

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 queria 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 sucederia 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 I, 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 faces de la vida de los pueblos, y una de las más importantes. ¿Podria 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 podriamos citar, aun cuando nos limitásemos á una escrupulosa eleccion, las numerosas obras de derecho romano que han aparecido en nuestros dias 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, tenian 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 8º; 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



derecho consuetudinario. Encuéntrase este comentario en la siguiente obra:

CAROLI MOLINAEI. *Opera quae exstant omnia*. 5 vol. in-folio.

Existe otro comentario de la costumbre de París, que merece ser consultado:

CLAUDIO DE FERRIERE. *Leyes y compilacion de todos los comentarios sobre la costumbre de París*. Nueva edicion 1714, 4 vol. in-folio. Es modestia del autor calificar su obra de compilacion; porque contiene estudios originales.

La modestia, la sencillez, la formalidad y la profunda penetracion eran el encanto de nuestros antiguos legistas. Inspirémonos en su ciencia y en sus bellas cualidades. No podemos citar más que los mejores; comenzaremos por algunos monumentos de la Edad Media, recomendando su lectura á nuestros jóvenes doctores:

ASSISES DE JERUSALEM, publicadas por M. BEUGNOT en nombre de la Academia de las Inscripciones. 2 vol. in-folio, 1841, 1846.

BEAUMANOIR. Costumbres del Beauvoisis, publicadas por BEUGNOT, 2 vol. en 8º, 1842. Véase sobre BEAUMANOIR un juicioso estudio de LABOULAYE (inserto en una compilacion belga, la *Revista de las Revistas de derecho*, t. III, p. 200 y siguientes).

Entre los comentadores más modernos, citaremos éstos:

GUY COQUILLE. *Obras que contienen la institucion del derecho francés y el comentario de la costumbre de Nivernois*. 2 vol. in-folio.

D'ARGENTRÉ. *Commentarii in patrias Britonum leges*. 1 vol. in-folio, 1821.

BOUHIER, el presidente. *Obras de jurisprudencia*. 2 vol. in-folio, conteniendo el Comentario sobre la costumbre del ducado de Borgoña.

Todos conocen el nombre del canciller D'Aguesseau, pero sus obras son poco leidas. Las recomendamos á los jóvenes abogados.

*Obras del Sr. canciller D'Aguesseau*. 13 vol. en 4º.

## II. DERECHO MODERNO.

33. El derecho revolucionario necesitaria un estudio especial y detallado. Datando del año de 89, se le olvida con facilidad. Quiérense censurar á los legisladores revolucionarios sus exageraciones, como si la mision terrible de las revoluciones no entrañara el exceso en todo. Hay un librito que puede servir de guía en esta materia.

LAFERRIERE. *Historia de los principios, de las instituciones y de las leyes de la Revolucion francesa*, 1850, 1 vol. en 12vo.

34. Los trabajos preparatorios del código son unas veces demasiado estimados, depreciados otras. Napoleon decia que las discusiones del Consejo de Estado debian ser vagas, porque no todos sus miembros eran juriconsultos. Tronchet, que tomó en las discusiones una parte activa, se sirve de una expresion más dura; habla de *divagaciones* (1); y es necesario confesar que no carece de razon. Seria, sin embargo, una injusticia manifiesta generalizar esas censuras. El Código civil es admirable: y ¿cómo un conjunto de leyes que bajo diferentes puntos de vista es una obra maestra, habia de ser el fruto de hombres que divagaban? Despues de todo, cualquiera que sea el mérito de los trabajos preparatorios, es de absoluta necesidad hacer un estudio formal de ellos. Esos trabajos se han publicado en dos colecciones:

FENET. *Coleccion completa de los trabajos preparatorios del Código civil*. 15 vol. en 8º, París 1827 y 1828.

LOCÉ. *Legislacion civil, criminal y mercantil de Francia*. 31 vol. en 8º. Los diez y seis primeros volúmenes se refieren al Código civil. Citamos esta obra porque está más extendida en Bélgica, en donde se ha reimpresso; es ménos completa que la de Fenet, porque no comprende las observaciones de los tribunales.

35. Las obras relativas al código comprenden ó todo el derecho francés ó uno ú otro título. Citaremos estos últimos, tratando la materia á que conciernen. Entre los tratados generales, es preciso distinguir desde luego las Enciclopedias ó Repertorios. Entre ellos hay dos que son universalmente conocidos.

1 Locré, *Legislacion civil*, Prolegómenos, cap. VI, t. 1º págs. 48-49.



MERLIN. *Repertorio universal y razonado de jurisprudencia*. 4ª edicion en 4º, 18 vol., París, 1827-1830, y 5ª edicion publicada en Bruselas, por el autor, en 8º 36 vol. Es forzoso reunir á esta obra la *Coleccion alfabética de las cuestiones de derecho*. 4ª edicion, 8 vol. en 4º, y 5ª edicion, 16 vol. en 8º.

Las Enciclopedias tienen por lo regular poco valor científico; pero las Colecciones de Merlin son la excepcion; conservarán siempre grande autoridad, porque el autor es uno de los más notables jurisconsultos franceses.

DALLOZ. *Repertorio metódico y alfabético de legislacion, de doctrina y de jurisprudencia*. Nueva edicion, 48 vol. en 4º

Para doctrina es una compilacion, hecha no obstante con suma ligereza. Si nos referimos á ella frecuentemente, es para evitar la prolijidad de citaciones de autores y de fallos.

36. Los tratados sobre el código son, ó elementales ó más ó menos profundos. Citaremos los mejores:

ZACHARIÆ. *Curso de derecho civil francés*, traducido por AUBRY y RAU, obra excelente, á la que dan realce las notas de los traductores.

MOURLON. *Repeticiones sobre el Código civil*. 3 vol. en 8º.

Todos conocen las obras de Toullier y de Duranton. La de Toullier ha sido continuada por M. Duvergier y por M. Troplong. Además, M. Duvergier ha dado una nueva edicion anotada. Marcadé está en manos de todos los estudiantes; es un autor muy inconstante, decisivo y muy afectado. La obra de M. Demolombe está en publicacion: han aparecido ya veinticinco volúmenes que se han reimpresso en Bélgica en doce; en el último se da principio á la materia de las obligaciones.

Nada hemos dicho de las Colecciones de jurisprudencia; no hay quien no conozca á Sirey y á Dalloz. La Coleccion de jurisprudencia belga lleva el título de *Pasicrisie*.



## TITULO PRELIMINAR.

### PRINCIPIOS GENERALES SOBRE LAS LEYES.

#### CAPITULO PRIMERO.

DE LA SANCION, DE LA PROMULGACION Y DE LA PUBLICACION DE LA LEY.

##### § 1º Definicion.

1. El título preliminar trata de la *publicacion*, de los *efectos* y de la *aplicacion de las leyes en general*. Cuando este título fué sometido á las deliberaciones del Tribunal, la comision encargada de examinarlo criticó la clasificacion admitida por los autores del código. Los principios generales sobre las leyes, dice el redactor, no solamente conciernen al Código civil, sino tambien á los demás códigos: estas reglas deberian ser, pues, objeto de una ley especial (1). Justa es la observacion, que ya habia sido hecha por Roederer al consejo de Estado. Si se conservó, no obstante, fué en razon de que la falta que se le señalaba era de poco valor. Diremos con Tronchet, que no hay un gran obstáculo en colocar al principio del Código civil

1 Relacion hecha al Tribunal por Andrieux, en la sesion de 12 de frimario del año X (Loché, t. 1º, p. 225).