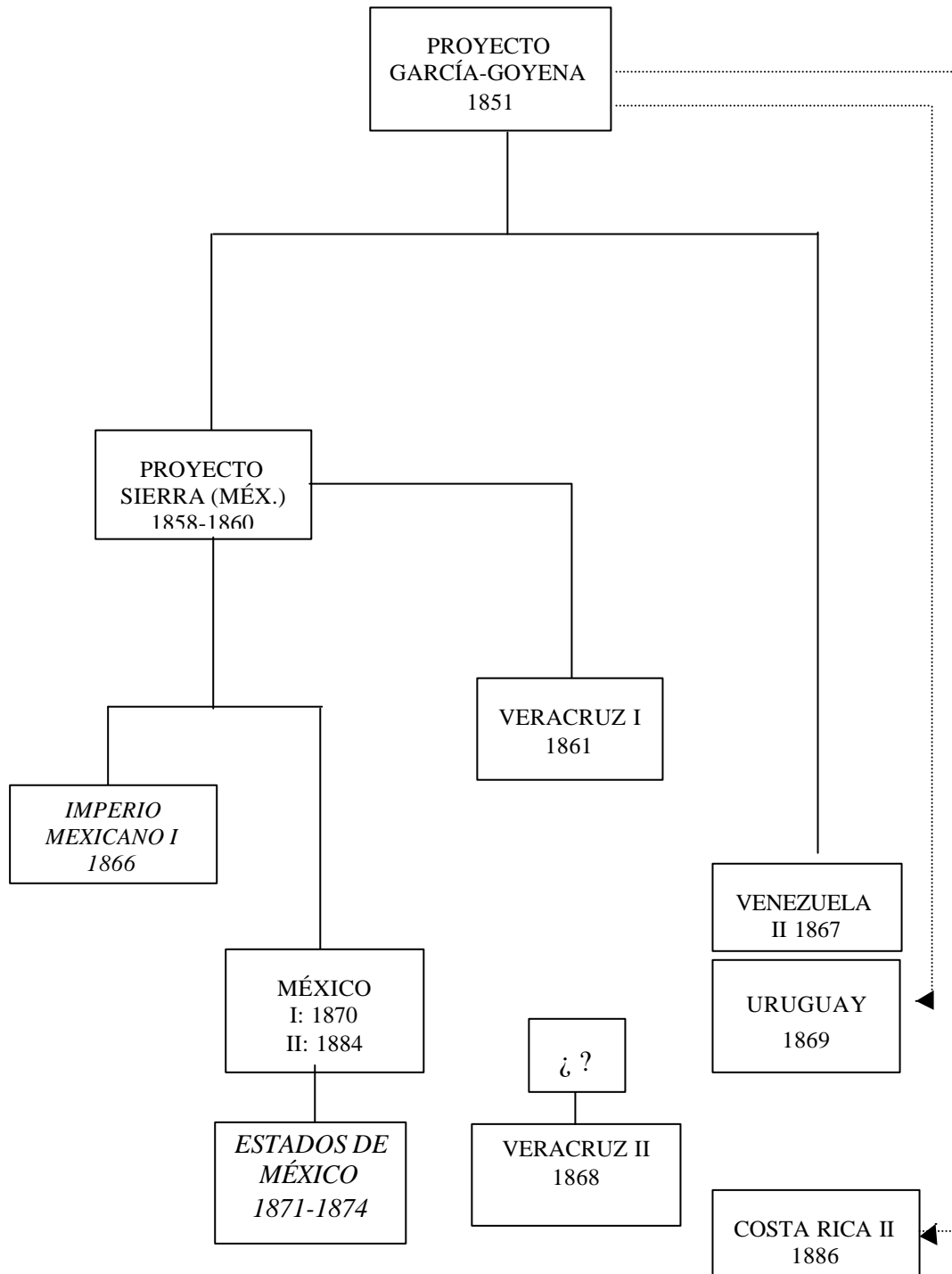
CUADRO SINÓPTICO III

CÓDIGOS DEPENDIENTES  
DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE  
O INFLUIDOS POR ÉL



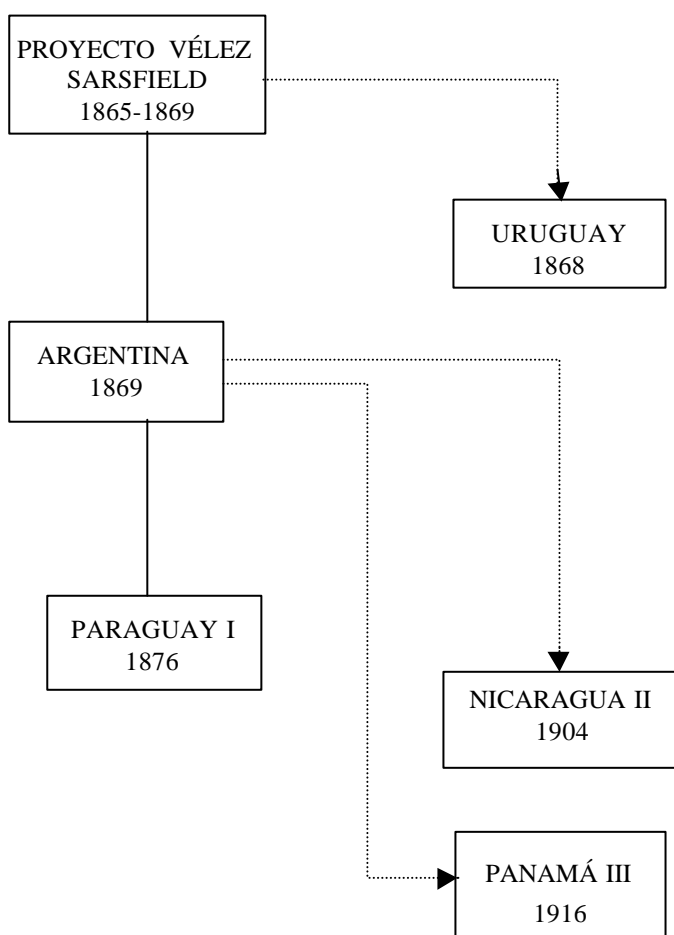
# CUADRO SINÓPTICO IV

## CÓDIGOS DEPENDIENTES DEL PROYECTO DE GARCÍA GOYENA O INFLUIDOS POR ÉL

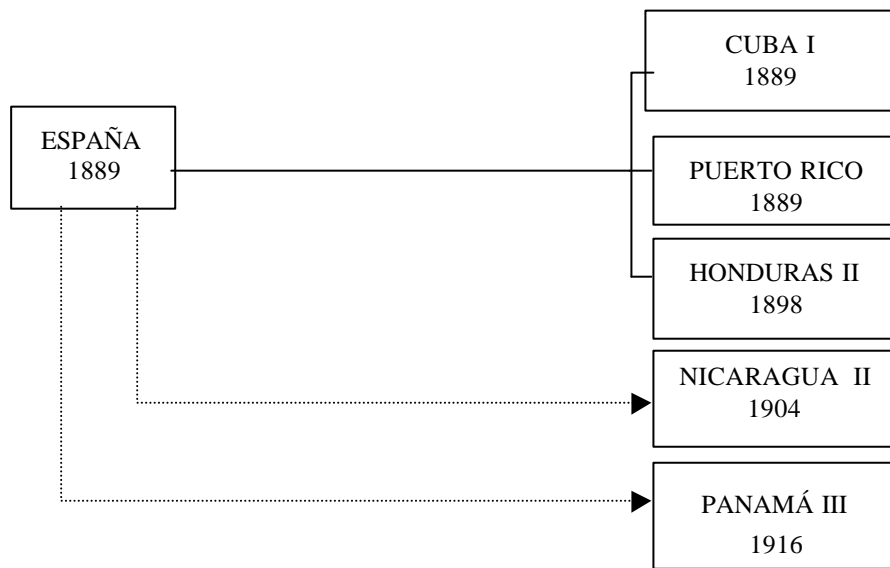


## CUADRO SINÓPTICO V

### CÓDIGOS DEPENDIENTES DE LA CODIFICACIÓN ARGENTINA O INFLUIDOS POR ELLA



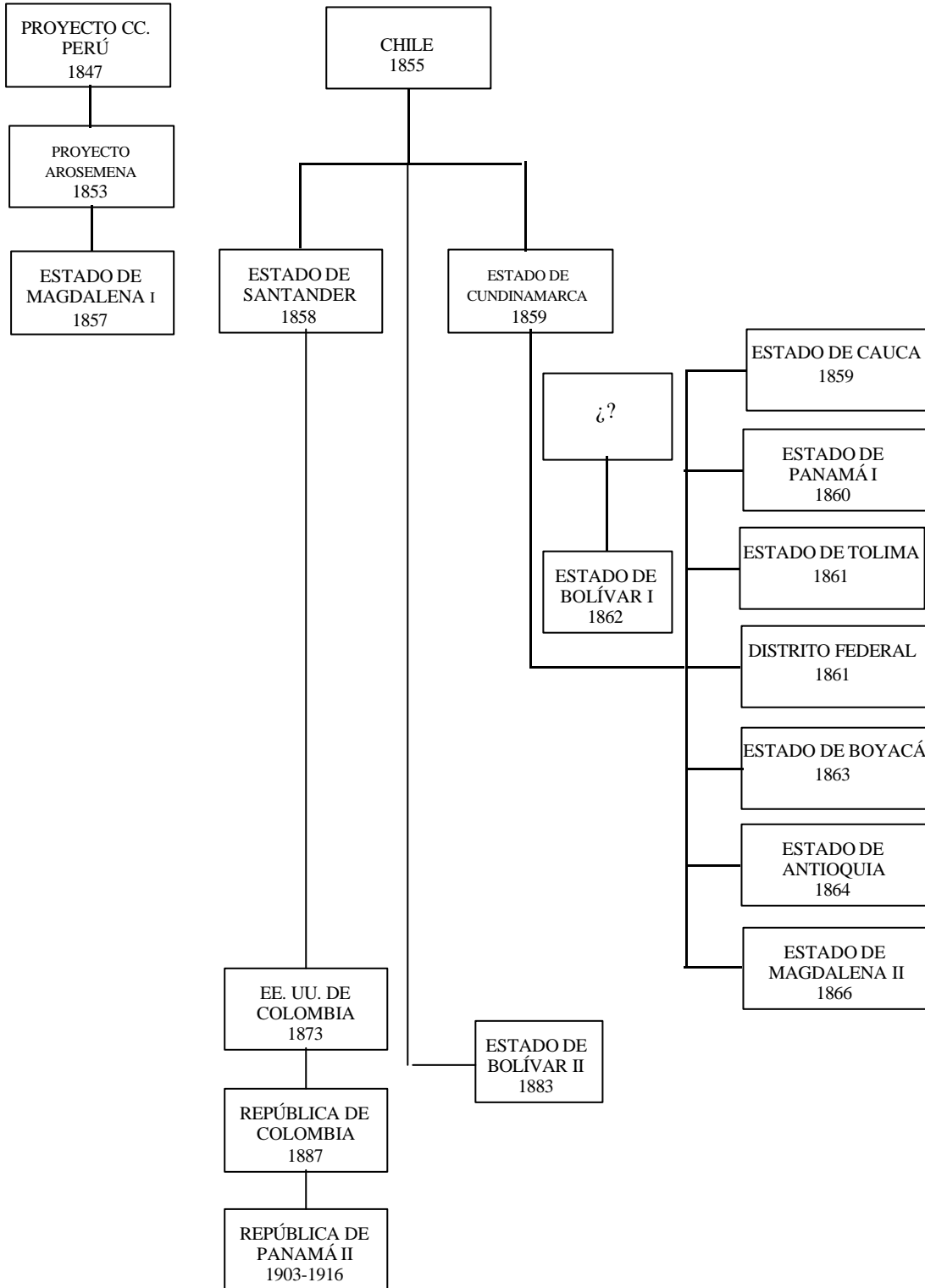
CUADRO SINÓPTICO VI  
CÓDIGOS DEPENDIENTES  
DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA O INFLUIDOS POR ÉL





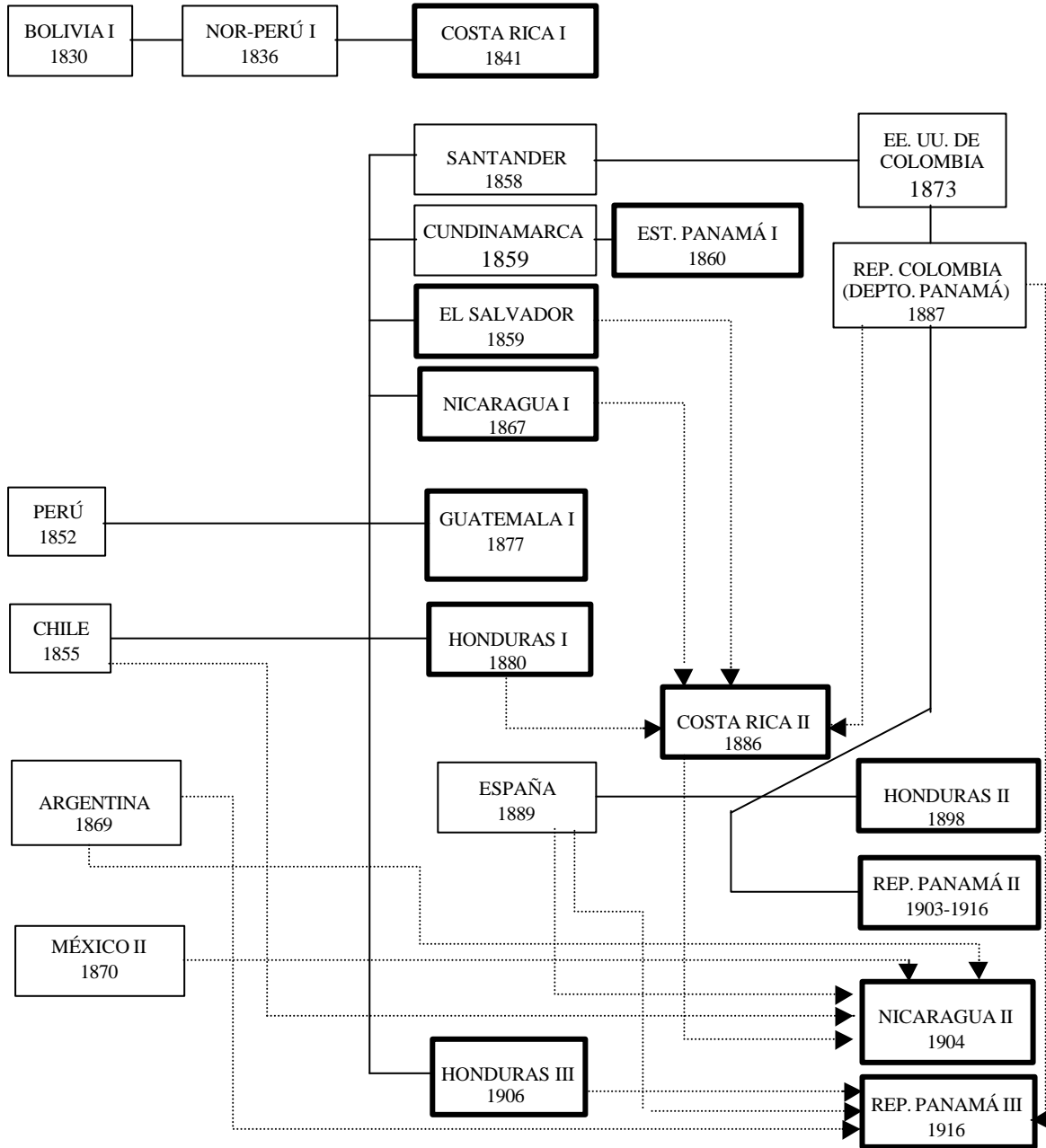
# CUADRO SINÓPTICO VII

## LA CODIFICACIÓN EN NUEVA GRANADA (COLOMBIA) Y PANAMÁ



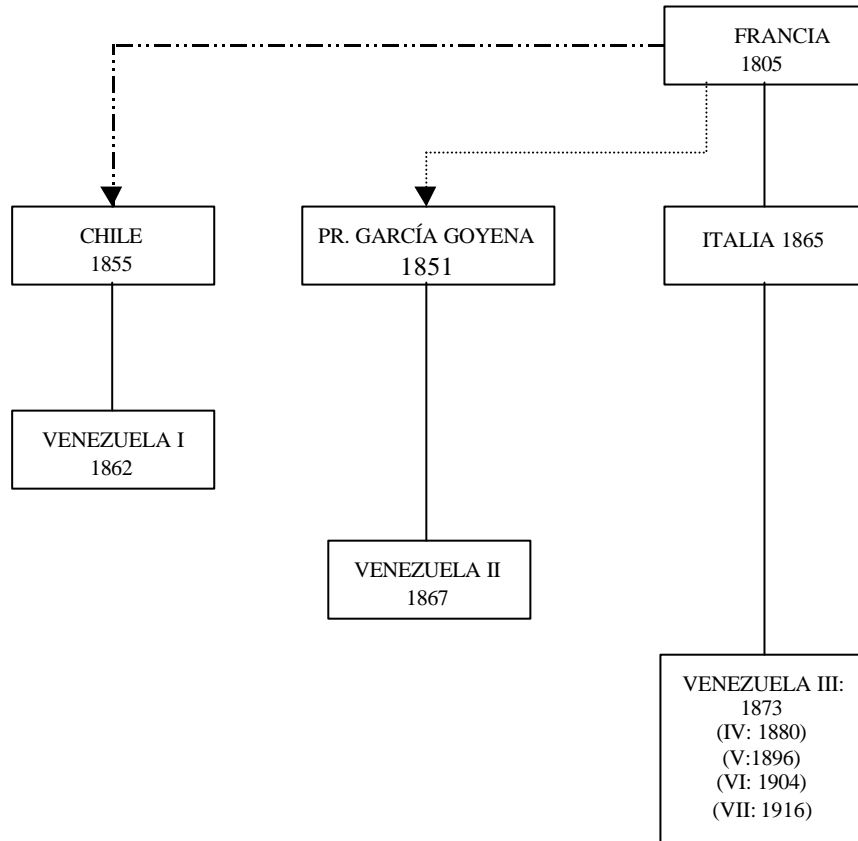
## CUADRO SINÓPTICO VIII

### LA CODIFICACIÓN EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ



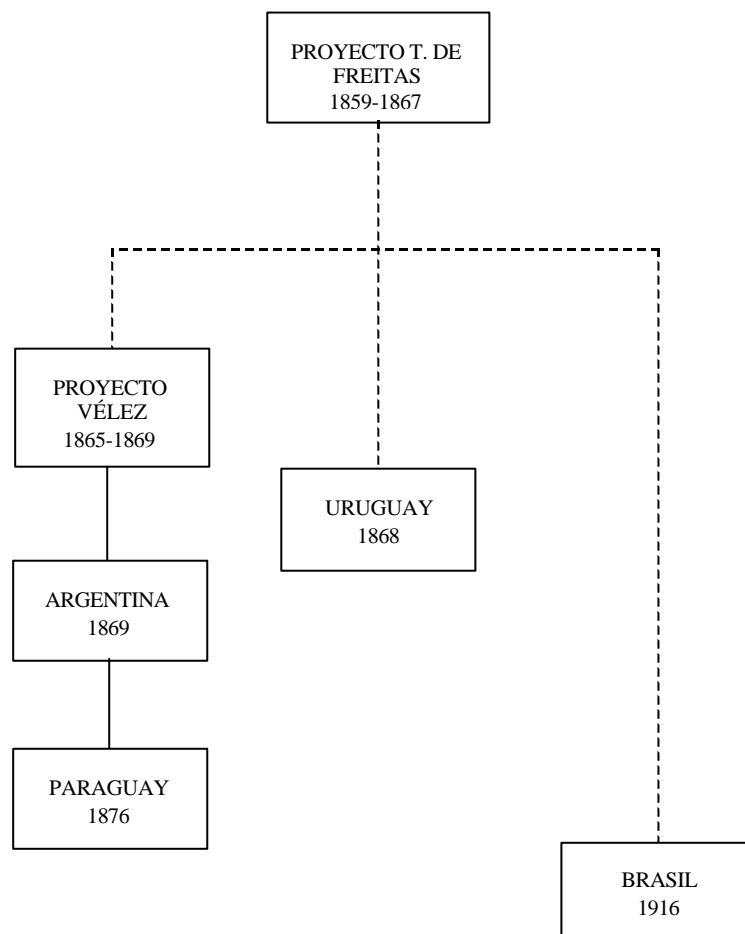
## CUADRO SINÓPTICO IX

### LA CODIFICACIÓN EN VENEZUELA



## CUADRO SINÓPTICO X

### LA INFLUENCIA DEL *ESBOÇO* DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS



# ÍNDICE

<b>TABLA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>EL CONCEPTO DE CODIFICACIÓN .....</b>	<b>6</b>
§ 1. FIJACIÓN Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO.....	7
<b>PRIMERA PARTE.....</b>	<b>11</b>
<b>LA MATERIA DE LA CODIFICACIÓN.....</b>	<b>11</b>
§ 2. EL CORPUS IURIS CIVILIS Y EL IUS COMMUNE.....	12
I. <i>El Corpus iuris civilis</i> .....	12
II. <i>El ius commune</i> .....	15
III. <i>Crisis del ius commune</i> .....	17
<b>SEGUNDA PARTE.....</b>	<b>22</b>
<b>EL MOVIMIENTO EUROPEO POR LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO .....</b>	<b>22</b>
§ 3. CRÍTICA AL CORPUS IURIS CIVILIS Y AL IUS COMMUNE.....	23
I. <i>Crítica al Corpus iuris civilis</i> .....	23
II. <i>Crítica al ius commune como derecho de juristas</i> .....	24
III. <i>Balance</i> .....	25
§ 4. LA PREHISTORIA DE LA CODIFICACIÓN, I: LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LAS CONTROVERSIAS Y LA LIMITACIÓN DE LAS CITACIONES DE JURISTAS.....	25
I. <i>La solución legislativa de controversias</i> .....	26
II. <i>Limitaciones a la citación de autores en juicio</i> .....	27
III. <i>Conclusión</i> .....	28
§ 5. LA PREHISTORIA DE LA CODIFICACIÓN, II: LA PROPOSICIÓN DE SUBSTITUIR EL CORPUS IURIS CIVILIS.....	29
I. <i>Cicerón y el ius in artem redigere</i> .....	29
II. <i>El programa humanista del ius in artem redigere</i> .....	34
§ 6. LA PREHISTORIA DE LA CODIFICACIÓN, III: LA ESCUELA MODERNA DE DERECHO NATURAL O IUSRACIONALISTA.....	37
I. <i>Los principales representantes</i> .....	37
II. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, I: La idea de derecho natural como ética legal social</i> .....	38
III. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, II: La escolástica española</i> .....	49
IV. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, III: El humanismo jurídico</i> .....	51
V. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, IV: La revolución científica</i> .....	53
VI. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, V: El liberalismo</i> .....	56
VII. <i>Los elementos formadores del moderno iusnaturalismo, VI: El derecho romano</i> .....	61
§ 7. LA CRÍTICA AL DERECHO POSITIVO.....	66
I. <i>Crítica externa e interna</i> .....	66
II. <i>La literatura crítica</i> .....	67

§ 8. LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN Y LA CODIFICACIÓN .....	71
§ 9. LAS CODIFICACIONES IUSNATURALISTAS.....	74
I. <i>El iusnaturalismo, la Ilustración y la codificación</i> .....	74
II. <i>Un código de transición: el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis</i> .....	77
III. <i>El Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten</i> .....	78
IV. <i>El Code Civil Napoléon</i> .....	81
V. <i>El Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> .....	83
§ 10. BREVES INDICACIONES SOBRE LA CODIFICACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DURANTE EL RESTO DEL SIGLO XIX .....	84
I. <i>Europa</i> .....	84
II. <i>América no española: la Luisiana</i> .....	87
§ 11. EL DESARROLLO DE LA IDEA DE FIJACIÓN Y CODIFICACIÓN EN ESPAÑA .....	91
I. <i>La idea de la fijación del derecho en España</i> .....	91
II. <i>La idea de la codificación durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX en España</i> .....	92
<b>TERCERA PARTE.....</b>	<b>97</b>
<b>EL DERECHO INDIANO.....</b>	<b>97</b>
§ 12. EL DERECHO DE LAS INDIAS ESPAÑOLAS O DERECHO INDIANO .....	98
I. <i>La unidad política y jurídica de las Indias españolas</i> .....	98
II. <i>El derecho castellano y el ius commune como derechos de las Indias</i> .....	99
III. <i>El derecho propio de las Indias</i> .....	101
IV. <i>El cuadro general de fuentes del derecho de las Indias</i> .....	103
V. <i>La enseñanza del derecho</i> .....	107
VI. <i>La literatura jurídica en Indias</i> .....	108
VII. <i>Las características externas del derecho de las Indias</i> .....	111
VIII. <i>Las características internas del derecho de las Indias</i> .....	114
<b>CUARTA PARTE.....</b>	<b>117</b>
<b>LOS DERECHOS PATRIOS IBEROAMERICANOS .....</b>	<b>117</b>
§ 13. RUPTURA POLÍTICA DE LAS INDIAS Y PERSISTENCIA DE SU UNIDAD JURÍDICA.....	118
I. <i>Pluralismo político</i> .....	118
II. <i>Persistencia de la unidad jurídica</i> .....	119
§ 14. LA LEGISLACIÓN CIVIL PATRIA DE LOS ESTADOS SUCESORES.....	120
I. <i>El sentido general de la legislación patria</i> .....	120
II. <i>Algunos temas de la nueva legislación civil patria</i> .....	121
§ 15. EL ESTADO DEL DERECHO ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN .....	122
I. <i>Los derechos patrios y el derecho indiano</i> .....	122
II. <i>Crítica al derecho vigente</i> .....	124
<b>QUINTA PARTE.....</b>	<b>130</b>
<b>LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA .....</b>	<b>130</b>
§ 16. LA ÉPOCA DE LA FORMACIÓN DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA.....	131
I. <i>La tradición sobre fijación del derecho en Indias como raíz, precedente y marco de la</i>	

<i>codificación</i> .....	131
II. <i>La época de formación de la idea de la codificación en Iberoamérica</i> .....	136
III. <i>Las fases de la codificación en Iberoamérica</i> .....	137
IV. <i>Estabilidad de los códigos</i> .....	144
§ 17. LOS FACTORES INCIDENTES EN LA FORMACIÓN DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA.....	147
I. <i>El sentimiento de la crisis del derecho</i> .....	147
II. <i>La codificación napoleónica</i> .....	151
III. <i>La literatura europea sobre codificación</i> .....	153
IV. <i>Jeremías bentham</i> .....	154
V. <i>La constitución de Cádiz</i> .....	156
VII. <i>El perfeccionamiento de la independencia política</i> .....	160
§ 18. FINES, FUENTES Y MODELOS DE LA CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA.....	164
I. <i>Los fines de la codificación</i> .....	164
II. <i>Derecho castellano-indiano y codificación</i> .....	169
III. <i>El derecho romano y las codificaciones iberoamericanas</i> .....	181
IV. <i>Circulación y concentración de modelos de codificación</i> .....	183
V. <i>El subsistema de derecho latino- o iberoamericano</i> .....	187
<b>SEXTA PARTE</b> .....	<b>188</b>
<b>LA CODIFICACIÓN CIVIL EN LOS ESTADOS DE IBEROAMÉRICA</b> .....	<b>188</b>
CAPÍTULO PRIMERO: LA CODIFICACIÓN COMO ADOPCIÓN DEL CODE CIVIL.....	189
§ 19. EL CODE CIVIL EN LA REPÚBLICA DE HAITÍ (1816/1822/1825).....	189
I. <i>El Code Civil como derecho subsidiario</i> .....	189
II. <i>El Code Civil de la République d'Haïti (1825)</i> .....	190
§ 20. EL CODE CIVIL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	191
I. <i>El Code Civil d' Haïti en el territorio de la futura República Dominicana</i> .....	191
II. <i>La adopción del Code Civil de la Restauración por la República Dominicana</i> .....	192
III. <i>Los esfuerzos por traducir y adaptar el Code Civil de la restauración</i> .....	193
IV. <i>La readopción del Code Civil con las modificaciones de Luis Felipe I y de Napoleón III y su traducción al castellano</i> .....	196
§ 21. EL CODE CIVIL EN MÉXICO: EL CÓDIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAXACA (1827-1829) Y OTRAS TENTATIVAS.....	197
I. <i>Los esfuerzos por la codificación en México hasta 1833</i> .....	197
II. <i>El Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca I (1827-1829)</i> .....	198
III. <i>Otros proyectos estatales de Código Civil</i> .....	199
CAPÍTULO SEGUNDO: LA CODIFICACIÓN COMO ADAPTACIÓN DEL CODE CIVIL.....	200
§ 22. EL CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ O BOLIVIANO I (1830).....	200
I. <i>Una codificación sin esfuerzos previos</i> .....	200
II. <i>El Código Civil Santa Cruz o Boliviano I (1830)</i> .....	204
§ 23. EL OTORGAMIENTO DEL CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ AL PERÚ I: EL CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ DEL ESTADO SUD-PERUANO I (1836) Y EL CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ DEL ESTADO NOR-PERUANO I (1836).....	205
§ 24. LA ADOPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ DEL ESTADO NOR-PERUANO EN COSTA RICA: EL CÓDIGO GENERAL DEL ESTADO EN MATERIA CIVIL (1841).....	207
I. <i>Los esfuerzos por la codificación del derecho en Costa Rica hasta 1841</i> .....	207

II. <i>El Código General del Estado ó Código General de la República de Costa Rica (1841) ...</i>	209
§ 25. EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO II (1845) .....	212
I. <i>La abrogación del Código Civil Santa Cruz, la sanción de un nuevo código y el restablecimiento del primero .....</i>	212
II. <i>El Código Civil Boliviano II (1845).....</i>	213
CAPÍTULO TERCERO: LA PRIMERA CODIFICACIÓN IBEROAMERICANA ENDÓGENA, EL	
CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ II (1852) Y SU ADOPCIÓN EN CUNDINAMARCA Y EN GUATEMALA .....	215
§ 26. EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ II (1852).....	215
I. <i>La codificación como un programa constitucional.....</i>	215
II. <i>Los esfuerzos de Simón Bolívar y Manuel Lorenzo de Vidaurre por la codificación en el Perú.....</i>	216
III. <i>El Proyecto de un Código Civil Peruano de Manuel L. de Vidaurre (1834-1836).....</i>	217
IV. <i>El Código Civil Santa Cruz I en el Perú: El Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-Peruano II (1836) y el Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano II (1836). Remisión.....</i>	219
V. <i>El proceso de la codificación culminado en 1852 .....</i>	219
VI. <i>El Código Civil del Perú II (1852) .....</i>	221
§ 27. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1847 EN EL ESTADO GRANADINO DE MAGDALENA (COLOMBIA, 1857): EL CÓDIGO CIVIL DE MAGDALENA I.....	224
§ 28. EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ II DE 1852 EN GUATEMALA: EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA I (1877) .....	225
I. <i>Formación del Código Civil.....</i>	225
II. <i>El Código Civil de la República de Guatemala I (1877).....</i>	227
CAPÍTULO CUARTO: LA MADUREZ DEL MOVIMIENTO POR LA CODIFICACIÓN: EL CÓDIGO	
CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y SU IRRADIACIÓN IBEROAMERICANA.....	229
<i>Sección primera: La codificación del derecho civil en Chile .....</i>	229
§ 29. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE .....	229
I. <i>Los esfuerzos por la codificación del derecho civil en Chile hasta 1833 .....</i>	229
II. <i>Las ideas de Bello sobre codificación entre 1834 y 1839 .....</i>	235
III. <i>Los Proyectos de Código Civil .....</i>	239
IV. <i>El Código Civil de la República de Chile (1855) .....</i>	241
<i>Sección segunda: La codificación como adopción del Código Civil de la República de Chile.....</i>	245
§ 30. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN EL ECUADOR (1858/1860).....	246
I. <i>Los esfuerzos por la codificación en la (Gran) Colombia .....</i>	246
II. <i>Los esfuerzos por la codificación en el Ecuador hasta 1855.....</i>	247
III. <i>El Proyecto de la Corte Suprema de Justicia de 1855-1856 .....</i>	250
IV. <i>La adopción del Código Civil de la República de Chile .....</i>	251
§ 31. EL CÓDIGO CIVIL LA REPÚBLICA DE CHILE EN COLOMBIA (DESDE 1858).....	253
I. <i>La ausencia de un movimiento codificador en Nueva Granada (Colombia) hasta 1853.....</i>	253
II. <i>El Proyecto de Código Civil de Justo Arosemena (1853) y el Código Civil de Magdalena I (1857) .....</i>	257
III. <i>La adopción del código de Bello en los diferentes estados de la Confederación Granadina.....</i>	261
IV. <i>La adopción del Código Civil de la República de Chile en los territorios nacionales en 1873 y en toda la República en 1887.....</i>	266
§ 32. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN EL SALVADOR (1859) .....	267



I. Los esfuerzos por la codificación en El Salvador.....	267
II. El Código Civil de la República de El Salvador (1860).....	268
§ 33. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN VENEZUELA: EL CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA I (1862).....	269
I. Los esfuerzos por la codificación del derecho civil en Venezuela hasta 1853.....	269
II. El Proyecto de Código Civil de Julián Viso (1853).....	273
III. El Código Civil de Venezuela I (1862).....	275
§ 34. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN NICARAGUA: EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA I (1867).....	277
§ 35. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN HONDURAS: EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS I (1880) Y III (1906).....	278
I. El Código Civil de la República de Honduras I (1880).....	278
II. El Código Civil de la República de Honduras III (1906).....	279
§ 36. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE EN PANAMÁ (1860-1903).....	281
I. El Código Civil de la República de Chile en Panamá como parte de Colombia.....	281
II. El Código Civil de la República de Chile en Panamá como República soberana.....	281
CAPÍTULO QUINTO: LA CODIFICACIÓN BAJO LA INFLUENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE FLORENCIO GARCÍA GOYENA (1851).....	283
§ 37. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE FLORENCIO GARCÍA GOYENA.....	283
§ 38. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE F. GARCÍA GOYENA EN VENEZUELA: EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA II (1867).....	284
§ 39. LA INFLUENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE F. GARCÍA GOYENA EN MÉXICO: EL CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO I (1869) Y EL CÓDIGO DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA II (1870).....	285
I. Los esfuerzos por la codificación en México desde 1833 hasta 1861.....	285
II. El Proyecto de Código Civil de Justo Sierra.....	287
III. El Código Civil del Imperio Mexicano I.....	289
III. El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California II (1870).....	290
IV. La revisión del Código Civil en 1884. El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California III.....	292
CAPÍTULO SEXTO: LA CODIFICACION BAJO MÚLTIPLES INFLUENCIAS.....	293
Sección primera: El Código Civil de la República Argentina (1869) y su adopción en el Paraguay (1876).....	293
§ 40. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1869).....	293
I. Los esfuerzos por la codificación en la Argentina hasta 1863.....	293
II. El Código Civil de la República Argentina (1869).....	296
§ 41. LA ADOPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN EL PARAGUAY: EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY I (1876).....	301
II. El avizoramiento de un código propio y la adopción de uno extranjero.....	302
Sección segunda: Otras codificaciones bajo múltiples influencias.....	304
§ 42. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (1869).....	304
I. La formación del Uruguay y las primeras iniciativas codificadoras.....	304
II. El Proyecto de Código Civil de Eduardo Acevedo (1852).....	305
III. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay (1868).....	307
§ 43. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA II (1886).....	310
I. La formación de un nuevo código.....	310

II. <i>El Código Civil de la República de Costa Rica II (1886)</i> .....	311
§ 44. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA II (1904).....	312
CAPÍTULO SÉPTIMO: UNA INFLUENCIA INUSUAL: EL CODICE CIVILE DEL REGNO D' ITALIA (1865) EN LA CODIFICACIÓN DE VENEZUELA .....	314
§ 45. EL CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA III (1873) Y SUS REFORMAS DE 1880, 1896, 1904 Y 1916.....	314
I. <i>La formación de un nuevo código</i> .....	314
II. <i>El Código Civil de Venezuela III (1873) y el modelo seguido por él</i> .....	316
CAPITULO OCTAVO: LA CODIFICACIÓN COMO TRASLACION O ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA .....	318
§ 46. EL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA.....	318
<i>Seccion primera: La traslacion del Código Civil de España a Puerto Rico y a Cuba</i> .....	320
§ 47. EL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA EN PUERTO RICO (1889).....	320
§ 48. EL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA EN CUBA (I).....	322
<i>Sección segunda: La adaptacion del Código Civil de España</i> .....	324
§ 49. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS II (1898).....	324
I. <i>La formación del nuevo código</i> .....	324
II. <i>El Código Civil de la República de Honduras II (1898)</i> .....	325
§ 50. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ III (1916).....	326
I. <i>Los esfuerzos por la codificación en el Panamá independiente hasta 1913</i> .....	326
II. <i>El Código Civil de la República de Panamá de 1916</i> .....	327
CAPITULO NOVENO: LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EL BRASIL .....	330
§ 51. LOS ESFUERZOS POR LA CODIFICACIÓN DURANTE EL IMPERIO Y LA REPÚBLICA.....	330
I. <i>El Brasil y su derecho hasta la Independencia</i> .....	330
II. <i>La Consolidação das leis civis de Augusto Teixeira de Freitas</i> .....	331
III. <i>El Esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas</i> .....	334
IV. <i>Los esfuerzos por la codificacion posteriores a Teixeira de Freitas hasta 1896</i> .....	336
§ 52. EL CÓDIGO CIVIL DEL BRASIL DE 1916.....	338
I. <i>El proyecto de 1899</i> .....	338
II. <i>El Código Civil del Brasil</i> .....	339
<b>APÉNDICE.....</b>	<b>341</b>
<b>BREVE NOTICIA SOBRE LA CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA DESDE 1916.....</b>	<b>341</b>
§ 53. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA (VIII: 1922, IX: 1942, X: 1982) .....	342
§ 54. EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL IV(1928) . .....	343
§ 55. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA II (1933).....	344
§ 56. EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ III (1936).....	345
§ 57. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA III (1963).....	347
§ 58. EL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO III (1975).....	348
§ 59. EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ IV (1984) .....	350
§ 60. EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY II (1985).....	351
§ 61. EL CÓDIGO CIVIL DE CUBA II (1987) .....	352
<b>ANEXOS .....</b>	<b>354</b>

<b>ANEXO I.....</b>	<b>355</b>
<b>CÓDIGOS CIVILES PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA HASTA 1916.....</b>	<b>355</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>362</b>
<b>CÓDIGOS CIVILES PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA DESDE 1916.....</b>	<b>362</b>
<b>ANEXO III.....</b>	<b>363</b>
<b>PROYECTOS DE CÓDIGOS CIVILES FORMULADOS EN IBEROAMÉRICA</b>	
<b>HASTA 1916 .....</b>	<b>363</b>
<b>ANEXO IV .....</b>	<b>366</b>
<b>PROYECTOS DE CÓDIGOS FORMULADOS HASTA 1916 Y CÓDIGOS</b>	
<b>PROMULGADOS EN IBEROAMÉRICA HASTA NUESTROS DÍAS</b>	
<b>(ANEXOS I+II+III).....</b>	<b>366</b>
<b>ANEXO V.....</b>	<b>376</b>
<b>CÓDIGOS ACTUALMENTE VIGENTES EN IBEROAMÉRICA .....</b>	<b>376</b>
<b>CUADROS SINÓPTICOS .....</b>	<b>378</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>389</b>