

año X, no volvió á haber discusion más que en el seno del consejo de Estado. Los diversos títulos del código fueron presentados y aprobados bajo la forma de leyes particulares. Cuando estuvieron votadas todas las partes, las reunió el gobierno en un solo cuerpo bajo el título de *Código civil francés*. Tal fué el objeto de la ley de 30 ventoso, año XII. La reunion de leyes aprobadas separadamente no impide que todas y cada una sean obligatorias desde la fecha de su publicacion.

18. Despues del establecimiento del imperio sufrió una revision el *Código civil francés*. A consecuencia del cambio en el órden político, pareció conveniente modificar la redaccion. El título primitivo fué reemplazado por el de *Código de Napoleon*; las expresiones que se referian á la forma del gobierno republicano cedieron el lugar á frases monárquicas; en vez de *Republica, primer consul, gobierno ó nacion*, se puso *Imperio, Emperador, Estadc*. Casi nada se cambió en el fondo. Bigot-Préameneu dice en la exposicion de las causas de la ley de 3 de Septiembre de 1807: "El Código de Napoleon es una especie de arca santa con la cual daremos á los pueblos vecinos el ejemplo de un respeto religioso." Con eso y todo sufrió algunos cambios. El Código civil prohibia las sustituciones; pero Napoleon consideró conveniente restablecerlas en favor de la nueva nobleza que creó. Recuérdase esta excepcion en la edicion de 1807. En el texto primitivo se conservaba el calendario republicano que se decretó en 1793, pero habiendo restablecido un senadoconsulto el calendario gregoriano, se sujetó á él la nueva edicion.

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

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

§ 2. Fuentes del Código de Napoleon.

I

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

1 Portalis, Exposicion general del sistema del código civil (Loché, t. 1, pág. 189, núm. 6).

formado el carácter nacional y que son dignas de los mejores tiempos (1).

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

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

Preciso es decir más. Si el ardor inmoderado de innovación extravió á los legisladores revolucionarios, también el espíritu de reacción ejerció una influencia fatal sobre el código de Napoleón. La oposición que encontró el primer cónsul en el Tribunado no siempre fué mezquina y embrolladora, como se pretende (4). Si Napoleón hubiera escuchado á los tribunales, habría conservado la abolición del derecho de Sucesión Régia, pronunciada por la Asamblea constituyente: la posteridad ha dado la razón al Tribunado. Si el emperador no hubiera

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

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

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

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

destruido la única asamblea en que podía oírse la opinión pública, sin duda se habría hecho con más dificultad su código; pero en cambio habría estado más en armonía con los sentimientos y las ideas de la nueva sociedad. Un cuerpo compuesto de legistas y administradores está dominado casi fatalmente por la tradición. Eso explica cómo se declararon Tronchet y Treilhard por la horrorosa concepción de la muerte civil. También en esto tenían razón los tribunales contra el gobierno consular. En vez de imponerles silencio, habría hecho bien en oírlos el primer cónsul. Si había menos sabiduría en el Tribunado que en el consejo de Estado, en cambio, el espíritu de libertad lo animaba con su poderoso aliento: este es un consejo que los legistas y los prácticos habrían hecho mal en desdeñar.

21. Tenían otra dificultad que vencer los autores del código. Querían dar á Francia una legislación uniforme; pero ¿cómo establecer la unidad y la armonía entre dos derechos tan diferentes como las leyes romanas y las costumbres? Portalis contesta: "Hemos hecho, si me es permitido expresarme así, una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario, siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones, ó modificar las unas con las otras, sin interrumpir la unidad de sistema y sin atacar el espíritu general (1)." Comprendemos la transacción y la conciliación cuando están en conflicto intereses contrarios; la tarea del gobierno es casi siempre transigir y conciliar; pero ¿se transige sobre principios? ¿se concilian la verdad y el error, la justicia y la injusticia? Si los códigos no son eternos, al menos se forman con un espíritu de perpetuidad; y desde ese momento deben ser la expresión del derecho absoluto, tanto como el hombre puede aspirar á lo absoluto. Transigir en esta materia es un medio seguro de extraviarse. El orden de sucesión prescrito por el código nos ofrecerá la prueba de lo que decimos. Es una mezcla del derecho romano, del derecho consuetudinario y del derecho revolucionario, sin principios ciertos, y que conduce á los más injustos resultados.

22. Por fortuna la transacción se ha hecho con frecuencia imposible. No pudiendo verificarse la conciliación entre el derecho romano y las costumbres, había que elegir entre uno y otras, y los autores del

1 Portalis, Discurso preliminar, núm. 31 (Loché, t. 1.º p. 163).

código, educados en los países de derecho consuetudinario, dieron la preferencia á las costumbres. Nuestro derecho de las personas no tiene nada de comun con el derecho romano. El matrimonio, la potestad marital, la potestad paterna, han cambiado de carácter. Casi no hay ninguna relacion entre los principios del derecho romano acerca de la filiacion y los del código de Napoleon. Nuestra tutela descansa en otras bases muy distintas. La comunidad legal, régimen de derecho comun de los esposos, era desconocido de los jurisconsultos de Roma. Nuestro sistema hipotecario está enteramente separado de las máximas romanas. La toma de posesion viene de las costumbres; las formas y condiciones de las donaciones y testamentos están apoyadas en las ordenanzas. Aparentemente la teoría de las obligaciones y de la propiedad es todavía actualmente lo que era entre los romanos; pero en realidad, cuando se entra en los detalles, se encuentran modificaciones á cada paso, y algunas que son fundamentales, lo cual quiere decir en definitiva, que lo que domina en el código de Napoleon es el elemento consuetudinario, ó lo que es lo mismo, el germánico.

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

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

24. "Los romanos, pueblo de juristas, tienen la gloria de haber llevado hasta la perfeccion la ciencia del derecho; ¡pero cuán caro han pagado esta gloria! si poseian todas las cualidades del jurisconsulto, tenían tambien graves defectos. Es una raza formalista, inflexible, imperiosa, sin corazon, cálculo toda. Los germanos carecen del espíritu jurídico; no tienen el genio de la unidad que caracteriza á la ciudad eterna; pero en cambio desconocen los vicios que señalamos á los romanos. En ellos, el sentimiento es el que domina, todo es espontaneidad é intimidad: miembros de una raza poética, desconocen las sutilezas del legista, y prefieren la equidad á la letra de la ley. En los romanos impera el derecho estricto: el pretor corrige este absolutismo, pero respetando el rigor del derecho. La nocion de un derecho absoluto, regla de hierro, es desconocida de los germanos; su derecho se confunde con la equidad. El derecho romano es inflexible como el pueblo rey; de ahí la idea del poder, es decir, de despotismo en la cual descansa la familia romana; la personalidad es desconocida ó absorbida en provecho del Estado: una gravedad fria reemplaza la vida verdadera. El derecho germánico tiene impreso el carácter de la raza alemana: ampara y concilia lo que el derecho romano preceptúa y prohíbe; respeta la personalidad en todo hombre, y desconoce la supersticion de las fórmulas; la vida real se sustituye á la vida artificial. Roma es superior en el dominio de la ciencia; pero preferimos la inferioridad de los germanos, porque el espíritu que á éstos anima es más humano, más grande, más elevado. En definitiva, este espíritu es el que ha hecho que predomine el derecho germánico en los pueblos modernos, aun en aquellos que profesan una especie de culto por el derecho romano.

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

en tutela; el derecho del padre de familia es la *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 léjos 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 ese poder cuando abusa de él. La potestad marital no impide que haya vida comun entre los esposos; la mujer que es la compañera del marido, participa con éste del derecho de 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 7º: “Luego que sea ejecutorio el código civil, dejarán de tener fuerza de ley general ó particular las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales ó locales, los estatutos y los reglamentos, en las ma-

terias que son el objeto de las referidas leyes y forman el presente código." Es preciso no confundir esta derogacion con la fórmula común 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 objecion 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-Préameneu 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. Veríase 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-Préameneu, 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° págs. 61, 64 y 65).

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