

de su padre, á oponerse á que la mujer, después de haber obtenido la separación corporal, retire el total de una liberalidad encubierta que le ha sido hecha por su padre bajo el título de constitución dotal. (1)

Nosotros hemos enseñado lo contrario en un caso semejante. Los acreedores condicionales son los únicos que pueden intentar medidas de conservación mientras que la condición está en suspenso (art. 1,180); y como el derecho de los reservatarios, mayor que el de los herederos en general, no es un derecho condicional, sino una simple esperanza, ésta nunca es un derecho, ni siquiera eventual. (2)

1 Grenoble, 2 de Julio de 1831 (Dalloz, núm. 910).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 629, nota 37. En sentido contrario, Merlin y Troplong.

## TITULO IV.

### DE LOS CONTRATOS Ú OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN GENERAL. (1)

#### CAPITULO I.

##### DISPOSICIONES PRELIMINARES.

##### § I.—FUENTES DEL TÍTULO DE OBLIGACIONES.

417. Bigot-Préameneu comienza la Exposición de Motivos de nuestro título, por un magnífico elogio del derecho romano. Después de haber hecho notar que las obligaciones convencionales se repiten diariamente y se renuevan á cada instante, añade: "Pero es tal el orden admirable de la Providencia, que no es necesario para arreglar todas las relaciones, más que conformarse á los principios que existen en la inteligencia y en el corazón de todos los hombres. Esto es conforme á la equidad y conforme á la conciencia de los romanos, que dejaron un cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación." ¿Nos atreveremos á de-

1 Larombière *Teoría y Práctica de las Obligaciones*, 5 vol. en 8º, París, 1857 y Bruselas, 3 vol. gr. en 8º, 1863.

cirlo? El orador oficial prodiga sus elogios á un derecho que parece conocer poco. Las compilaciones de Justiniano no son una obra legislativa, pues lo que Bigot-Préameneu denomina legislación se compone en realidad de fragmentos mutilados tomados de los escritos de los jurisconsultos romanos, algunos de los cuales brillan en primer término en nuestra ciencia, aunque lo que los distingue es más bien el espíritu de equidad que el rigor de sus deducciones; por lo cual Leibnitz los compara á los matemáticos, pues sostienen los principios como fórmulas algebraicas: hé aquí por qué el derecho romano es un excelente instrumento de educación jurídica. Nuestra ciencia es una ciencia de razonamientos y conviene desarrollarla entre los que estudian el espíritu lógico que deduce con rigor las consecuencias que emanan de los principios. Pero la vida real no procede de la lógica sino que es una sucesión de transacciones que tienen por objeto conciliar intereses opuestos, y lo que debe dominar en esta obra de conciliación, es, ante todo, la equidad, que Bigot-Préameneu coloca en primera línea como fuente de las obligaciones. (1)

418. A entender al orador oficial, el espíritu de equidad de la legislación romana le habría merecido el buen nombre de razón escrita que le han dado todas las naciones civilizadas. Quien dice razón escrita dice perfeccionamiento, y así, Bigot-Préameneu cree que sería difícil esperar que pudiesen hacerse mayores progresos en esta parte de la ciencia legislativa. Los autores del Código no han hecho más que formular, según ellos, los principios que han tomado del derecho romano. Si este derecho deja de tener en Francia la autoridad de la ley, conservará el dominio que da la razón sobre todos los pueblos. En el Di-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 1 (Loché, t. 6°, pág. 147).

gesto, pues, convendrá buscar la aplicación de los principios que el Código Civil ha tomado. No se debe, dice la Exposición de Motivos, condenar las disposiciones del Código relativas á los contratos, más que como reglas elementarias á la equidad, cuyas ramificaciones se encuentran todas en las leyes romanas. "Esto es en lo que consisten los progresos de la ciencia de lo justo y de lo injusto, y esto es en lo que deben instruirse los que quieren hacer algunos progresos y todos los que estén encargados de la ejecución de leyes consignadas en el Código francés." (1)

El Orador del Tribunado abunda en este elogio y hace notar que en medio de la discordancia de nuestras leyes antiguas y de nuestras costumbres viejas, se encuentra la misma doctrina respecto de los contratos, en los países de derecho consuetudinario y en los de derecho escrito; todas las partes de Francia no reconocen, en esta materia, más que un mismo legislador; este legislador es la razón, la cual en el derecho romano, y sobre todo en las obligaciones, es observada fielmente. (2)

419. Ateniéndose á los discursos de los oradores del Gobierno y del Tribunado, deberá deducirse que el Digesto es el comentario oficial del título "De las Obligaciones," y los autores del Código le han prestado los principios, cuyas aplicaciones se encuentran en las leyes romanas; pero por poco que se reflexione acerca de la naturaleza del derecho, es fácil convencerse que nuestra legislación no es la de Justiniano. El derecho es una faz de la vida, y la vida no es jamás estacionaria; si se detiene un momento dará lugar á la muerte. Si la vida es progresiva, el derecho también lo es, y, por consiguiente, es imposible que el derecho del siglo XIX, sea todavía el derecho

1 Exposición de Motivos, núm. 4 (Loché, t. 6°, pág. 148).

2 Mouricault, Orador del Tribunado, Discursos, núm. 1 (Loché, tomo 6°, pág. 242).

de las XII Tablas. La sociedad romana ha sido cambiada totalmente por el Cristianismo y por la invasión de las razas germánicas; se ha producido una nueva civilización, en la cual el comercio y la industria han substituido al elemento guerrero que dominaba en los romanos. Después de estas inmensas revoluciones, los sentimientos, las ideas, las necesidades de los hombres han cambiado; y todavía se quiere que el derecho que los rige haya quedado el mismo? Es una ilusión buscar el ideal en lo que sea el pasado; la perfección relativa que los hombres, seres imperfectos y limitados, pueden tener, no es después que nosotros sino que antes que nosotros: ya sea en los tribunales donde se presta la justicia civil, ó en las escuelas de abogados donde se comentan las decisiones de los jueces, ¿se litigará conforme al derecho romano? ¿Será en el Digesto en el que los magistrados funden sus fallos? Cuando se debate una cuestión vivamente controvertida, se cita á los autores que han escrito sobre nuestro derecho antiguo consuetudinario, y casi nunca se remonta á los jurisconsultos del siglo XVI, y menos todavía se discuten los textos de las leyes romanas. ¿Será esto olvido ó poco aprecio de la ciencia? Nó, pues lo primero que se enseña á los estudiantes de derecho son los principios de derecho romano. El Digesto es y será siempre el honor de la escuela, y si en el despacho y en la sala de consejo se le consulta todos los días, consiste en que el derecho es la expresión de la vida, y nuestra vida se aparta más y más del estado social de los romanos. Bajo la influencia de nuevas costumbres y de necesidades nuevas, se forma una ciencia nueva, y los intérpretes del Código se inspiran en hechos en medio de los cuales viven, y no en hechos que sucedieron en Roma; de aquí, pues, la gran importancia que toma la jurisprudencia de las sentencias. Se quejan de la autoridad excesiva que los abogados y los jue-

ces aplican, y sin duda la razón no está más arraigada en las decisiones de nuestras cortes que en las de los jurisconsultos romanos; pero los elementos de nuestra ciencia se encuentran en las colecciones de sentencias más bien que en el Digesto: por una parte se encuentra la vida actual y por otra una tradición muerta, y el derecho es una ciencia de vida y no de muerte.

420. No debe, pues, tomarse al pie de la letra lo que los oradores del Gobierno y del Tribunado dicen de la autoridad del derecho romano, pues esto sería desconocer su verdadero pensamiento. Sin duda la tradición juega un gran papel en nuestra ciencia; los principios se desarrollan y se modifican, pero se han creado otros nuevos. Conviene, pues, en cada materia esclarecer las nuevas leyes por la tradición á la que ellos se refieren, restando tan solo saber cuál es nuestra verdadera tradición. Sobre este punto hay un verdadero contrasentido, pues los oradores del Gobierno y del Tribunado responden que es el derecho romano; lo cual es verdad, pero no que sea el derecho del Digesto. Nosotros dudamos mucho que los autores del Código Civil hayan consultado, siquiera una vez, las compilaciones de Justiniano, pues no citan ni aun á los grandes jurisconsultos del siglo XVI, y no creemos hacerles ninguna injuria diciendo que el nombre de Doneau les es completamente desconocido. ¿Cuáles son las fuentes romanas en que ellos han bebido? Todos los oradores están de acuerdo en celebrar los escritos de Domat y de Pothier. La Francia, dice Bigot-Préameneu, coloca sus obras entre el número de las más perfectas. Favard, el informante del Tribunado, dice que una ley sobre las obligaciones debe ser la expresión de eternas verdades en las cuales se funda la moral de todos los pueblos. Los romanos han escrito estas verdades en sus leyes, las que han sido coleccionadas

e. de D. TOMO XV.—67

por el erudito Domat, y Pothier hizo un tratado que él solo habría hecho su gloria, y en las obras de éstos dos grandes hombres es en donde el proyecto de ley, de que yo me he ocupado, ha sido tomado. El Orador del Tribunado hace también el elogio de las obras clásicas de Domat y de Pothier, y agrega que el proyecto, sometido á la adopción del Tribunado, es el extracto de sus escritos, y piensa que ésta es la mejor recomendación que de él puede hacerse. (1)

Domat y Pothier son, pues, los verdaderos autores del título "De las Obligaciones," y uno y otro se han inspirado en el derecho romano, que citan á cada paso. ¿Es esto decir que las "Leyes Civiles" de Domat y el "Tratado" de Pothier sean la fiel expresión de las leyes de Roma? Nosotros entendemos que Domat repudia las sutilidades romanas en lo que se puedan rechazar, puesto que ya son una tradición muerta, y Pothier no les concede ventaja. ¿Qué es lo que denominan sutilidades? Estas son deducciones muy lógicas que proceden de los principios romanos. ¿Rechazar las consecuencias no es lo mismo que rechazar los principios? ¿Por qué se desentienden los discípulos á cada instante de la doctrina de sus maestras? Pothier y Domat, no son más lógicos que Ulpiano y Pablo; éstos son ministros de la equidad y bajó su pluma el derecho romano se transforma, pues el derecho estricto deja su lugar á un derecho equitativo. ¿De dónde proviene el nuevo espíritu que dicta sus decisiones? Ambos escribieron en países que regía el derecho consuetudinario; los fueros son la expresión de las costumbres germánicas, y se sabe que los pueblos del Norte no han sido una raza de juristas. Los alemanes jamás han tenido el primer lugar en la ciencia jurídica, y aun actualmente, apesar de lo ilustre de algu-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 3 (Loché, t. 6º, pág. 147). Favard, Memoria al Tribunado, núm. 3 (Loché, pág. 191). Mouricault, Discursos, núm. 1 (Loché, pág. 242).

nos nombres, ellos se distinguen más bien como historiadores que como intérpretes del derecho positivo. El genio de las naciones germánicas es más alto, más universal, pues es el espíritu de equidad que los oradores del Gobierno y del Tribunado admiran tanto en el derecho romano, y no vacilan en admirar el genio de las razas del Norte que miran el fin de la dominación del pueblo rey. Su error se explica, pues no conocen el derecho romano más que por Domat y Pothier; es decir, que el derecho que ellos alaban tanto, es el derecho romano modificado por las costumbres y transformado por la civilización moderna. Hé aquí, pues, la verdadera fuente del Código Civil.

421. Véase por qué, aunque tenemos un profundo respeto por nuestros maestros, los jurisconsultos romanos, casi no los citamos, pues esto sería perpetuar la ilusión de los autores del Código, cuya ilusión vendría á ser perjudicial. Sería fácil encontrar, acerca de la mayor parte de las disposiciones de nuestro título, un texto romano del cual parezcan tomadas y éste trabajo ha sido hecho por uno de nuestros jóvenes colegas, (1) y, tememos decirlo, esto sería tanto como no hacer del derecho francés más que una copia del derecho romano. Si se interpretase el Código Civil por el Digesto se abusaría de consecuencias erróneas, se introducirían en nuestro derecho principios que le son extraños, teorías que no son las del derecho francés y que los autores del Código ignoran. Ya hemos tenido ocasión de señalar la invasión de las ideas romanas como un perjuicio para el derecho práctico, pues hacen decir al Código lo que no ha querido decir, y si tuviese buen éxito, colocaría en lugar del Código Civil francés un Código Civil romano. Evitarémos estos errores agregando á las verdaderas fuentes de la legislación moderna á Domat y á Po-

1 Derecho Civil, anotado según el Derecho Romano, por Van Wetter, Profesor de la Universidad de Gante (1873, 1 vol. en 8º).

thier; y cuando recurramos al derecho romano preferiremos tomarlo de los comentadores de los siglos XVI y XVII de preferencia á los jurisconsultos de Roma, porque los comentadores modernos se inspiran, aun sin darse cuenta, de los sentimientos de nuestra civilización germánica y cristiana.

422. La tradición presenta todavía un obstáculo contra el cual debemos prevenir á nuestros jóvenes lectores. Todos los oradores que han expuesto los motivos del título "De las Obligaciones," están de acuerdo en reconocer que ha sido tomado de las obras de Domat y de Pothier, y de aquí la grande autoridad de estos dos autores en nuestra materia; pero no debe exagerarse. Los autores del Código han innovado y bien puede ser que no lo hayan creído. No debe, pues, verse en el tratado "De las Obligaciones" de Pothier y en las "Leyes Civiles" de Domat el comentario auténtico del Código de Napoleón. Deben tenerse en cuenta las innovaciones, sin decir por esto que se refieran á todas las partes de nuestro título; y hay, además, otra restricción que no debe perderse de vista cuando se busca en nuestros antiguos autores la aplicación de principios que el legislador francés ha tomado. El intérprete del Código Civil no siempre puede seguir la opinión de Domat y Pothier, pues deciden equitativamente, y Pothier, sobre todo, que tienen el derecho porque lo escribieron en los países en que regían los fueros, en donde el derecho romano no tenía otra autoridad que la de razón escrita, y por esto se llega á saber que procede del derecho romano que ellos modifican. Cuando el Código ha consagrado esta modificación, todo está resuelto; pero quedan las numerosas cuestiones que el Código no ha previsto, y cuando Pothier las decide en derecho, su autoridad es grande, no debiendo hacerse á un lado. ¿Pero podemos también decidir equitativamente como Pothier? Nó, porque el intérprete del Có-

digo está ligado por una ley positiva y por los principios que de ella emanan, y, por lo mismo, no es un ministro de equidad, salvo el caso en que la ley sea muda. Cuando la ley ha hablado, se encuentra uno encadenado por el texto y no puede alegarse ninguna consideración de igualdad. Esto ya lo hemos dicho en el primer volumen de estos "Principios," (1) y si ahora lo repetimos, es para tener á nuestros jóvenes lectores en guardia contra los intérpretes, que muchas veces olvidan que no tienen la misión de hacer la ley.

## § II.—OBLIGACIÓN, CONTRATO, CONVENIO.

423. El título 3º del libro III se titula: "De los contratos ú obligaciones convencionales en general." Trata, pues, de los principios generales sobre las obligaciones que se derivan de contratos. No define la obligación, pues el primer artículo se limita á definir el contrato, lo cual equivale á confundir el contrato con la obligación, y esta confusión existe en más de una disposición de nuestro título, (2) lo cual reprocha muy amargamente á los autores del Código. (3)

Nosotros no les hacemos la injuria de creer que ignorán la diferencia elemental que existe entre la obligación y el contrato, pues tenían á Pothier á la vista, y Pothier se guarda de confundir la obligación con el contrato, que no es más que una de las fuentes de las obligaciones. Siempre debía de haber más precisión en el lenguaje de las leyes, pues el derecho pide una gran claridad en el pensamiento y una expresión muy exacta, y al legislador es á quien le corresponde dar el ejemplo; pero no conviene exagerar

1 Véase el tomo 1º de estos *Principios*, pág. 36, núm. 29.

2 Demolombe, t. 24, pág. 364, núm. 384.

3 Marcadé, t. 4º, pág. 333. Compárese Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 341, nota 2.