

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

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

“Igual cosa sucede con la potestad marital. Los jurisconsultos romanos definen el matrimonio como una comunidad de toda la vida; pero la realidad estaba lejos de justificar tan hermosa definicion. La idea del poder destruye la personalidad de la mujer; y ¿cómo podria haber vida comun donde la mujer desaparece ante la soberanía absoluta del jefe? En cuanto al derecho que rige al patrimonio de los esposos, parece tener por objeto separarlos en vez de unirlos; lo que la mujer lleva de dote es lo que tiene de su exclusiva propiedad; allí no hay intereses comunes. La mujer germana tambien está bajo la potestad del marido; pero no hay ninguna relacion entre esta potestad y la del derecho romano: es una tutela establecida en interés del protegido. Teniendo un tutor que la ampare y represente, la mujer conserva su personalidad. Tan es cierto que el poder del marido no es más que un poder de proteccion, que puede privársele de ése poder cuando abusa de él. La potestad marital no impide que haya vida comun entre los esposos; la mujer que es la compañera del marido, participa con éste del derecho de educacion; en consecüencia, tiene

una parte en la potestad paterna. La madre superviviente tiene la tutela de sus hijos. La comunidad de vida se extiende á los bienes: los germanos comprendian instintivamente que la vida comun seria una frase hueca si no entrañara tambien los intereses. Nuestras costumbres, á las que se tacha de bárbaras, son más equitativas para la mujer que el legislador moderno. “Ningun hombre es heredero tan directo como la mujer casada.” Es una ley feudal la que pronuncia tan halagadoras palabras, grito del corazon y expresion de la justicia. “¡Nuestro código coloca á la mujer despues de los colaterales del grado duodécimo!”

No seguiremos esta comparacion de las leyes romanas y de las costumbres en la parte del derecho que concierne á los bienes, porque seria entrar en prolijos detalles; ocuparán su lugar en el trascurso de esta obra. Probaremos frecuentemente que el legislador moderno da la preferencia á la equidad sobre el rigor del derecho. ¿De dónde nos viene este espíritu de equidad? Es el sentimiento dominante de las razas germánicas. De todo esto resulta que, como ciencia, el derecho moderno es ménos perfecto que el de Roma; pero, como legislacion es superior. La vida no se conduce por la lógica, y el derecho es la expresion de la vida. Nuestro código es mejor solo por esto, porque se inspira más en el sentimiento germánico que en el derecho estricto de Roma. Los antiguos jurisconsultos daban al derecho romano el pomposo nombre de *razon escrita*; pero sin embargo de que lo ensalzaban se apartaban de él, porque chocaba con la equidad natural. Adviértese esto á cada página de Pothier. Tal es tambien el espíritu del código civil; y este carácter es el que lo hace superior á la legislacion romana.

§ 3. El código civil y el derecho anterior.

★25. La ley de 30 ventoso, año XII, previene en el artículo 7°: “Luego que sea ejecutorio el código civil, dejarán de tener fuerza de ley general ó particular las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales ó locales, los estatutos y los reglamentos, en las ma-

terias que son el objeto de las referidas leyes y forman el presente código." Es preciso no confundir esta derogacion con la fórmula comun con que terminan nuestras leyes, y que tambien se encuentra al final de nuestra constitucion, artículo 138: "Luego que la constitucion sea ejecutoria, quedan derogadas todas las leyes, decretos, acuerdos, reglamentos y demás actos que sean contrarios á ella." Semblante derogacion no es otra cosa que el principio de la derogacion tácita: cuando una nueva ley es contraria á otra antigua, ésta se encuentra derogada naturalmente; porque entre dos manifestaciones de la voluntad soberana que son incompatibles, la última es la que debe subsistir. En virtud de este principio, no hay más derogacion que la de las disposiciones de la ley antigua que no pueden conciliarse con la nueva; en cuanto á aquellas que son conciliables con las nuevas disposiciones, conservan su fuerza obligatoria. Si se hubiera aplicado el principio de la derogacion tácita al derecho antiguo, en sus relaciones con el código de Napoleon, se habria conservado todo el derecho anterior en todo aquello que no fuera contrario al derecho nuevo. La ley de Ventoso fué mucho más léjos. Bastaba que una materia fuese objeto del código civil para que quedara derogado todo el derecho antiguo concerniente á esa materia, lo cual equivalia casi á la derogacion total del derecho anterior á 89. En efecto, todas las materias de derecho privado están tratadas en el código de Napoleon; no le encontramos más que un vacío: en él no se habla de los derechos de enfitéusis y de superficie. El derecho antiguo quedaba, pues, en vigor en ambas materias. En el reino de los Países Bajos se ha llenado ese vacío con una ley especial.

†26. Antes de examinar la fuerza de la ley de ventoso, necesitamos ver por qué razon el legislador francés ha admitido un principio especial para la derogacion del derecho antiguo. En el consejo de Estado el cónsul Cambacérès hizo una objeccion contra lo dispuesto en el artículo 7°. El código civil no contiene la solucion de todas las cuestiones que pueden presentarse. Sentado esto, se necesita dejar á los tribunales el derecho de apoyar sus decisiones en las leyes romanas y en las costumbres. Esta crítica tendia á dejar á las leyes antiguas su autoridad en cuanto á las cuestiones que no se encontrarán decididas en el nuevo código. Esto era, en otros términos, volver

al principio general de la derogacion tácita. Bigot-Prémeneu sostuvo que faltaba un principio especial. ¿Cuál fué el objeto de la codificacion? ¿cuál fué el deseo de las asambleas nacionales, cuando pidieron la redaccion de un código de leyes uniformes para todo el territorio francés? Era poner fin á la diversidad que reinaba en el derecho antiguo. Pues bien, ¿qué sucederia si se mantuvieran las leyes romanas en tanto que no fuesen contrarias al código? Sucederia que en las comarcas de derecho escrito continuaria observándose el derecho romano, como derecho obligatorio, aun en las materias ordenadas en el código. De igual manera, en los lugares de derecho consuetudinario, se continuaria sujeto á las antiguas costumbres, en tanto que no fuesen contrarias á una disposicion del código; de todo lo cual resultaria que no se lograria el objeto de la codificacion. Veriase á la córte de casacion anular sentencias dadas en las provincias de derecho escrito, con violacion de una ley romana, mientras que se sostendrian las mismas sentencias dadas en territorio de derecho consuetudinario. El código civil no habria hecho, en definitiva, más que aumentar la incertidumbre del derecho, en vez de ponerle un término. Precisaba, pues, derogar el derecho antiguo de un modo absoluto. Eso no impedirá, dice Bigot-Prémeneu, que el derecho romano conserve la autoridad de razon escrita: "limitado de esa manera, será más útil, porque podrán emplearse las máximas de equidad que contiene, sin la obligacion de servirse de las sutilezas y errores que á veces en él se encuentran." Cambacérès no insiste más: bastaria, dice, que los jueces tuvieran la facultad de tomar por guía las leyes antiguas (1).

✕27. El artículo 7° de la ley de ventoso presentaba una dificultad. ¿Qué sentido debe darse á estas palabras: *que son objeto de las leyes que forman el presente código?* Es verdad que cuando está arreglada una materia de un modo completo por el código de Napoleon, queda derogado todo el derecho antiguo sin que se deba entrar en la consideracion de si ese derecho es ó no compatible con el moderno. Así lo ha juzgado la córte de Colmar (2), y eso no deja la menor duda. Pero ¿es preciso que el código contenga un sistema completo sobre una materia para que

1 Loaré, *Legislacion civil*. Prolegómenos, cap. VI (tomo 1.º págs. 61, 64 y 65).
2 Auto de 7 de Junio de 1803 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*.)

sea derogado el derecho antiguo? Así se pretende (1). Esto está en oposicion con el texto de la ley de ventoso y con la discusion que acabamos de referir. Basta que esté tratada una materia en el código, aunque sea de una manera incompleta, para que se deba decir que se hace *objeto* del código, y consiguientemente se considerará derogado el derecho antiguo. No tenemos más que un artículo sobre la accion pauliana (1167). Esto no impide que no esté derogado el derecho romano; con el bien entendido, como se dijo en el consejo de Estado, que el derecho romano servirá para interpretar los principios que han sido sacados de las leyes romanas.

Objétase que la ley de ventoso, así interpretada, traería la derogacion de leyes que son de absoluta necesidad. Tal es la legislacion relativa al derecho de hacer prender á una persona. El código contiene un título entero sobre esta materia; sin embargo, nadie ha pretendido jamás que se derogue la ley de 15 germinal, año VI. No, el código no deroga esta ley, pero es por una razon muy distinta de la que se alega. La ley de ventoso no deroga las leyes llamadas intermediarias, aquellas que fueron dadas del año 89 en adelante; esa ley enumera las partes del derecho antiguo que están derogadas, y son las *leyes romanas*, las *ordenanzas*, las *costumbres* generales ó locales, los *estatutos* y los *reglamentos*. Nada dice de las leyes nuevas; y en esto hay una razon excelente. El legislador del año XII quería poner fin á la diversidad del derecho antiguo, y por lo mismo tenia que circunscribirse á derogar el derecho anterior á 89. En cuanto á las leyes intermediarias, que forman un derecho general, no era necesario derogarlas en conjunto; bastarian los principios ordinarios sobre la derogacion. Síguese de aquí que estas leyes no están derogadas sino en lo que se oponen á una disposicion del código. La córte de Bruselas ha obrado cuerdamente al decidir que las leyes intermediarias deben servir para determinar el sentido del artículo 900 del código Napoleon en cuanto á las cláusulas que conciernen á la libertad de los matrimonios (2).

* 28. El derecho romano está derogado. ¿Quiere decir esto que sea inútil el estudio del derecho romano? Si se considerara exclusivamente bajo el punto de vista de la utilidad práctica, habria que contestar

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 550.

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

que ya no es necesario el estudio de ese derecho: tenemos un código y tenemos autores y la jurisprudencia que lo interpretan. Esto basta para las necesidades de la vida real. Pero racionando así en todo, ¿qué sucedería con la ciencia, qué con el desarrollo intelectual? Si hoy se pregunta: ¿para qué sirve el griego? pronto se preguntará: ¿para qué sirve el latin? y será lógico agregar: ¿de qué sirve el estudio de la antigüedad, de qué cualquiera otro estudio que no proporciona ninguna ventaja inmediata? Olvidan los utilitarios que el objeto de la ciencia y el estudio no es adquirir ciertos conocimientos necesarios ó útiles para el ejercicio de una profesion ó de una funcion pública, sino que tiene objeto más elevado, y es el desarrollo intelectual, condicion y fundamento del desarrollo moral. El estudio, cualquiera que sea su objeto, no es más que un medio para llegar á ese fin. Así, pues, todo estudio es útil, y el más útil es el que mejor desarrolla las fuerzas de la inteligencia. Desde este punto de vista no hay estudio más necesario para el jurisconsulto que el derecho romano. Las mismas faltas que se le achacan hacen de él un instrumento admirable para la educacion jurídica. Dícese que es un derecho que todo lo sacrifica á la lógica, y lamentanse sus sutilezas; cuando precisamente este rigor en el razonamiento es el que constituye el sentido jurídico, y en este rigor es en el que deben formarse las inteligencias nacientes. En cuanto á lo que se llaman sutilezas del derecho romano, no son otra cosa que consecuencias rigurosas que manan de los principios. Despues de todo, las obras de los jurisconsultos romanos son las obras maestras del derecho, así como los escritos de Platon y de Demóstenes serán siempre las obras maestras de la filosofia y del arte de la oratoria. ¿Y quién se atreveria á blasfemar diciendo que las obras maestras del entendimiento humano son inútiles porque no se cotizan en la Bolsa? En apoyo de lo que acabamos de decir citaremos estas sensatas palabras de Portalis: "Acaba de darse á Francia una legislacion civil; pero no por eso vaya á creerse que pueda ser abandonado como inútil todo lo que no contiene esa legislacion. . . . Los filósofos de Roma son aún los legisladores del género humano. . . . Roma, que sometió á la Europa por medio de las armas, la civilizó con sus leyes (1)."

1 Portalis. Discurso pronunciado en la Academia de legislacion (*Moniteur* de 1º febrero, año XII.)

29. Las relaciones del Código de Napoleon con el derecho anterior dan tambien lugar á una cuestion de la más alta gravedad. Conócense los cargos exagerados é injustos que Savigny, el ilustre profesor de Berlin, dirige á la obra del legislador francés. No entraremos en ese debate, que ya está terminado. Los hechos han quitado toda razon al jefe de la escuela histórica. A pesar de aquellos rudos ataques continuó el trabajo de codificacion; aun en una parte de Alemania se mantuvieron los códigos franceses, y Bélgica los conservó con satisfaccion. Hay, no obstante, una crítica de Savigny que vale la pena de analizarse. Los códigos, dice, fijando el derecho en el estado en que se encuentra éste, cuando se le codifica, lo inmovilizan privándolo así de las mejoras sucesivas que naturalmente traen consigo los progresos de la ciencia. (1) Si fuera cierto que los códigos detuviesen el progreso del derecho, se necesitaria apresurarse á renunciar á ellos; pero no es así: el progreso se realiza siempre; nada más que no es como ántes, por el trabajo de los jurisconsultos, sino por las asambleas legislativas. En Bélgica y en Francia se revisan los códigos y se les hacen las modificaciones que aconsejan la ciencia ó la práctica. Aquí tocamos la cuestion grave que suscita la codificacion. Lo que sí es cierto es que cambia completamente la posicion de los jurisconsultos. Importa tenerlo en cuenta porque de ello resulta una consecuencia importantísima para la interpretacion del código civil.

En Roma, sirviéndonos de las expresiones de Savigny, los jurisconsultos eran los órganos del derecho popular. (2) El derecho se formaba y se desarrollaba en la conciencia nacional; pero no era el legislador quien interpretaba y formulaba este trabajo recóndito, sino los jurisconsultos. Por eso mismo participaban en la creacion del derecho. No se limitaba el encargo de ellos á explicar y á hacer la aplicacion en los casos nuevos que se presentaban, sino que hacian innovaciones y creaban. Como habia muy pocas leyes, los jurisconsultos no estaban encadenados con los textos, gozando, por lo mismo, de una libertad casi ilimitada. Y es tan cierto esto, que no se creian ligados por los principios que ellos mismos enseñaban. Savigny cita á este respecto un ejemplo notable. Era una máxima generalmente aceptada la de que en

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

2 Savigny. *Tratado de derecho romano*, tomo I, pág. 81 y siguientes.

las materias excepcionales no se podia argumentar por vía de analogía; todavía hoy decimos que las excepciones son de estricta, de rigurosa interpretacion, y que no se puede extender de un caso á otro, aun cuando haya identidad de causas. Esto no impide á los jurisconsultos romanos extender las excepciones á lo que ellos llamaban *derecho singular*. Y es que en cierto modo eran ellos legisladores, y bajo este título podian crear excepciones. (1)

Bajo el antiguo régimen los jurisconsultos franceses tenian tambien principios muy libres. En los lugares de derecho escrito, el derecho romano era un derecho tradicional más bien que un derecho legislativo. En los lugares de derecho no escrito no habia generalmente más que una autoridad de justicia, autoridad que podia discutir la razon y, en caso necesario, apartarse de ella. Esto es lo que Pothier hace con frecuencia en nombre de la equidad. Nuestros antiguos legistas modificaban, pues, el derecho tradicional, ó lo que es lo mismo, ayudaban á desarrollar el derecho creándolo. Muy diferente es la posicion de los intérpretes modernos. Estos tienen delante de sí un código que liga á todos los ciudadanos, que liga hasta el poder judicial: el magistrado y el abogado están encadenados con los textos. ¿Pueden aún, en nombre de la equidad, corregir una ley que les parezca demasiado rigurosa? No, ciertamente. ¿Pueden, por vía de razonamiento, introducir excepciones? Tampoco, porque procediendo así, se convertirian en legisladores, lo cual no debe ser, pues una vez dada la ley, sólo el legislador, que es quien crea el derecho, puede modificarla.

La mision de los intérpretes, bajo nuestros códigos, es, en consecuencia, más modesta de lo que era ántes; y sin embargo no siempre se dan cuenta de esta profunda revolucion. Cuando ven á los jurisconsultos romanos manejar libremente los principios sin más guía, sin otro lazo que la razon ó la conciencia general, se ven impulsados á seguir su ejemplo; quieren todavía más, hacer lo que hacia Pothier. Este es un escollo contra el cual debemos ponernos á cubierto. Nosotros no tenemos el derecho de innovar; no nos es permitido corregir ni perfeccionar nuestros códigos. ¿Quiere decir que ha disminuido nuestra posicion? ¿es decir que el derecho codificado está reducido á la inmovilidad? No, el intérprete puede y debe señalar los vacíos, las imper-

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

fecciones, las faltas de la legislación que está llamado á explicar, y esos trabajos preparan el progreso que el legislador tiene la mision de llevar á cabo.

§ 4. Bibliografía.

I. DERECHO ANTIGUO.

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

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

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

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

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

Inútil es citar á Pothier y Domat; todos conocen estos nombres. Haremos solamente una observacion de importancia para la interpretacion del código civil. Los que contribuyeron á su redaccion, tenían conocimiento del derecho romano, no en sus fuentes, ni en los grandes intérpretes del siglo XVI, Cujacio y Doneau, sino exclusivamente en los escritos de Pothier y de Domat. Por lo mismo, para la interpretacion del código es ménos importante conocer la verdadera doctrina de los jurisconsultos romanos, que saber cómo la han entendido Domat y Pothier.

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

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

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

LOYSEL. *Institutas consuetudinarias*, con notas de LAURIERE, 1783, 2 vol. en 12vo. Nueva edicion de DUPIN y de LABOULAYE, París 1846, 2 vol. en 12vo.

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

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

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

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

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