

**Historia General  
del Derecho  
e  
Historia del Derecho  
Dominicano**

**Dr. Gustavo Adolfo Mejía Ricart**

---

**COLECCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA  
DEL DERECHO DOMINICANO  
1844-1998**

**Frank Moya Pons**

---

DR. GUSTAVO ADOLFO MEJIA RICART,

Presidente del Instituto Nacional de Criminología. Profesor  
de Historia del Derecho y de Historia Colonial  
en la Universidad de Santo Domingo.

HISTORIA GENERAL  
DEL DERECHO  
E  
HISTORIA DEL DERECHO  
DOMINICANO

COLECCIÓN  
"MARTÍNEZ BOOG"  
SANTO DOMINGO. - REP. DOMINICANA

EDITORIAL EL DIARIO - SANTIAGO, R. D. - 1942.



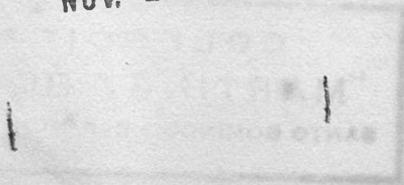
Para mi querido amigo  
el culto Sr. Manuel A.  
Molina B. con gran  
gran caridad cuenta  
en sus órdenes y de  
inteligencia y de

Antonio  
Luis Molina, 5/4/42.





NOV. 26 1973



BN  
340.09  
M516h  
v.1

## INTRODUCCION

1.—Concepto de la Historia del Derecho y su diferencia con la Filosofía del Derecho, la Legislación Comparada y la Dogmática del Derecho. 2.—El Derecho se elabora de modo espontáneo en la vida de relación de los pueblos en sus complejos y variados aspectos: paralelismo histórico de la Moral, el Derecho y el principio de autoridad. 3.—Los hechos esenciales o trascendentes y los meramente superficiales o no esenciales en la evolución jurídica de la Humanidad. 4.—La Sociedad y el Derecho no evolucionan siempre en el sentido del Progreso. 5.—Unidad del desenvolvimiento jurídico y de la evolución histórica: Historicismo y Evolucionismo. 6.—Hacia una Teoría Pura del Derecho. 7.—Homogeneidad y simultaneidad del movimiento jurídico-histórico. 8.—El factor "tiempo" en la Historia: Historia Política e Historia del Derecho. 9.—Historia Externa e Historia Interna del Derecho.

BIBLIOGRAFIA: Aguano (D), "La Génesis y la Evolución del Derecho Civil", (1890); Brenes y Córdoba (A), "Historia del Derecho" (2a. Ed.); Bunge (C. O.), "Historia del Derecho Argentino", (1927); Bustamante y Montoro (A. S.), "Teoría General del Derecho", (1939); Capitant, "Introducción al estudio del Derecho Civil"; Comte (A), "Política Positiva", (1842); Charmont (J), "El Renacimiento del Derecho Natural", (1927); Duguit (L), "Manual de Derecho Constitucional", (1923); Del Vecchio, "Filosofía del Derecho", (1935); Emmanuel (Fr), "La Idea del Derecho", (1937); Foignet (R), "Elementos de la Historia del Derecho Francés", (1908); Fur (L. Le), "Los grandes problemas del Derecho"; Geny (F), "La Ciencia y la Técnica en el Derecho Privado positivo", (1927); Ihering (R. Von), "Espíritu del Derecho Romano", (1891); Kelsen (H), "Teoría Pura del Derecho", (1933); Leteurneau, "Evolución Jurídica", (1891); Mejía Ricart (G. A.), "Paralelismo histórico en la evolución de la Sociedad y del Delito" e "Introducción a la Historia", (1941); Savigny (F. C. de), "De la necesidad de un Derecho Civil para Alemania"; Seeley (J. R.), "Introducción a la Ciencia Política", (1896); Tavares, hijo, (F), "Apuntes de Cátedras de Historia del Derecho" (1939-1940); Troncoso Sánchez (P), "Bosquejos Filosóficos" (Bosquejo para un Ensayo de Concepción de la Historia, (1938).

1.—Concepto de la Historia del Derecho y su diferencia con la Filosofía del Derecho, la Legislación Comparada y la Dogmática del Derecho.—En su sentido etimológico, la "Historia del Derecho" responde a sus dos términos de composición. **Historia** es la forma simétrica de "Historeo", que en griego es "yo inquiero, yo averiguo"; derivado de "Histor", cuyo significado es: "el que sabe una cosa porque la ve".—Tal es el verdadero sentido de sabio que tiene "Histor". En latín,

Comprá Martiny Boy-7-4-72

Historia; en italiano, **Storia**; en francés, **Histoire**. Toda esta serie guarda relación con el verbo **HISTEMIS** (disponer, colocar con sistema, ordenar, lo cual revela el profundo concepto que entraña el vocablo **HISTORIA**). Monlau dice: "La Historia es el relato de una serie de sucesos reales y dignos de memoria presentados en su encadenamiento y con unidad de plan". La definición de la Academia Española obedece al mismo pensamiento raíz: "Narración verdadera de los acontecimientos pasados y cosas memorables". Otra acepción: "Buenas letras". Pero todo ésto corresponde a una noción muy restringida de la Historia puramente narrativa y expositiva. **Historia** es el máximo proceso orgánico del hombre. **Historia** es todo hombre. Aunque en un orden superior cultural la **Historia** es "el cuadro que representa la labor del espíritu humano, en la sucesión de los tiempos", según Brenes Córdoba.

En cuanto al **Derecho**, que es el segundo elemento que estamos estudiando en esa "Historia del derecho", su etimología corresponde en latín a la palabra "Directus", participio pasivo del verbo **dirigere**, dirigir. En el francés del siglo XI se decía: **Dreit**; en el moderno: **Droit**; en italiano: **Diritto**.

Pero el "Derecho" es una sinonimia utilizada en el lenguaje figurado para indicar el concepto de Justicia; lo que vale decir: el Derecho es el objeto de la Justicia; lo que es debido a cada uno. Justicia es la conformidad de las acciones humanas con el Derecho. Es dar y conservar a cada uno lo que le es debido; es la regla que "siempre se debe seguir". Esta es la acepción técnica: el Derecho como regla de conducta. Ya explicaremos como se forma esta "regla de conducta" en el hombre. Así por la etimología la Historia del Derecho se puede definir como la exposición ó averiguación de la regla de conducta seguida por el hombre en sus relaciones con otros congéneres. El cuadro de las instituciones y las normas jurídicas al través de los tiempos y de las diversas civilizaciones. Porque la Historia del Derecho no puede reducirse a mera narración ó exposición de hechos jurídicos como lo fué muchas veces; ni a la simple cronología histórica de los mismos como es en algunos tratadistas de la materia; sino que debe abarcar esta ciencia a la vez los hechos y explicaciones de los fenómenos jurídicos: es en ese sentido una disciplina eminentemente filosófica: descendiende a la región de las causas. Tal es, en suma, el concepto más recóndito de la Historia del Derecho. No hay que confundirla, sin embargo, con la Filosofía del Derecho, que sólo tiene esta misión: indagar y penetrar en el Derecho aplicando el conocimiento y dar la razón profunda de la norma jurídica. Tampoco se puede identificar la Historia del Derecho con las legislaciones de los diversos países para extraer de ésto una enseñanza de sus instituciones particulares, sus relaciones y sus desemejanzas. Tal sería la órbita obligada de la Legislación comparada. Ni mucho menos se debe confundir esta asignatu-

ra que ahora desarrollaremos en toda su amplitud, con la Dogmática del Derecho, que estudia el Derecho en sí, como un fenómeno, como un acontecimiento aislado, sino que ha de relacionar estos fenómenos en el tiempo, factor esencial del Derecho: la Historia los ordena, clasifica y explica. He aquí, pues, su triple papel y un concepto primario, esencialísimo, de la ciencia que vamos a desenvolver en esta obra.

**2. El Derecho se elabora de modo espontáneo en la vida de relación de los pueblos en sus complejos y variados aspectos: paralelismo histórico de la Moral, el Derecho y el principio de autoridad.**— El Derecho no nació al acaso, no se fecundizó por milagro en la Historia: fué producto de la vida, y brotó hijo de la necesidad. Expliquemos el fenómeno del advenimiento del Derecho.

El hombre era el dueño de la creación: de todo el espacio que ocupaba, de toda la tierra que pisaba y en donde señoreaba. Pero un hombre se encontró con otro hombre que disputaba y forcejeaba por el dominio universal. He aquí el fantasma de la propiedad más originaria.

Entonces salió de su aislamiento el morador primitivo y se agrupó en tribus, en clanes, en hordas guerrreras que se vencieron las unas a las otras, y ejercieron sus respectivas influencias: y el Derecho fué la regla seguida por unas tribus dominantes e impuesta a otras tribus dominadas. Así fué el Derecho en la vida de relación de los pueblos: un producto de la necesidad; tenía que brotar el principio de autoridad como freno del hombre y lo traen las hordas más fuertes y aptas para la vida.

Aparece esta forma en las primeras organizaciones con estas hordas vencedoras que subyugan y llegan a imponer sus costumbres a las hordas inermes, creándose de este modo la Moral; empezó como sistema por medio de la fuerza y se engendró el Derecho. Por éso, la Moral, el Derecho y el principio de autoridad son fuerzas paralelas e históricas.

Al principio, la separación de estas dos sociedades fué infranqueable; pero poco a poco la evolución política atenuó la tirantez de los conquistadores sobre los conquistados, limó asperezas sociales y las clases, superior e inferior, fueron igualándose: brotó la Libertad, aunque muy relativa en lo que se refería al Derecho, a la cosa pública, puesto que la Ley la dieron siempre los vencedores, los que tenían las armas, el poder y el dinero. Por tal razón, cuando sus legisladores deliberaron y surgieron las leyes penales, comenzaron por considerar como delito, todo acto que pudiera atentar contra su autoridad y sus conveniencias de clases, adheridos a ese principio férreo y absoluto. Diéronse supremacía a los delitos artificiales o políticos sobre los delitos de Derecho Común o naturales que afectaban a las condiciones de existencia de la especie humana. Roma es el tipo evolucionado de esta

horda vencedora que reserva la pena de muerte para los delitos públicos. Conforme la clase vencida reaccionaba y arrancaba a la clase conquistadora algunas prerrogativas y derechos, cierta dosis de libertad, las leyes relativas a los intereses privados de la clase triunfante se restringían, sustituyéndose por las que protegían a la Sociedad entera. De este modo se verificó la más trascendental evolución del Derecho bajo la acción determinante del progreso: evolución política que, según Hegel, no es otra cosa que el desenvolvimiento de la libertad.

**3. Los hechos esenciales o trascendentes y los meramente superficiales o no esenciales en la evolución jurídica de la Humanidad.**— Es indispensable en la Historia del Derecho distinguir —como lo fué en la Historia en general— los hechos trascendentes o esenciales de los hechos no esenciales o meramente superficiales, con el propósito de conservar los primeros como materia propia de nuestro estudio y relegar los segundos a un puesto secundario, más bien ilustrativo con respecto a la disciplina que nos toca explicar. Es tarea difícil la de establecer netamente esta distinción, pero no tiene nada de imposible si observamos los mismos ejemplos que ha de darnos la historia de las instituciones jurídicas y la historia de la sociedad humana.

Vamos a desenvolver el concepto de los fenómenos jurídicos y sociales de una época y a su lado, como contraste de esa realidad histórica y jurídica, los fenómenos históricos y jurídicos de carácter general. El primero se produce esporádicamente, casi al acaso, es fruto con frecuencia de las minorías de selección: es la resultante de un momento determinado de un pueblo o de una raza que ha llegado al apogeo de una civilización cualquiera.

El segundo es siempre un fenómeno de cada época de la Humanidad: es algo esencial a la mayoría de los hombres que forma el contenido de una o varias generaciones. Pongamos un ejemplo en uno y otro caso para captar mejor tales nociones. Un solo individuo puede saturarse de las ideas de una época avanzada de cultura o de libertad, o tal vez encarnar él solo su fenómeno social o jurídico en oposición o antítesis al fenómeno histórico y jurídico general de la generación en que actúa como actor principal o secundario, y que puede traducirse en ideas y sentimientos antagónicos a los comunes exteriorizados por sus coetáneos. Así, evocando motivos clásicos, hay un personaje en la pieza aristofánica de "Los Acarnienses", Diceópolis, que es un símbolo perfecto de esta concepción, ya que es el representante genuino en la época jurídica y en el medio social elevado en que se mueve y le sirve de escenario. Se comporta este protagonista en todo, como un acabado ciudadano: acude antes que nadie a las Asambleas del pueblo ateniense; personifica en ademanes, actitudes y palabras el Derecho y la Justicia; los sentimientos rectos y nobles de un grupo de hombres en lucha con la decadente y refinada sociedad que confrontan. Es el

fenómeno histórico de ese período heleno. ¡Cuánta gracia y belleza en su lenguaje, que parecía hablar muchas veces la lengua de los dioses! “Ah, ciudadanos, conciudadanos, dice Diceópolis: yo soy el primero que acude a la Asamblea y toma asiento en ella siempre...etc”. Y agrega: “...Pero vengo completamente decidido a criticar e interrumpir, a insultar a los oradores, si hablan de otra cosa que no sea de la paz, etc.”

En la escena griega, Diceópolis, no es una excepción: es tal como debe ser el filósofo o el ciudadano impecable. Así obra en actos, se expresa en pensamientos y discursos, tal cual tenía que hacerlo, y reserva para todo mal un reproche, para toda desgracia un consuelo y una filosofía interna, pues, posee ese personaje ficticio la elocuencia del lenguaje con que se muestra a veces la Virtud y el Derecho.

En cambio, el Anfiteo, de la comedia de Aristófanes, es equilibrado y sereno, filósofo también, pero al modo corriente de los demás: es un rasgo representativo de las costumbres de su tiempo, su Derecho con sus errores y prejuicios. Sabio y sereno protagonista que resuelve el espiritualismo y fatalismo de su raza.

Uno y otro son dos ideas: fenómeno social y jurídico aislado: Diceópolis; fenómeno histórico y jurídico general de los atenienses: Anfiteo. Como dos fenómenos en la historia de las ideas guardan entre sí un paralelismo completo, puesto que actúan y constituyen el desenvolvimiento histórico de la civilización y de la cultura griegas; y, al mismo tiempo, definen factores integrales del Derecho de esa raza inmortal.

Los fenómenos sociales y jurídicos de una época conservan su significado como ideas y por su cultura emocional para componer la conciencia histórica, mientras que los fenómenos generales históricos y jurídicos sólo son una parte de la conciencia colectiva de un período o época y de un ciclo cultural aislado. Fenómeno social y jurídico es Revolución. Fenómeno histórico-jurídico es tradición. Si hurgamos ejemplos más recientes y reales, encontramos que Mahatma Gandhi, el Mesías hindú, el Apóstol del Aisma, representa la concreción de ese fenómeno social jurídico producido en su país tan antiguo como el mundo y el más poderoso movimiento desde hace mil años, según Romain Rolland, en contraposición a la tradición india que simboliza su fenómeno histórico, nacional y milenario.

Rabindrahnat Tagore en su Nacionalismo, sin embargo, no recoge sino un fenómeno general de la vieja civilización del Ganjes que participa de un carácter absolutamente histórico, aunque no siempre jurídico.

**4. La Sociedad y el Derecho no evolucionan siempre en el sentido del progreso.**— Hay interés en conocer los hechos históricos y los fe-

nómenos jurídicos, y entre éstos los de carácter universal y los particulares, porque unos y otros suministran el material indispensable para la Historia del Derecho. "Elementos necesarios, escribe Brenes Córdoba, para descubrir las leyes que las manifestaciones del espíritu siguen en la vida de relación. Fenómenos sociales aparentemente anárquicos en su desenvolvimiento siguen líneas generales en la marcha de los sucesos".

Con efecto, la Filosofía de la Historia evidencia que existen leyes aplicables a esos hechos históricos y fenómenos jurídicos, Ley del Progreso. Ley de Sociabilidad. Una obedece a la evolución histórica y al crecimiento progresivo de las instituciones. Podría representarse por una línea evoluta cuyo desarrollo comprende al mismo tiempo la repetición de los hechos retornando al punto de partida pero en una órbita envolvente más dilatada.

"El progreso, añade Córdoba en su **Historia del Derecho**, se encamina siempre hacia delante, aunque no precisamente en línea recta; la línea que el progreso sigue es la espiral, sinuosa o quebrada, lo que explica los retardos y períodos de retrocesos pero que acumula los elementos y fuerzas de que proviene su avance".

Rica mina es la Historia para justificar esta afirmación. El Imperio Romano en las postremerías del siglo IV de la era vulgar, envilecido por la política y en plena decrepitud por los vicios de aquella sociedad latina decadente que formaban los patricios, va amontonando en diez siglos el arsenal necesario para que de su seno brotara como de un caos la luz, esa serie de pueblos modernos europeos que representan la civilización occidental más eminente.

Por ende, a primera vista, con una falsa perspectiva de lo que es el Derecho, nos parecerá algo inútil el examen de esas instituciones que dejaron de existir y de ese pasado histórico que las explica y desarrolla en el tiempo. Pero si profundizamos más en los conceptos y en la Filosofía del Derecho, hallaremos que ese Derecho como anunciamos no evoluciona siempre en el sentido del progreso como la sociedad misma, ni tiende, necesariamente, de modo constante, a trazar líneas de perfectibilidad en el sentido del mejoramiento humano. Existen, pues, crisis, retrocesos, momentos de decadencia en las instituciones y de eclipses de las normas que las rigen, paralizaciones en tal evolución jurídica y social. Entrando ya en el campo puramente filosófico, expondremos algunas interpretaciones que han sido dadas respecto de esa realidad histórica y de esos fenómenos que presiden la formación de esas instituciones.

Entre ese laberinto de teorías de la antigüedad, se destaca el autor de la "Doctrina de las Ideas", el sublime Platón, para quien el destino de la Humanidad es identificar el mundo visible con el mundo inteligible. Pero desde el padre de la REPUBLICA y LAS LEYES hasta San Agustín con su "Ciudad de Dios", el cual parte del principio pro-

videncial como una marcha hacia lo divino, o Bossuet trazando el proceso de acercamiento a Dios, conducidos por Dios mismo, encontramos el mismo prejuicio por ese desenvolvimiento histórico que abarca la historia de la cultura y de las instituciones universales, bien que interpretadas de manera diversa por estos pensadores de épocas tan variadas. I de modo más significativo que todos, el napolitano Juan Bautista Vico, impresionado por las regularidades que se observan en los grandes movimientos sociales, formaliza su famosa ley de los **Corsi Ricorsi**.

Esta teoría considera el devenir como una serie de repeticiones en el tiempo, que forma la evolución jurídica en la Historia, una especie de ciclo de hechos: un círculo en que las instituciones tienden a reproducirse, a regresar a su punto de partida o arranque inicial del progreso. En el fondo, Vico no hace sino confirmar las ideas de los griegos acerca de los grandes ciclos que recorre la Humanidad, lo que vale decir: la Edad de Hierro, la Edad de Oro, la Edad de Bronce, retrocediendo, sucesivamente, en cada una de ellas, en las distintas comunidades de que se forma la Historia y que explica que el hombre después de haber llegado a un grado de perfección volvía a su esfera inferior de existencia y de civilización y se "barbarizaba", perdía sus capas de cultura acumuladas durante siglos interminables de esfuerzo humano.

Si pensamos en la historia actual de esta guerra y nos olvidamos de los progresos materiales —casi inconcebibles en la Mecánica, en la Física y en general de las Ciencias naturales—, daríamos la razón a los filósofos citados, al asentar que la Humanidad va de nuevo a trazar su antigua órbita, a descender al estado primitivo en que moraba el agreste troglodita disputando la cueva al Mammút y al Reno casi fabulosos.

También conocemos otras interpretaciones de esa evolución del Derecho y la Sociedad en general, como la del filósofo Greef, materializada en forma de línea helicoidal; o la de Goethe, el más perfecto espíritu de que se tenga noticia en la historia de la cultura humana, quien la concreta en una línea espiral ascendente. Para Hegel en que "la Historia es la justificación de Dios", el proceso de realización del espíritu absoluto en el hombre: el progreso es un constante devenir que arranca del espíritu subjetivo, la individualidad, los microcosmos, los egoísmos, y llega a realizar el espíritu objetivo, lo que llamaremos conexión social externa, en que tienen sus manifestaciones originarias el Derecho, la Moral, la Ética, el Estado; y para llegar por último, al espíritu absoluto en que reinan el Arte, la Religión y la Filosofía. I para Schopenhauer y Nietzsche, renovadores de la Ciencia Nueva de Vico: la Humanidad es un mero proceso natural, dentro de un ciclo propenso de acontecimientos, como en una interminable marea de flujo y reflujo de hechos.

Por último, para Augusto Comte (el precursor de nuestro Eugenio María de Hostos y de su avanzado movimiento educacional), el filósofo del POSITIVISMO, el fin de la Historia es llegar al perfecto espíritu positivista.

Pero todas esas hipótesis nos sirven y son aptas para adaptarlas a ese desarrollo de los sucesos que estudia la Historia del Derecho, disciplina que es en sí misma eminentemente compleja, contradictoria más bien y a veces confusa; pero en cuyas teorías habremos de hallar algo de armonía en esas interpretaciones de la realidad histórica o, por lo menos, llegar a un concepto de comprensión en esa serie de hechos que forman su contenido, para no ver en ellos un simple kaleidoscopio, sino algo que nos va acercando cada vez más en la investigación de esas vinculaciones íntimas del hombre que forman sus normas jurídicas o "reglas de conducta" y que no siempre fijan o relacionan los hechos de causa a efecto, ni son principios reguladores y armónicos por excelencia en los lazos humanos.

Por éso afirmamos, como hecho constante de la Historia, admitido por la ciencia, sin distinciones de escuelas y sabios, que el Derecho no brota como producto de una creación artificial sino que emana de la fuente natural que fluye de la vida, fruto espontáneo de la evolución de esa misma existencia y no mera invención voluntaria o arbitraria de la voluntad individual o colectiva.

**5. Unidad del desenvolvimiento jurídico y de la evolución histórica: Historicismo y Evolucionismo.**—De todo lo cual, podemos concluir que hay una unidad en el desenvolvimiento jurídico y en la evolución histórica. Hay, pues, un sentido, una orientación, a pesar de que el Derecho no evoluciona ya en la línea ascendente del progreso y retrocede en la Historia.

Podemos hacer diferencias en esa línea ondulante de los sucesos, fenómenos jurídicos y hechos históricos absolutamente definidos, tal como hemos explicado. Los primeros se forman dentro de los segundos, en una órbita de mayor extensión, dependen de aquéllos y son, hasta cierto punto, sus subordinados en la historia general de la humanidad, pero forman un todo orgánico, global, armónico, como de una sola pieza, y de una trabazón indisoluble e inacabable.

Fenómeno jurídico es el que precede a la formación de una norma o regla de Derecho; es el proceso formativo de una institución. Hechos históricos son los diversos acontecimientos verídicos que abarcan el pasado, el presente y el devenir histórico; la historia, en resumen, de la sociedad humana.

De modo que Derecho e Historia son cosas distintas, mas uno representa el contenido y la otra el continente: el Derecho está y vive dentro del área vastísima de la Historia, bien que el sujeto común de la Historia y del Derecho es el Hombre.

Es por esa razón que la Historia y el Derecho son disciplinas gemelas que deben estudiarse en íntima conexión, para ser comprendidas mejor, y que el Derecho tenga como fuente principal la Historia, y la Historia no pueda prescindir de las explicaciones que nos da el Derecho.

Toda historia real, cierta, cabal, comprenderá la exposición de los hechos políticos y sociales, y de la cultura, civilización y normas jurídicas. Ya que la Historia tiene como misión principal cumplir el destino del hombre. Es el desarrollo de su vital proceso universal al través del tiempo y del espacio. Resucita el pasado y evoca el presente. Como el dios Jano de la Mitología romana, dios de los dioses, como le llamaban los cantos Salianos, preside la Historia el movimiento eterno de todo lo creado y hasta del caos primitivo, en cuyo vientre se fecundó, como se ha pretendido. Es, —según dice Preller, de la divinidad a que aludimos—, un dios del principio y cuyo culto se desenvolvió hasta el infinito, pero de una manera orgánica y continua.

De ahí que el Derecho forme parte continuada de esa Historia, puesto que sirve para regular las normas del sujeto humano, lo que está conforme a la regla, a la Ley (definición de todos los Manuales de Derecho Civil): vive en la Historia misma para fijar esas normas, y debe obedecer al movimiento de ese magno proceso histórico y contemplar también ese pasado para interpretar mejor el presente. “Es imposible, escribe Savigny, concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que no sea en relación con su pasado”. El carácter de la evolución histórica, y especialmente la historia del desenvolvimiento jurídico es de tal naturaleza que en verdad el presente casi no existe: lo único real que se percibe distintamente es el pasado”.

En cuanto a las escuelas para el examen de las instituciones, podemos resumirlas en dos principales: **histórica** y **evolucionista**. Savigny da la pauta del **Historicismo** que se caracteriza por su método de investigación esencialmente filológico: **reconstruye las instituciones, según los monumentos de las respectivas lenguas y no sólo jurídica sino literariamente**. Siguen la misma escuela Savigny, Ihering, Mommsen, Sumener y Macre.

A su lado está la escuela evolucionista que arranca de la doctrina biológica de la descendencia de Darwing aplicada a las ciencias sociales por Spencer. Trata de explicar el origen prehistórico del hombre con la observación de los actuales pueblos salvajes. Respaldan esta tendencia sociológica en boga en el siglo XIX: Herbert Spencer, Letourneau, Otto Gierke, Stammer. Este **Evolucionismo** es fuente fecunda de observaciones antropológicas y económicas para la Historia, completada actualmente por la Teoría Pura del Derecho.

“Al procedimiento filológico de hacer historia del Derecho antiguo, propio de la escuela histórica, escribe en su notable obra acerca de la “Historia del Derecho Argentino”, el Dr. Carlos Octavio Bunge,



ha venido a sumarse en nuestros tiempos un nuevo procedimiento que podía llamarse sociológico. Me refiero a los estudios del evolucionismo que ha hecho la Historia del Derecho”.

La escuela histórica del Derecho se ha ramificado a su vez y se ha vivificado desde Savigny, Hugo y Puchta, fundadores del “historicismo jurídico”, hasta Ihering, Mommsen, Sumener y Macre, renovadores e intérpretes originalísimos de esa escuela. Pero antes corrió ese historicismo por otros cauces filosóficos guiado por Schelling y Hegel.

Tres etapas distintas podemos señalar en la historia de esta escuela. Ese Historicismo filosófico de Schelling y Hegel. El Historicismo político de la Restauración que se opuso a la Revolución francesa. I el Historicismo jurídico alemán iniciado por Federico Carlos Savigny. “El Derecho, dice Savigny, vive prácticamente de las costumbres, que son la expresión inmediata de la conciencia pública popular”.

6. **Hacia una Teoría Pura del Derecho.**—Savigny había creado realmente una Teoría Pura del Derecho. Opúsose en Germania a la tendencia racionalista que pedía una Codificación. Creía que la conciencia jurídica popular estaba fuera de las Leyes, verdaderas fosilizaciones del Derecho, algo muerto y artificioso que detendría la evolución jurídica...” “Las leyes tienen una función secundaria, acaso dañina en ocasiones, escribe Savigny. Las leyes no hacen más que fijar (casi inmovilizar, cristalizar) los principios elaborados ya por la conciencia jurídica popular. Sólo ésta es fuente auténtica y genuina del Derecho”. Al contrario, Thibaut, Rector de la Universidad de Heidelberg, sostuvo la unificación del Derecho alemán como indispensable vestíbulo para la unidad política y estatal del Imperio. Este Positivismo jurídico tomó de la mano el Código y preconizó que era necesario dar el contenido del Derecho en forma precisa y categórica, como normas obligatorias, “sustituyendo las reglas inciertas, equívocas y fugitivas del uso por prescripciones claras, indiscutibles y netamente determinadas”. La Historia demuestra, no obstante, que las naciones que abrevan en las costumbres y tradiciones su Derecho puro y que son refractarias a los Códigos, disfrutaban de mayor libertad y vida jurídica. Bastará recordar a la Gran Bretaña y a los Estados Unidos de América, frente a Alemania, Italia, España, pueblos de positivismo jurídico.

Ésa Teoría Pura del Derecho se conmueve con la obra de Kelsen que “es la más alta realización del Positivismo jurídico, concebido en su más límpida pureza, escribe el profesor Bustamante y Montoro en su magnífico ensayo “Teoría General del Derecho”. Por haber extrañado sus senderos la Ciencia Jurídica Tradicional recibe el castigo de Kelsen en esta exposición que es como un anatema a la escuela posi-

tivista. "La Teoría Pura del Derecho, dice, es una teoría del positivismo jurídico."

Este es el problema todavía sin solución. El pleito de las generaciones. Kelsen identifica el Estado y el Derecho. "Entiéndase por Estado, escribe, la personificación metafórica del orden jurídico total. Estado y Derecho son, pues, dos expresiones que designan un mismo objeto. Concebir el Estado aparte del Derecho y como creador y soporte del mismo es convertir arbitrariamente una relación lógica en genética."

En verdad hay un viraje en la concepción, una reversión hacia el pasado jurídico; retornamos al Derecho Natural para crear la Teoría Pura del Derecho. Pero no la de Hegel y Savigny, sino la trascendental teoría innovadora de la Escuela de Viena. "Ver el Derecho positivo tal como es, escribe Bustamante y Montoro. Es algo que suena, aún para el oído del profano, con timbres tan suaves, tan acostumbrados, que produce la ilusión de que siempre ha estado a nuestro alcance; de algo que llevábamos dentro como una convicción olvidada, de puro consabida."

Delvecchio en su "Filosofía del Derecho" nos hace observar como se trata "de una cuestión filosófica, de un problema de Ontología, a saber, del problema acerca del ser del Estado."

Cuando comparamos las dos clásicas concepciones de Estado y Derecho hemos contemplado mirajes distintos. El Estado como supuesto y garantía del Derecho. El Derecho como supuesto del Estado. El Estado como una realidad en oposición al Derecho como un sistema ideal de normas. El Estado como una fase jurídica del desenvolvimiento histórico de las instituciones humanas. El Derecho como una potencia o meta de la evolución del Estado. Puros estados de Derecho.

De modo que siempre Estado y Derecho fueron cosas distintas, contenido ideológico radicalmente opuesto. "Antes de que Kelsen lanzara la tesis de la identidad entre el Estado y el Derecho, existía la convicción, agrega Delvecchio, de que eran cosas diversas aunque mediando entre ellas ciertas relaciones."

La concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como técnica social se identifica con la teoría de la fuerza de estructura germana en virtud de la cual los que disponen de mayor poder, gobernantes, someten a los demás, gobernados. "Si el Derecho, escribe Kelsen, considerado con criterio puramente positivista, no es otra cosa que un orden coactivo exterior, conviértese en una específica técnica social: la situación social deseada prodúcese, o trátase de producirla, enlazando como consecuencia un acto coactivo (privación coactiva de un bien: la vida, la libertad, un valor económico) a la conducta contraria a esa situación. De este modo, puede perseguirse cualquier finalidad social."

Se dan de la mano Kelsen e Ihering afirmando la identidad de la fuerza y el Derecho. Se reducen esas doctrinas, según León Duguit, a "relaciones de motivación psíquica", puesto que afirman la ausencia del poder social, que es en esencia la teoría de Luis de Heller.

Edificase sobre estas hipótesis una Teoría Pura del Derecho abrevada directamente de la naturaleza íntima del hombre y de sus vinculaciones con lo que le rodea. El Derecho Positivo con su "nueva sed de Justicia" le está dando la razón. Tiene sus raíces más profundas esa "teoría pura" en las antiguas concepciones del "alma popular y de la voluntad colectiva" de Savigny, Sahl, etc. y en las modernas concepciones de Mommsen, Sumner y Macre. Desmiente la "teoría de la Institución" como "una idea de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, y en virtud de la cual se organiza su poder que se vale de órganos." Teoría de Hauriou, Georges, Delos, etc. Abomina de la "teoría de la fuerza" de Heller, con irradiaciones hasta el mismo émulo de Ihering. Se enlaza a la "teoría sociológica de la interacción o influjo recíproco" de Simel. "Hay una forma social donde quiera que los hombres entran en acción recíproca, en interacción". Fabricase así la vastísima zona de la vida social moderna. I acata la **Teoría Pura** la doctrina de "la doble cara del Estado", las fases sociológica y jurídica. "Una real, fenoménica, que exige una consideración sociológica; y otra ideal, normativa, que ha de ser objeto de la ciencia jurídica". Esta mantenida por Gerber, Jellinek, Hauriou, Posada, De los Ríos, etc.

La Teoría Pura del Derecho hacía la cual retornamos después del cansancio del positivismo jurídico, se alza ante el edificio de la norma jurídica cuya historia integral vamos a desenvolver en este curso, y que Ihering resume cuando lanza su frase hiriente de que "ningún jurista tiene la urgente e indispensable conciencia de lo que era la construcción jurídica."

**7. Homogeneidad y simultaneidad del movimiento jurídico-histórico.**—La Historia no consiste sólo en el relato de una sucesión de acontecimientos separados e incoherentes, aunque sean simultáneos y coexistan en el tiempo, sin una íntima conexión y afinidad psíquica, o sin una unidad normativa, histórica, cultural, política: hay que establecer la coordinación fenoménica de esos sucesos, trocándolos en homogéneos y rítmicos, coadyuvando a la vez en el movimiento histórico y jurídico de la evolución social y del progreso, para que pueda fijar conceptos en la exposición histórica del Derecho. Indispensable es, pues, establecer la diferenciación entre el simple carácter histórico de algunos hechos y su unidad, según Ihering; fijándose, además, la índole antihistórica de otros acontecimientos que coadyuvan, sin embargo, en el tiempo. Los hechos por sí solos no forman la Historia, como las normas aisladas no constituyen el Derecho, agrega Ihering,

sino que es la conexión de estos hechos y estas normas con el fin de construir la unidad histórica y la unidad normativa, las que establecen el desenvolvimiento histórico-jurídico y su ritmo inalterable al través de las generaciones. Aceptar la tesis contraria sería tomar por Historia todo lo que acontece, que es la verdad desnuda no convencional, en que ella es proceso orgánico universal, y conduciríanos a fijar —haciendo abstracción completa del “tiempo”— la conexión lógica y dogmática que entrelaza los humanos sucesos. De donde es misión básica de la Historia del Derecho descubrir o revelar esas conexiones íntimas entre los hechos y las normas, de que se ocupa como objeto principal de su estudio múltiple, perfecto, analítico y sintético a la par. Debe, pues, haber una unidad, homogeneidad y simultaneidad en el desenvolvimiento histórico y en la evolución jurídica de la Sociedad y de sus instituciones.

**8. El factor “Tiempo en la Historia”. Historia Política e Historia del Derecho.**— No son cosas iguales: Historia Política e Historia del Derecho. Una, la Historia Política, hace desfilar ante nuestra vista una serie de hechos que han formado el desarrollo general o crecimiento de la sociedad humana, en tanto que la Historia del Derecho conoce sólo del relato histórico y jurídico, desde el punto de vista integral, trascendente, en las líneas generales de las instituciones universales, y la historia especial de las mismas en cada época y en cada país. De ahí que hayamos dividido la Historia del Derecho que vamos a explicar en dos partes primordiales que respondan a estas dos denominaciones: Historia General del Derecho. Historia Especial del Derecho.

Una mera enumeración de hechos jurídicos o de normas no puede constituir ni formar la asignatura que figura en nuestros programas como “Historia del Derecho” en general, ni mucho menos la Historia particular de un país: v. g. la Historia del Derecho Francés que nos sirvió de patrón en los llamados Códigos Dominicanos. Tampoco todas las leyes que en un país se hubiesen dictado acerca de una materia específica cualquiera de Derecho: impuestos sucesorales, papel sellado, tarifa de importaciones y otras tantas líneas jurídicas que están contenidas en las colecciones legislativas nacionales, ya que eso no sería hacer Historia del Derecho Dominicano, sino una Historia de la Legislación Nacional Especial. “Historia del Derecho es, dice Córdoba, una rama de la Historia general que trata de dar a conocer las leyes e instituciones jurídicas que han aparecido en los diferentes pueblos de la tierra. Puede ser General o Particular: General cuando se refiere a todas las naciones civilizadas, y Particular cuando se concreta a un pueblo determinado.”

En ese sentido Historia General del Derecho abarca todos los pueblos del Oriente, Grecia y Roma, y todos los que forman hoy las na-

rionalidades modernas: toda la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Actual. Historia Especial del Derecho es la Historia del Derecho Francés, la Historia del Derecho Español, la Historia del Derecho Dominicano, etc.

En una y otra Historia el factor tiempo es común, pero el tiempo como una unidad universal aparece en la Historia Integral del Derecho, y como unidad particular en la serie de normas jurídicas nacionales.

9. **Historia Externa e Historia Interna del Derecho.**—Por razones de método, por el propio contenido de la **Historia del Derecho** en torno de la cual discurremos, debemos dividir ésta en dos: **Historia Externa**, e **Historia Interna del Derecho**.

El contenido de la **Historia Interna del Derecho** son las instituciones estudiadas en sí mismas, según René Foignet en su "Tratado Elemental de la Historia del Derecho Francés". Esta **Historia Interna** se refiere a "las transformaciones que han sufrido las instituciones jurídicas" como agrega Bunge en su "Historia del Derecho Argentino". En cambio, la **Historia Externa del Derecho** se refiere sólo al estudio del origen político de las normas jurídicas, esto es, de las **Leyes**, de las **Ordenanzas**, de las **Instituciones**, de las épocas en que fueron dictadas, del poder que las sancionó; pero no investiga esas instituciones en su sustancia o esencia en sí, en sus orígenes mediatos o antecedentes remotos; en el dominio de su vigencia efectiva; ni se detiene en las evoluciones paulatinas porque atraviesa cada **Código**, **Ley** o institución jurídica hasta plasmarse, al fin, en el sistema legal de una época cualquiera. Esa es materia obligada de la **Historia Interna del Derecho**. En la **Historia Externa del Derecho** predomina el factor "tiempo" sobre el elemento íntimo o conexión interna de los hechos o normas jurídicas, y comprende las **Leyes**, **Ordenes**, etc. de una legislación específica: por ejemplo, el **Derecho Dominicano** al través de sus períodos históricos sucesivos; mientras que la **Historia Interna del Derecho** significaría de modo exclusivo lo dogmático de esas instituciones y se orientaría por cursos puramente filosóficos, aunque naturalmente se afiance en la **Historia Externa** que le da material y su contenido para abordar el fondo del Derecho: penetrará el principio jurídico que fué histórico en cada uno de los períodos porque hemos atravesado: el **Derecho Indígena**, el **Derecho Indiano**, el **Derecho Castellano**, el **Derecho Francés** y el **Derecho Dominicano**, aunque no propiamente dicho hasta que no se voten los genuinos **Códigos Dominicanos**. "En la exposición de la **Historia del Derecho** hay que dar preferencia a las afinidades internas de los hechos en lugar de fijar nexos en el tiempo, que es como secundario", anotó en sus "Apuntes para Cátedras" nuestro predecesor el Licenciado Froilán Tavares, hijo.

HISTORIA GENERAL  
DEL DERECHO



LIBRO PRIMERO

DERECHO PRIMITIVO



## CAPITULO I

### PANORAMA DEL DERECHO EN LOS PUEBLOS MAS REMOTOS DE LA HISTORIA

1. Modalidad común de las legislaciones antiguas que sirven de fuente de algunas instituciones modernas. 2. La civilización materialista del primitivo Egipto y el carácter práctico de su cultura y de su Derecho rudimentario. 3. Unidad histórica del Estado egipcio como hecho fundamental de donde parte su historia, y la unificación de su Derecho esencialmente tradicionalista. 4. El Estado en Egipto como en China es burocrático y no patriarcal hasta el ocaso de la Antigüedad clásica. 5. La monarquía egipcia no es un principado natural establecido por una raza de príncipes, sino el resultado de un hecho histórico en el que triunfan el orden y la Ley y prosperan la cultura y el Derecho o Justicia. 6. Las tres instituciones privadas más viejas del Egipto (Matrimonio, Adopción y Anticresis). 7. Organización de la Familia y Administración de la Justicia egipcias. 8. El Indostán no era un pueblo de Derecho: las normas jurídicas hindúes tomadas de los griegos y los árabes. 9. La propagación del Budismo favoreció una Constitución política: los brahmanes y las profesiones hereditarias. 10. La sociedad rashputa corresponde no tanto al Feudalismo cuanto al grado de civilización que le precedió inmediatamente en la evolución natural de la Sociedad. 11. El origen divino de las leyes y la transformación del Derecho indostánico. 12. El régimen de la familia y la ley fundamental de matrimonio entre los rashputas. 13. El Indostán es la cuna de varias de nuestras instituciones de Derecho Privado; la Sucesión, la Adopción, la ley ateniense y su similitud con la indostánica. 14. Los privilegios y la hipoteca en la época védica en la India y el Egipto. 15. El Código de Manú como el "Libro de la Ley": no es un verdadero Código; su contenido y antigüedad.

BIBLIOGRAFIA: Aguanno (D), "La Génesis y la Evolución del Derecho Civil (1890)"; Brenes y Córdoba (A), "Historia del Derecho (2ª Ed.)"; Dareste, "Estudios de Historia del Derecho"; Debranich, "Elementos de Historia del Derecho"; García Calderón (V), "Leyes de Manú (versión castellana)"; Icard (C), "Historia de las instituciones jurídicas"; Jastrow (J), "Historia Universal (1937)"; Jones (W), "Instituto de la ley india (traducción inglesa)"; Jacob (W), "Apuntes de historia de las instituciones jurídicas"; Loiseleur Deslongchamps (A), "Código de Manú (Prefacio de la versión francesa)"; Laurent (F), "Historia de la Humanidad"; Masperó, "Historia Antigua de los Pueblos de Oriente"; Oncken, "Historia Universal (Egipto, India)"; Seignob, "Historia de la Civilización (Antigua)"; Spengler (O), "La Decadencia de Occidente (1938)"; Wells (H. G.), "Esquema de la Historia".

1. **Modalidad común de las legislaciones antiguas que sirven de fuente de algunas instituciones modernas.**— Los pueblos más remotos de la Historia no tienen un Derecho perfectamente caracterizado como los pueblos contemporáneos. Ni siquiera como los de la Antigüedad clásica: el pueblo griego o el pueblo romano. Pero en ellos, sobre todo, en el Egipto y en el Indostán, se hallan los orígenes del Derecho moderno. Algunas de las instituciones privadas y el mismo Derecho Público nacieron siquier de modo rudimentario en esas viejas civilizaciones. Por eso, tanto interesa su estudio a la Historia del Derecho. Aunque apenas rozaremos a la milenaria China cuyo Derecho es muy diverso al Derecho europeo occidental que se ha universalizado, y que, por lo tanto, no tiene que ver en nada con nuestras actuales instituciones. Nuestra exposición y análisis se habrán, pues, de detener, en ese Egipto, y en esa India, países-madres de la Historia que se disputan la antigüedad en el mundo. Los dos pueblos, que han subsistido al través de milenios, creen haber sido cuna de la Humanidad.

Hay, sin embargo, “un carácter común a todas las civilizaciones antiguas, dice Alberto Brenes Córdoba: la idea religiosa domina y absorbe las otras manifestaciones del espíritu: política, filosofía, derecho y ciencia, están subordinadas especialmente a la religión y bajo la dirección y dependencia del poder sacerdotal”. De modo que el relator descubre una modalidad común en las normas jurídicas de egipcios, indios, chinos, hebreos, asirios, persas, etc. (de todo el torrente de pueblos primitivos de la Historia): el Derecho al servicio de Dios y de su ley, que a veces manda a matar y a robar como holocausto a la misma cruel y enigmática divinidad del Oriente.

2. **La civilización materialista del primitivo Egipto y el carácter práctico de su cultura y su derecho rudimentario.**— En el Oriente se destaca nítidamente Egipto, según Herodoto y Diódoro de Sicilia, por sus notables leyes que recaban casi todas las materias jurídicas de carácter general y hasta algunas normas y reglas de la propia legislación de su Justicia que funcionaba como una maquinaria perfecta, de acuerdo con sus ideas y sus costumbres extrañas y originarias, en muchos puntos idénticas a otras antiguas comunidades y hasta con ciertos contactos con la legislación actual en materia de penas, exagerando sólo la forma del castigo y del delito por la fase del progreso cultural por que atravesaba el primitivo Egipto. Esta civilización era absolutamente materialista, y en ella es imposible determinar las gradaciones intermedias desde el estado embrionario hasta la segura rutina de la época de las pirámides, coexistiendo ya con la civilización helena, como hace observar en su **Historia** el profesor Oncken. Porque la historia de los pueblos orientales ha sido transmitida hasta nosotros por la tradición oral y escrita, al través de Herodoto, Jene-fonte, Diódoro y otros historiadores griegos.

Es práctico el carácter de la cultura egipcia a pesar de que vivía en eterno, para perpetuar el pasado que era inmovible según su filosofía. De ahí sus monumentos colosales, su escultura ciclópea; su arte, en suma, cuyo sino o símbolo primario es el sendero recto e infinito, al decir de Spengler. Pero, no obstante el Egipto vivir para el culto del ayer, imprime un sello de absoluta realidad a sus normas jurídicas y a sus prácticas judiciales inspiradas en la vida cotidiana. Se traducía singularmente ese carácter práctico y real de su cultura y de su Derecho en crearse y asegurar por medio de sus instituciones una vida regalada y estable. Instituciones privadas, de carácter civil, que ya mencionaremos, las cuales tuvieron su génesis en el Antiguo Egipto. Problemente en la época de **Toth** (el personaje más célebre en la historia egipcia), elevado a la categoría de divinidad, quien figura con el nombre griego de **Hermes Trimegisto**, tres veces grande: como rey, sacerdote y legislador. Inició éste a su reino en la escultura, en la escritura, y le dió las primeras instituciones que la cronología hebrea hace florecer en tiempos de Abraham o sea, 2,266 años antes de la era vulgar. De aquí arrancan la mayor parte de los castigos egipcios: la pena de muerte, la mutilación de miembros, la esclavitud, el látigo, el ayuno, la prisión, confiscación de bienes, declaración de infamia, arresto, multa y trabajos forzados.

En cuanto a la imposición de la pena capital, ésta se hacía de diversas maneras o revestía varias modalidades en su aplicación: decapitación, horca, fuego, crucifixión, suplicio o el sistema de la asfixia por la ceniza (sofocaban al penado, encerrándole en un cuarto pequeño lleno de ceniza, aventada por medio de una rueda). El perjurio se castigaba con esta dura pena porque estaba considerado como un doble crimen a la divinidad y a la majestad de la Ley.

“Entre las leyes concernientes a los soldados había una —dice Diódoro de Sicilia— que imponía, no la muerte, sino la infamia, a todo desertor o al que se había negado a la debida obediencia con respecto a sus jefes, etc.”

**3. Unidad histórica del Estado Egipcio como hecho fundamental de donde parte su Historia, y la unificación de su derecho esencialmente tradicionalista.**—El Estado egipcio no abarcaba originalmente todo el valle del Nilo, y la unidad que se formó con los distritos o “nomos” hasta el período romano. Eran una serie de Estados independientes con sus órganos e instituciones peculiares o sui géneris. Después se formó un solo Estado, pero no se sabe cuál fué el proceso de la Historia entre esos Estados fragmentarios o autónomos y ese Estado ya unido del Egipto que han recogido los glosadores de su legislación. Tampoco se tiene averiguado el número ni las circunstancias que cambiaron sucesivamente su cultura y su Derecho; pero sí se tiene certidumbre de que en un momento determinado, esos dis-

tritos independientes o **nomos** formaron un Imperio que más tarde debía fusionarse con otro imperio rival y componer el Egipto que conocemos al través de lo que nos relata Herodoto.

Antes de cerrarse ese proceso en que se formó el gran Estado egipcio, hubo pugnas y guerras que duraron siglos, tal vez milenios, hasta llegar a ese poder céntrico que constituyó el Egipto de los faraones, de las pirámides y de los grandes templos. Por fin, se agruparon esos Estados errátiles y antagónicos en dos grandes Imperios: el imperio del Sud, el cual formaba todo el largo y estrecho valle del Nilo, desde la frontera Nubia hasta más abajo del "Fayum"; y el imperio del Norte que comprendía el Delta y el territorio que formó luego la antigua y gloriosa ciudad de Menphis, la más importante del imperio Tebano.

Esa división natural en los valles del Nilo sobrevivió mucho tiempo a la fusión de esos dos Imperios que aun formando un solo Estado del Egipto lo hicieron artificialmente y desde un punto de vista político, sin tomar en cuenta aspectos económicos y administrativos de las diversas regiones que geográficamente siguieron delimitadas. Pero ésto es ajeno al tema en torno del cual giramos en esta oportunidad. Aunque nos interesa consignar tal división administrativa: Delta, Heptanomis y Tebaida, la famosa, sobre la cual se ha escrito un poema épico inmortal. También, según Herman, uno de los investigadores más avisados de la civilización egipcia y que más han estudiado sus instituciones, persistió ese desmembramiento administrativo de los territorios dentro de la misma unidad del Estado, o sea, hay a la vez, un Egipto cohesionado y dividido administrativamente, en tres regiones apartes. Esta es una de las anormalidades que anota el expositor de la Historia del Derecho al examinar las instituciones de Oriente.

Ahora, bien, es de esa unidad histórica del Estado egipcio como hecho fundamental, de donde parte la historia del Egipto, y la unificación de su rudimentario Derecho, esencialmente tradicional.

Egipto transmitía sus reglas de conductas y sus normas (todo lo que hemos llamado Derecho), así como su espíritu filosófico, al través de su tradición. Como pueblo tan viejo como el mundo la tradición oral perpetuó, en las generaciones —al través de la cadena de los siglos—, esas normas jurídicas que eran el legado sagrado de sus costumbres, y que han recogido los historiadores sólo desde el sucesor vigésimo cuarto de la dinastía de Menes (Snofrú), según la cronología de Menathon escrita por Ulster, a pesar de que la Teogonía le hace remontar hasta el fabuloso Toth de cabeza sagrada como el Ibis.

La unidad del Estado se consolidó en este Snofrú, descendiente de Menes, quien según la religión de ese antiquísimo país, había sido fundador del mundo. Duró esa dinastía 350 años: y ahí fué donde se desarrollaron el progreso y la civilización egipcios. Así lo consigna Masperó en su **Historia de los Pueblos de Oriente**.

4. **El Estado en Egipto como en China es burocrático y no patriarcal hasta el ocaso de la antigüedad clásica.**—Según el relato de Herodoto de Halicarnaso, en Egipto como en China, el patrón de Estado fué la burocracia, lo que vale decir, niega a Homero que en la *Iliada* y la *Odisea* parece que fija la forma patriarcal. No había, como afirman las epopeyas homéricas, una constitución primitiva y sencilla. El Estado patriarcal no aparece hasta fines del desenvolvimiento de la antigüedad clásica: durante la monarquía de Diocleciano y de los bizantinos, no encontramos una forma de Estado que corresponda al período de las Pirámides. Ese período fué muy largo.

5. **La monarquía egipcia no es un principado natural establecido por una raza de príncipes, sino el resultado de un hecho histórico en el que triunfa el orden y la ley y prosperan la cultura y el derecho o justicia.**—La monarquía no es en Egipto un principado natural establecido por una raza de príncipes como en otros pueblos de Oriente, sino que es el resultado de un hecho histórico. De modo que la creación de la monarquía nacional entre los egipcios significaba al propio tiempo el triunfo del orden y de la Ley en todo el territorio y durante el comienzo de un vasto período de paz, en el cual prosperan la Agricultura y la Industria y alcanzan notable apogeo el bienestar, la cultura y el Derecho o Justicia (estos dos términos son sinónimos ¡en tan remotísimo pueblo!). El Rey es “el Señor del Derecho”, la encarnación y fuente de todo orden y sentencia jurídica: castiga a los malvados y ampara a los débiles.

6. **Las tres instituciones privadas más viejas del Egipto (Matrimonio, Adopción y Anticresis).**—En cuanto a las instituciones privadas egipcias que nos interesan, hay dos que han pasado al Derecho moderno en que debemos detenernos. Una es la Adopción: Egipto conoció la Adopción como la practicaron los asirios, hebreos y judíos. De ahí la tomaron los griegos que después la transmitieron a los romanos. Tal es la cadena jurídica de esta institución actual.

También hay otra institución muy importante de nuestro Derecho que floreció en las orillas del Nilo. Estamos refiriéndonos, a la Hipoteca, y sobre todo, el Anticresis. Ese contrato real por el cual el deudor entrega a su acreedor un inmueble para que disfrute de él como propietario y se compense así por los frutos que deriva del mismo ese capital que tiene invertido y comprometido en la deuda, durante todo el plazo del contrato, que vencido éste pueda apropiárselo, cumplidas ciertas formalidades legales. Esa es la diferencia fundamental con la hipoteca en que la propiedad queda siempre en manos del deudor hasta la expropiación y el pago de su precio al acreedor, o la adjudicación de dicho inmueble en favor de este último. En el Derecho del Egipto también como en la nuestra por el Anticresis se entregaba por el deudor

su inmueble al acreedor que provisionalmente pasaba a ser su propietario hasta el final del plazo acordado, bien que expirado éste, allá, pagaba o perdía automáticamente el dominio para siempre del bien raíz abandonado en esta forma por el originario propietario. Ese convenio se hacía por un contrato oral o compromiso honorable, sin juramento, pues, en Egipto, como en casi todos los viejos países no existía el juramento que era producto de tiempos más avanzados. En algunas legislaciones antiguas sólo se reservaba para el matrimonio, institución primaria de la Humanidad, y como una formalidad religiosa que exigía la Ley identificada con Dios. Esas son (el Matrimonio, la Adopción y la Anticrisis) las tres instituciones más lejanas en el Egipto y que hallamos todavía incorporadas a nuestra ley civil contemporánea.

**7. Organización de la familia y administración de la justicia egipcias.**— Probablemente el Antiguo Egipto como otros remotos pueblos empezaron por el Matriarcado, y es en la época prefaraónica o por lo menos con mucha posterioridad al primitivo Egipto que se establece el patriarcado en la familia como base de su organización social. De todos modos lo cierto es que en los primeros tiempos de la vida egipcia, la mujer no estaba sojuzgada al hombre por el poder marital que creaba el matrimonio: era independiente el sexo femenino. Algo curioso registra la historia de esas instituciones familiares: los oficios estaba invertidos: el hombre se ocupaba de la casa, hilaba, tejía, etc., y la mujer compraba, vendía, negociaba públicamente y ocupaba cargos en la Administración. Además, la costumbre establecía que los varones tomaran como esposas a sus propias hermanas. Los bienes de familia se dividían a la muerte del jefe de ella en partes iguales entre los hijos e hijas y la viuda. Prevalcía la poligamia en la época primera; pero después a más del matrimonio principal con la "señora del hogar" (**neb pa**), se permitía otro de orden secundario. Los hijos de una y otra unión tenían derecho a partes iguales en la herencia. El rey Amaris estableció el matrimonio civil y encargó para su celebración a los funcionarios del censo de la población. Practicaban el matrimonio religioso las personas piadosas.

En el período faraónico la mujer perdió su hegemonía y el poder marital se asemejó al **manus** latino o sea, la opresión del sexo débil. La compra de la mujer por el marido fué la base del matrimonio. Luego se estableció la comunidad conyugal y la mujer tenía una hipoteca legal sobre los bienes del marido para responder de los bienes propios si éste disponía de ellos y poder reintegrarse de su primitivo capital. Existía el Divorcio y podía ser pedido indistintamente por uno u otro cónyuge.

Respecto de la Administración de Justicia podemos decir que era función independiente que ejercían los sacerdotes, quienes elegían, entre ellos, treinta jueces que formaban el Tribunal y estaba regido por uno

que era el Presidente y dirigía los debates en los asuntos contenciosos que les eran sometidos. El procedimiento era sencillo y escrito. Al notificarse el fallo a los litigantes, el Presidente lo hacía presentando la imagen de la diosa MA (la verdad), la cual llevaba pendiente del cuello por una cadena de oro; y de este modo terminaba el pleito.

**8. El Indostán no era un pueblo de Derecho: las normas jurídicas hindúes tomadas de los griegos y los árabes.**—El Indostán es un pueblo de potente imaginación, de grandiosas epopeyas y de espíritu filosófico; pero nó un pueblo de Derecho. Sus obras literarias como el famoso "Ramayana" son verdaderos monumentos que sirvieron de fuente legítima a la "Iliada", entre otros poemas épicos ya inmortales, empero sus normas jurídicas no tienen nada de originales y fueron idénticas a las de otros pueblos con los cuales estaba en relación, especialmente del griego y del árabe. En el siglo XI el Derecho indostánico era el mismo Derecho arábigo que tanto influyó en esta época al Asia.

Cuando el célebre Atbiruni, el amigo de Mahmud de Ghazni, primer conquistador de la India, atravesó toda la Península, impuso en dicho siglo XI el propio Derecho de los árabes. Entonces era la civilización islámica el centro de la ciencia. Desde esa época la legislación índica y arábiga se confunden en una sola en cuanto al Derecho Privado.

**9. La propagación del budismo favoreció una constitución política: los brahmanes y las profesiones hereditarias.**—Referente al Derecho Público de la India hay que decir que la propagación del budismo favoreció una Constitución política que desapareció después, dividiéndose el país en numerosos reinos: monarquías absolutas, independientes y rivales. La sociedad indostánica tal como la encontramos en Ojein, descansa, como en los tiempos de Megastenes y como en nuestros días, sobre el régimen de castas. Se ha tratado de indagar si esta sociedad obedeció o nó a modelos de otras civilizaciones orientales paralelas. Encontramos, por de pronto, que las profesiones eran hereditarias como lo fueron en todos esos países. Al hijo le era impuesta la obligación de seguir la profesión de su padre: situación social estacionaria que se establece en Europa durante la Edad Media. Había una jerarquía social complicadísima pero en la cual figuraban a la cabeza los brahmanes. Estos eran al propio tiempo ascetas y elegantes vívidores: participaban de esa doble condición psíquica de hombres de mundo y de filósofos contemplativos que no se aunaron ya más en parte alguna, ni en ninguna etapa de la civilización. Por éso los brahmanes tuvieron tanto influjo en los destinos de su extraño pueblo y se mezclaron y asieron a la propia entraña de la sociedad misma que dominaron para siempre. Ellos mantuvieron la división de

castas con sus usos y costumbres peculiares y entre las cuales no podía haber el más mínimo contacto.

10. **La sociedad rashputa corresponde no tanto al feudalismo cuanto al grado de civilización que le precedió inmediatamente en la evolución natural de la Sociedad.**—El estado de la sociedad rashputa corresponde, no tanto al Feudalismo cuanto al grado de civilización que le precedió inmediatamente en la evolución natural de la Sociedad. Ese trabajo de agrupamiento que parte del individuo aislado y salvaje, para llegar a nuestros Estados modernos tan complicados y homogéneos, pasó en general por una serie de formas de las cuales las principales fueron la familia, la tribu, el clan y la organización feudal, y en fin, la nación perfectamente organizada. “El sistema rashputa no es el del feudalismo sino el del clan, según Oncken.” El clan no es originalmente sino la familia ensanchada; pero es casi imposible llegar de la familia al clan, sin pasar por la tribu.

11. **El origen divino de las Leyes y la transformación del derecho indostánico.**—En este sistema social el jefe de esa tribu o clan, primero, y el Rey, en el estado evolutivo histórico más completo que hemos descrito, eran los llamados a ejercer la función de Administrar Justicia. Pero, en esta elevada misión, el soberano hindú que participaba de la naturaleza divina, era asistido por los mismos dioses en la interpretación de la Ley.

Los indostánicos creían firmemente que las leyes habían sido dictadas por los dioses a los hombres, y que, observándolas, alcanzaban la felicidad: la salvación del alma después del tránsito temporal de la vida. Por tal razón, eran sus preceptos legales de rango divinal, y no podían ser derogados por los humanos, ya que Dios no se equivocaba ni debía ser corregido jamás. De donde un número considerable de los principios contenidos en esas leyes no correspondían a los apremios de su propia vida y a las necesidades de su existencia precaria que había recorrido milenios. Surgió de esta diferencia esencial de los regímenes social y jurídico de la India el imperativo legislativo de transformar su Derecho en los últimos tiempos en que ya es un dominio de la Gran Bretaña. Para establecer cambios en esta tradicional ley sagrada se ha atendido más a las genuinas costumbres que autorizan los propios textos de la misma en que se fija que “el rey, que conoce la ley sagrada, debe inquirir las leyes de las castas, países, gremios y familias y así dictar la ley peculiar a cada uno.”

12. **El régimen de la familia y la Ley fundamental del matrimonio entre los rashputas.**—En la familia india prevalecía el sistema patriarcal, según Masperó y los orientalistas. De acuerdo con las le-

yes Manú, la autoridad se atribuye al padre, durante su vida, y a su muerte se traslada esa autoridad al hijo mayor, si la familia continúa indivisa. Pero los hijos ya quedan en libertad de escoger entre seguir juntos —dentro de la familia— o separarse, aunque la Ley recomienda esto último.

Es de observar, sin embargo, de que no se trata tan sólo en este régimen de la familia de su patrimonio peculiar sino también de la propia jefatura del matrimonio.

Si examinamos los dos principales comentarios de la ley hindú, se notará que implican y se exponen en ellos, dos teorías bien opuestas, por cierto, acerca de la institución patrimonial de la familia. La primera es mantenida por el Mitacshara en el sentido de que los hijos están asociados a su padre y forman una especie de sociedad de bienes o patrimonio común que sólo se disuelve por la muerte de aquél. I la segunda que se le opone es el Dayabhaga, sosteniéndose que sólo adquieren esos hijos derechos sobre el patrimonio del padre cuando éste muere o les abandona para adoptar otra religión y lo que en la India es como la muerte civil en la antigua legislación francesa.

Además de los descendientes del progenitor común, dice Debr nich, son factores en tal sociedad patriarcal, la cónyuge y las hijas solteras. Por más que en realidad la participación de ellas en la vida de familia es muy pasiva y casi nunca se les toma en cuenta ni pueden prácticamente ejercitar sus derechos meramente teóricos.

En todo el país indostánico la característica de ese sistema de familia es que conserva su unidad al través de su larga historia. La familia en su modalidad más completa está asociada para cumplir sus fines vitales, religiosos y económicos. “La familia india completa, según Jacob, está vinculada socialmente para satisfacer el triple fin de su existencia: la subsistencia por medio de la alimentación, el bien espiritual por medio del culto y el disfrute de sus bienes comunes por una sabia administración de su patrimonio.”

Importa, pues, que aceptemos una u otra interpretación del régimen social de la familia, esto es, el Mitacshara o el Dayabhaga, ya descrito; existe una finalidad invariable en su manifestación dentro de la comunidad india. Cada familia tiene allí un hogar común a todos sus miembros pero sin que tal afirmación signifique que deban estar agrupados continuamente todos ellos en una misma casa, sino que hay un sitio incommovible y que pertenece a todos y a cada uno, en donde se guardan los dioses, se practica el culto de la familia y al cual se puede acudir en cualquier momento en que la necesidad o los lazos espirituales lo exijan. La Administración de los bienes y la dirección de los negocios de los componentes de esta primaria sociedad humana, pertenecen por la ley hindú al jefe que es el padre, y en su defecto, el varón de más edad, aunque con la cooperación de los demás hermanos y la madre si está viva.

Ahora en cuanto al matrimonio, que entra en el Derecho Privado de los hindúes, debemos consignar que la ley fundamental de los rashputas es la exogamia, esto es, el matrimonio fuera del clan. Es ley absoluta y practicada todavía, el rapto simulado de la novia; los mozos de un clan iban a conquistar a punta de espada sus esposas al clan vecino. Era esta exogamia ley sagrada: los que la violaban recibían la muerte.

El Código de Manú trata ampliamente del matrimonio y de los deberes y prerrogativas del jefe de la sui géneris comunidad de la familia. Para este texto de las leyes el matrimonio es un deber religioso imperativo: "únicamente es hombre perfecto —reza el párrafo 45 del libro noveno— el que se compone de tres personas reunidas: su esposa, él mismo y su hijo." El Brahma Dharma dice que, "en tanto que no tiene mujer, un hombre sólo es la mitad de un todo."

En los primeros tiempos de la vida india imperaba la monogamia: a tal punto que era proclamada por los mismos brahmanes al fijar el dogma que "el marido y su mujer constituyen una sola persona". Después, a semejanza de los dioses de la Teogonía india, se introdujo la poligamia para el uso de los reyes, los brahmanes, los poderosos y los ricos.

El Divorcio con ruptura del vínculo conyugal estaba prohibido en el Indostán, en principio, y sólo se toleraba, excepcionalmente, cuando se operaba un cambio de religión en uno de los esposos. Pero, de acuerdo con el Digesto indio, una mujer que caía enferma o que se emborrachaba podía ser reemplazada por otra, y si abandonaba el hogar encolerizada por esta sustitución en el lecho del esposo, era repudiada por éste, quien podía hacerlo igualmente por la esterilidad de más de ocho años de la mujer, porque se quedara sin prole por muerte de todos los hijos y una vez transcurridos dos lustros o a los once años de vida conyugal podía repudiarse a la madre que tan sólo hubiera procreado hijas. También se repudiaba por el marido a la mujer maldiciente, bien que fuera virtuosa o tuviese hijos, y hasta a aquella que hablara con moderación si se le dejaba la tercera parte del patrimonio del cónyuge. En el caso de repudio por causa leve de embriaguez o de enfermedad de la mujer, su marido debía cederle de la misma manera una parte de sus bienes.

La esposa podía a su vez abandonar legítimamente a su compañero legal y hasta contraer nuevas nupcias, si este último era degradado, mendigaba contrariando la Ley, estaba tísico o se hallaba ausente durante cierto número de años.

Se prohibía la unión legítima entre parientes agnados o en descendencia masculina indefinidamente, y hasta el sexto grado en la línea materna. Existía el impedimento de enfermedad para contraer matrimonio: las leyes de Manú ordenaban que se evitase el enlace con personas de familias en que se descuiden los sacramentos, no se es-

studie la Escritura, no se propale la especie en varones, o entre personas que estén cubiertas de largos pelos o padezcan ciertas enfermedades graves y contagiosas como lepra, tisis o elefantiasis.

Debíase elegir la doncella dentro de la misma casta social del novio y si se buscaba en una casta inferior el marido descendía a la categoría de su mujer y perdía las prerrogativas y honores correspondientes a su rango de nacimiento. Esta era la primera condición pre-conyugal, y la segunda ya la explicamos: escoger la esposa fuera del clan.

La religión extraña de aquel pueblo hindú obligaba a la viuda a arrojarse a la pira en que se consumía en el fuego sagrado el cadáver del que había sido en el trance de la vida su compañero. La Ley no la constreñía a este máximo holocausto pero las costumbres la condenaban. En caso de no sacrificarse esa mujer debía observar una conducta intachable para que no ofendiera la memoria de su ex-esposo, y de ningún modo podía casarse de nuevo, sin atraer para sí el desprecio general y perder su reputación de mujer virtuosa. El adulterio era considerado, además, como la ofensa mayor perpetrada contra un hombre que había contraído nupcias, castigándosele con la pena capital.

Cuestión muy discutida entre los juristas indostánicos, fué la legitimidad de las segundas nupcias de la mujer; hasta que, en 1860, se declaró su validez, aunque, teóricamente, puesto que en la práctica se continúa tratando con el tradicional rigor a la viuda que se atreve a realizar un posterior matrimonio.

Relativamente al régimen conyugal, se puede decir que la esposa conservaba como bienes propios todos aquellos que los parientes o amigos les dieran ante el fuego nupcial o durante el desfile hasta su nuevo hogar. Estos bienes formaban el patrimonio personal de la mujer casada y los transmitía a su descendencia, aunque su muerte ocurriera durante la vida del marido. Ahora bien, si ella no dejaba descendencia y se habían celebrado las bodas conforme a una de las cinco primeras formas legales que estipulaba el Código de Manú, sucedíale su cónyuge superviviente, y de haberse adoptado otra de las formas restantes matrimoniales, correspondía el patrimonio de la mujer casada fenecida a sus ascendientes privilegiados o sea, a sus padres, y a falta de éstos, a sus abuelos.

Una excepción asentaba el libro noveno de Manú, en sus párrafos 194 al 198: todo lo que hubiese sido donado por el padre a su hija si el cónyuge pertenecía a la casta de los brahmanes que tenían otras esposas, debía recaer en caso de no tener descendientes legítimos, en la hija de una brahmina o en su progenie.

**13. El Indostán es la cuna de varias de nuestras Instituciones de Derecho privado: Sucesión y Adopción; la Ley ateniense y su similitud con la Indostánica.**—La India es la cuna de ciertas institu-

ciones del Derecho Privado moderno, a más del matrimonio y del divorcio de que ya hablamos, como por ejemplo, la adopción a que igualmente aludimos al historiar el Egipto y sus normas; pero la adopción en el país del Ganjes es más perfecta. Es la misma forma de Adopción del Derecho griego.

Entre los hindúes los que no tenían hijos podían adoptar: el hijo adoptivo cambia de familia, en la ley india como en la ley ateniense: tal revela el Panteón Literario que es la obra cumbre que da cuenta de la legislación indostánica. Cicerón habla de ella y las traducciones latinas de las leyes de Solón. Pauthier que hace el comentario de las **leyes de Manú** se detiene de modo especial en esa Adopción. Hay gran similitud en la adopción de los rasphutas y la de los helenos. Entre los primeros reviste dos formas diferentes: las denominadas "dattaka", y "kritrima".

Es la primera de estas formas de Adopción aplicada de modo general a toda la Península índica, y la segunda sólo es practicada en la provincia de Mitila.

Las reglas fundamentales de la **Adopción Dattaka** se pueden resumir en dos grupos. El primero contiene aquellos preceptos relativos a las personas que legalmente se suceden unas a las otras. El segundo todo lo que se relaciona con el sexo.

Dijimos que en este sistema sólo puede adoptar el que no tenga herederos sucesibles, en grado hábil, dentro de la escala fijada por la Ley. No se establece ninguna excepción. La familia natural no puede ser desplazada por la parentela artificial.

El otro factor jurídico que forma parte esencial de este agrupamiento de normas del sistema "dattaka" es que los hombres sólo pueden adoptar libremente, sin el consentimiento de sus mujeres, a pesar de que el adoptado se convierte en hijo de ambos. Pero la esposa, por el contrario, necesita el asentimiento del marido o su representación para adoptar. I por último, que el adoptado se desvincula de su familia natural para entrar en la familia jurídica del adoptante.

Según el sistema "kritrima" el adoptado permanece dentro de su familia natural; y en definitiva, fundamentalmente, la adopción se reduce a una vocación a los bienes del patrimonio del adoptante.

Una diferencia esencial hay entre los dos sistemas expuestos. En la **Adopción Dattaka** no se requiere el consentimiento del adoptado, mientras que en la **Adopción Kritrima** es exigible, y debe el adoptado estar en condiciones de dar su aprobación con pleno conocimiento de causa.

No existía en las leyes de Manú la institución del testamento. El padre cuyo poder era casi omnímodo sobre la persona del hijo, durante su vida, no alcanzaba a poder despojarle de la herencia a la hora de su muerte. Es una curiosa anomalía que registra la Historia del Derecho hindú. Pero en los tiempos modernos de la dominación

inglesa, los Tribunales de la Metrópoli han declarado en numerosos fallos la legitimidad del acto de última voluntad de los bienes del de **Cujus** por medio del testamento; pero con la condición de que el mismo no afecte a la cantidad no disponible que debe reservarse a los hijos y que debe ser proporcional al número de éstos y a la importancia del patrimonio del testador. De modo, pues, que la reserva sucesoral está consagrada actualmente por la Jurisprudencia en la India.

En cuanto a la propiedad misma debemos agregar algo en lo que respecta a los indostánicos. Ese derecho de propiedad es variable según se refiera a uno u otro sexo. El hombre tiene pleno dominio y goce de sus predios, importando poco la naturaleza de éstos o sus orígenes, excepto la restricción que le imponen las leyes que se refieren al orden público que no podrá violar y que, en caso de colidir con ellas, prevalecerán sobre la propiedad privada.

Empero, en relación con la mujer, ese derecho de propiedad no se establece en igual forma para toda clase de bienes, sino que es variable conforme al modo como ellos han sido adquiridos. Ella dejará de tener en toda su plenitud la propiedad adquirida por herencia de varón, por donativos del marido o en virtud de una partición: una posesión y usufructo tendrá sólo en estos bienes. Se le prohíbe a la mujer todo acto traslativo de propiedad por venta, cesión o por disposición testamentaria. A la hora de su muerte, ese patrimonio no pasará a sus herederos, sino que se reintegrará a la fortuna de aquél de donde provinieron originalmente tales bienes que engrosaron el caudal de aquella.

Otro principio del Derecho moderno que existía entre los indostánicos: "los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores". De donde es embargable toda propiedad para responder de cualquiera clase de deudas, extendiéndose esta acción no sólo a lo que pudiera tener en vida el que está obligado sino al patrimonio de sus propios herederos, los cuales responderán del pago con sus medios económicos privados.

En lo que concierne a la misma herencia, es completamente variable en el Indostán, según el sistema o interpretación Mitacshara o Dayabhaga. El régimen de la familia entre los Mitacshara repudia toda herencia: los bienes en masa son el patrimonio del grupo familiar, y a la muerte de uno de ellos, pasará a los demás sin operarse ningún cambio en la propiedad común. En puridad no hay propiedad particular sino colectiva.

Por el contrario, en la familia Dayabhaga, se halla establecido perfectamente el régimen sucesoral. La muerte de un miembro de ella abre dicha sucesión, en la cual tienen preferencia los parientes más cercanos; pero pueden optar los herederos por el estado de indivisión o la partición a semejanza de lo que permite el Código Civil francés. La tradición de los indígenas favorece siempre el continuar proindi-

visos para perpetuar la unión de esta familia. En tal forma se identifican jurídicamente las situaciones en ambos sistemas ya descritos. Pero la diferencia estriba en que aquí es voluntaria la comunidad económica y entre los otros es forzada: mandato imperativo de la Ley.

En caso de que se pida la partición por parte de un coasociado de la familia Dayabhaga, hay que hacer previamente un inventario de los bienes del difunto, aunque sin plazo alguno para formularlo como en las legislaciones actuales. El Derecho francés que nos rige exige un término de tres meses para redactar ese inventario, cuando se acepta "la herencia bajo inventario", y cuarenta días para deliberar acerca de esa aceptación, computándose su cuantía e importancia, al tenor del artículo 795 del Código Civil Dominicano.

Realizado ya el Inventario en el procedimiento hindú se procede a la partición entre los herederos masculinos que descienden de un antepasado común; pero los femeninos son excluidos expresamente. Esta norma jurídica ha sido abolida en el Derecho moderno universal, aunque en el antiguo Derecho francés si está permitida tal exclusión de la línea masculina en la sucesión, y repugna el derecho de primogenitura que privaba de la herencia a los secundones para conservar el esplendor de las familias con la unidad del patrimonio familiar en manos del heredero del título nobiliario que era el hijo mayor en cada línea.

Entre los Dayabhaga la sucesión no recae en la familia en conjunto sino en favor de determinados individuos que la integran y que son los varones que no tienen vivo ningún antecesor.

Curiosa es la forma como se determina la proximidad del grado en la línea masculina sucesible: resuélvese por la calidad de la ofrenda que se haga al muerto en sus funerales. Aquel pariente que confiera el mayor beneficio espiritual tendrá derecho de preferencia en dicha herencia.

La ofrenda de más estimación para el nativo es la denominada Pinda. Consiste la misma en unas tortas preparadas con harina de arroz. Sapindas son los que la confeccionan. En primer término figuran en estas ofrendas las de los hijos del **Cujus**, eficacísimas para obtener la buena disposición de los dioses en favor del espíritu del padre fenecido y por éso son llamados como herederos en primer grado. Después que están agotados las de los hijos, ofrecen sus ofrendas o pinda, los nietos, biznietos, sucesivamente, y a falta de estos últimos, la viuda.

Existe también la ofrenda de la Lepa, la cual sigue en el orden inmediato a la Pinda. Es ofrecer sólo parte de las tortas por los llamados **sakulyas**. I la ofrenda de menos importancia consiste en una mera libación de agua: ofrécenla los **samonadacas**.

El orden de la Sucesión es en primer lugar los sapindas (hijos y viuda), y luego siguen los **sakulyas** y **samonadacas**, verdaderos colaterales.

El Código de Manú no comprende las sucesiones anómalas ni prevé la colación. Los ascendientes no concurren con otros herederos en la Sucesión. No existe la representación. I los colaterales figuran en una misma categoría: no hay diferencia entre colaterales privilegiados y colaterales ordinarios.

No forman esos colaterales privilegiados y los ascendientes el segundo orden, y los colaterales ordinarios el cuarto, como en nuestro Código Civil.

**14. Los Privilegios y la Hipoteca en la Epoca Védica en la India y en el Egipto.**—También algunas instituciones que tienen un carácter real, como los privilegios, la Hipoteca y la Anticresis, encontramos su génesis en la época védica de la India, y en el Egipto del período de las pirámides. De ahí la toman griegos y romanos. Herodoto ni Diódoro nada nos dicen acerca de la forma primitiva de estas instituciones que han pasado al Derecho Moderno. Tampoco Masperó en su Historia Antigua o de los "Pueblos de Oriente", ni Seignobo, Wells, Oncken, y Jastrow en sus respectivas Historias. Ni siquiera los autores de la **Historia de la Humanidad** como Laurent, o de la **Evolución del Derecho Civil** como Aguanno, o los especialistas de la historia de las instituciones jurídicas como Icard, Debranich, Jacob.

**15. El Código Manú como el "Libro de la Ley": no es un verdadero Código; su contenido y antigüedad.**—Vamos ahora a hablar en torno del Código de Manú, traducido con el nombre de **Leyes de Manú**.

Las Leyes o célebre Código llamado de Manú, progenitor de la raza humana, gozaba de gran antigüedad y santidad. Es conocido por nosotros al través de la traducción inglesa que hizo, en el siglo XVIII, Guillermo Jones, en su "Instituto of Hindú Law". Más tarde vertido al francés por Deslongchamps y con la versión castellana de Ventura García Calderón muy posterior.

El **Libro de la Ley** de Manú no es realmente un Código en el sentido técnico. Es el "Libro de la Ley", porque a más de las reglamentaciones, ordenanzas y leyes propias de todo Código, regula la vida civil y religiosa del hindú.

Comprende principios de Metafísica y Teogonía completamente ajenos al Derecho. Es conocido este Código entre los indostánicos con el nombre de "Manava-Dharma Sastra". Se ha comentado mucho acerca de su redacción: en su origen se compuso de 100,000 slokas o dísticos (estancias de dos versos), en un metro, cuya invención atribuyen los indios a un santo ermitaño que llamaban Valmiki, el cual vivió, según se asegura, 500 años antes de Cristo. El **Manú** primitivo abarca 24 rúbricas y 1,000 capítulos de la obra de Narada, "el sabio entre los dioses". Este "la abrevió, dice el tratado de Leyes de Narada, para uso del género humano, en doce mil versos que dió a un hijo de Bhrigú

llamado Sumati, el cual, para mayor facilidad de la raza humana los redujo a cuatro mil; los mortales no leen sino el segundo resumen hecho por Sumati, mientras que los dioses del cielo inferior y los músicos celestes estudian el código primitivo que comienza con el quinto verso un poco modificado de la obra que existe actualmente en la tierra, etc.”

Explica Guillermo Jones que no queda ya “del compendio de Narada sino un elegante epítome de un noveno título original sobre la administración de justicia”. I agrega: “puesto que las Leyes de Manú, tal como han llegado a nosotros no encierran sino dos mil seiscientos ochenta y cinco slokas, no pueden ser la obra entera atribuída a Sumati, que es probablemente la que se designa con el nombre de Vriddha-Manava, o antiguo código de Manú y que no se encuentra ya por entero, aunque bastantes pasajes de este código, conservados por la tradición, estén citados en el nuevo Digesto.”

El primitivo texto de Manú (comparado por Jones, con el de Menes y el de Minos, uno de los siete personajes divinos que según los indios, han gobernado sucesivamente el mundo), lo leían sólo los dioses del cielo inferior y los músicos celestes quienes se ocupaban de poner música a los dísticos que eran cantados al son de instrumentos, de acuerdo con la tradición hindú era éste un texto prohibido para los hombres. Según las conjeturas históricas más aceptables, conforme Deslongchamps, el Código se debió traducir el año 1280 antes de nuestra Era. Pero debe haber un error en ésto ya que la vida de Buhda discurrió en el año 1,000 antes de Jesucristo, y parece más verosímil el siglo XIII antes de la era cristiana, porque en el texto no se menciona al profeta. Tampoco se citan en él (y es una de las anomalías con respecto al régimen hindú a que alude el Código), a la tríada clásica del Indostán: Vichnú, Siva y Brahmán, sino que se refiere todo el libro a un Dios único, eterno, infinito. Aquí está la comprobación de su antigüedad.

De todo ésto lo que principalmente nos interesa saber es que en tal Código están comprendidas todas las normas jurídicas de la India. Una de ellas era imponer una multa al matador. El que mataba a otro tenía que pagar una multa. Si no pagaba era desterrado. Vemos como esta curiosa institución antigua tuvo diversas modalidades; pero conservó en el fondo una compensación económica o indemnización que todavía existe en nuestro Derecho.

El Código de Manú ha merecido los honores de ser citado en el Digesto de las Leyes antiguas relativas a los contratos y sucesiones, en donde hay textos preciosos como evidenciamos en el tema anterior. Este **Libro de la Ley** nos traslada como por obra de encantamiento a la esfera de instituciones y normas jurídicas que han dominado a un pueblo milenario, tal vez punto de partida de la Historia.

## CAPITULO II

### EL DERECHO CUANDO ENTRA EN ESCENA EL PUEBLO GRIEGO

1. **Período Aqueo** (desde los tiempos primitivos hasta el año 1.000 a. J. C.) 2. La economía doméstica confundida con la economía del Estado; la economía urbana y la economía mundial en que están los gérmenes del Comercio y la piratería marítima de la época actual (la guerra como una extensión de la piratería). 3. El Estado heleno y la división de clases. 4. La venta y la compra se reducían al cambio; la moneda o "pecus (cabezas de ganado)". Carácter laico del juicio aqueo: declaración de testigos y convicción de los jueces; el Derecho tiene por base el juicio (no hay Legislación). 6. Derecho consuetudinario o vivo en la conciencia jurídica del pueblo y su evolución antes del período aqueo. 7. La multa o el destierro impuesto al matador; el Derecho Público griego (el Rey, el Consejo del Rey y los acuerdos de la Asamblea. 8. **Período helénico** (1,000-500 a. J. C.). 9. La dote reemplazando los "hedna" de la época aquea y sus evoluciones. 10. Reclamos de una legislación escrita (s. VII): el concepto de la "Ley"; el Derecho de las Obligaciones, etc. 11. Dracon y el primer Código escrito; Solón y su Código. 12. Carácter concreto de las normas jurídicas; el Procedimiento y los "sicofantes". 13. El Estado griego en la época helénica. 14. El Derecho en el período helenístico (época ecuménica). 15. La Grecia propiamente dicha y su Derecho: Atenas, Ciudad Libre (**Civitas Libera**); Esparta y sus vicisitudes. 16. La Liga Etolia y sus instituciones. 17. La Liga Aquea y su modelo jurídico (280). 18. Rodas entra a formar parte del Derecho ecuménico (s. III). 19. El Derecho Administrativo de las monarquías helenísticas. 20. El helenismo introduciendo el sistema de departamentos para sustituir a los Virreinos. 21. **Organización Judicial**: dualidad de doble Derecho y Tribunales dobles (el pueblo indígena, su antiguo Derecho y sus Tribunales); el procedimiento escrito. 22. El pueblo macedónico, el Derecho y los Tribunales; paralelismo de ambos Derechos (el nativo y el macedónico); la competencia y sus reglas; la conciencia de la superioridad de las instituciones griegas.

**BIBLIOGRAFIA:** Aguanno (D), "La Génesis y la Evolución del Derecho Civil (1890)"; Brenes y Córdoba, "Historia del Derecho (2a. Ed.)", Daresté, "Estudios de la Historia del Derecho"; Debranich, "Elementos de Historia del Derecho"; Carle (G), "La Vida del Derecho"; Icard (C), "Historia de las Instituciones Jurídicas"; Jacob (W), "Apuntes de Historia de las instituciones jurídicas"; Jastrow (J), "Historia Universal (1937)"; Laurent (F), "Historia de la Humanidad"; Oncken, "Historia Universal"; Seignobo (CH), "Historia de la Civilización Antigua (Oriente, Grecia y Roma), 1903"; Wells (H. G.), "Esquema de la Historia"; Zielinski (Th), "Historia de la Civilización Antigua".

1. **PERIODO AQUEO** (desde los tiempos primitivos hasta el año 1.000 a. J. C.).— El Derecho Primitivo sufrió una gran transformación cuando entró en escena el pueblo griego que se componía de la Grecia propiamente dicha y de las islas del mar Jonio, del mar Egeo y de la Tracia, las cuales sólo fueron pobladas por los helenos en las postrimerías del período Aqueo.

Se entiende este período Aqueo desde los primitivos tiempos hasta cerrado el primer milenio antes de la Era Cristiana.

Tienen importancia para la "Historia del Derecho" esas instituciones del país griego, "hijo del mar y la tierra", porque la civilización europea está fundada en aquella clásica y bella cultura de los helenos. Recibió el inmortal legado el Lacio y las huestes romanas la difundieron con su profundo sentido jurídico y sus gloriosas literaturas y filosofía a los pueblos modernos europeos.

Ante todo estudiemos los tres conceptos primarios del Derecho Público de esta época: la Familia, la Sociedad y la Tribu o "la File".

El principio fundamental de la familia griega, en el más antiguo estado que conocemos, es la Monogamia: una mujer, ama de su casa y madre de los hijos de su marido. Después en períodos muy posteriores de la Hélade es que ha de aparecer la poligamia como pluralidad de mujeres para un solo compañero legítimo.

De esa concepción pura del matrimonio monógamo brotó la sociedad aquea más remota, aunque la casa u hogar existía únicamente entre los ricos terratenientes o "anaktes". Estas familias de anaktes unidas por el vínculo de un parentesco próximo formaban un linaje o "genos" o una "fratria". "La relación de estos dos términos es muy oscura para nosotros, dice Zielinski. "Tal parentela era fuerza viva, un lazo indisoluble entre las familias así asociadas: cada padre debía presentar sus hijos a los miembros de la FRATRIA para que pudieran heredar. El patrimonio era colectivo, entre ellos, una especie de comunidad familiar de bienes, cuya unidad se conservaba y se transmitía al heredero elegido de una de los genos o fratrias. La partición por cabeza entre los comuneros a la hora de la muerte del jefe era excepcional."

La tribu o "la file" era la unidad superior que agrupaba en su seno algunos linajes o **fratrias**. Era un parentesco supuesto pero que había tenido un antepasado común. Los guerreros se reunían por **fratria** y **file** en la guerra. Basta evocar, en el verso 360 del canto II de la *Iliada*, el consejo que da Néstor a los héroes para que estén alrededor de su jefe y cierren filas con su tribu, para defender sus costumbres. Y en la paz esos copartícipes de la **fratria** (que por corrup-tela ha dado lugar a la palabra patria), componían un todo social, homogéneo, que defendía sus intereses en la tierra común.

Tales eran las bases en que se asentaba la organización de la parentela en el período Aqueo, aunque se ignora la influencia de la mis-

ma en la propiedad raíz. “No sabemos, escribe Dareste, si todas las tierras eran propiedad privada o sólo las tierras laborables y los pastos podían pertenecer a las fratrias o a las files: a la comunidad entera o a nadie”.

**2. La Economía Doméstica confundida con la Economía del Estado; la Economía Urbana y la Economía Mundial en que están los gérmenes del Comercio y la piratería marítima de la época actual (la guerra como una extensión de la piratería).—**En Grecia la economía doméstica se difunde con la economía del Estado y está muy desarrollada; pero no la economía urbana ni la mundial que todavía no se habían desenvuelto como en la época moderna, y ni siquiera como en períodos posteriores al que ahora confrontamos.

Pero en esa economía de los aqueos se encuentran los gérmenes del Comercio y la piratería marítima de esos tiempos. La Guerra era entonces una extensión de la Piratería. Porque mediante ese comercio marítimo y esa piratería oficial conducidos por la Guerra, procurábase el país de los helenos las materias primas y los productos que no tenía como oro, bronce y púrpura, según señala Icard en la “Historia de las Instituciones Jurídicas”.

**3. El Estado Heleno y la división de clases.—**Como casi todos los países antiguos, los griegos de este período aqueo estaban divididos en clases hereditarias. Los anaktes, poderosos terratenientes, ocupaban el primer rango en la guerra, en los asuntos de Estado y en la vida social. Seguían en el orden jerárquico los campesinos, subordinados a los propietarios; los pastores, dueños de pastos en las montañas; los pescadores del litoral y los artesanos y comerciantes. No había sacerdotes.

El estado aqueo era una monarquía aristocrática, hereditaria por línea de varón y sostenida por el vínculo de la sangre. Era el Rey, jefe de la Comunidad, descendiente de Zeus, juez supremo para dictar fallos judiciales, administrativos y resolver todo asunto público o político.

**4. La venta y la compra se reducían al cambio; la moneda o “Pecus (Cabeza de Ganado)”.—**La economía urbana y la economía mundial en condiciones normales se descomponían —conforme explica Aguanno en “La Génesis y la Evolución del Derecho Civil”— en la venta y compra, las cuales se reducían a un cambio o trueque en el primer grado; y a la moneda, en segundo grado y como unidad particular de cambio, puesto que esta moneda o “pecus” no era metálica sino que consistía en cabezas de ganado. Si las sumas eran de importancia el ganado era de vacas y se destinaban las ovejas para las

sumas inferiores. Se tenía entendido que la armadura de cobre de Diómedes, valía nueve cabezas de vacas, y la de Glauco equivalía a un centenar como refiere la Iliada.

**5. Carácter Laico del Juicio Aqueo: declaración de testigos y convicción de los jueces; el Derecho tiene como base el juicio (no hay Legislación).**—Es de señalar, en cuanto al procedimiento, el carácter laico del juicio aqueo: las causas se juzgan de acuerdo con la declaración de los testigos y conforme a la convicción de los jueces. En esto último se ha retornado a los primitivos tiempos en nuestro enjuiciamiento moderno. El Derecho tiene por base el juicio. En esta época griega no hay propiamente una legislación.

**6. Derecho consuetudinario o vivo en la conciencia jurídica del pueblo y su evolución antes del período Aqueo.**—En vez del Derecho escrito se aplican las costumbres, el Derecho consuetudinario, no escrito; pero vive en la conciencia jurídica del pueblo, especialmente de los *anaktes* encargados de aplicar la Justicia como auxiliares del Rey, quien delega en ellos en la mayor parte de los casos y sólo se reserva las causas políticas o notorias en que puede estar envuelta la suerte de la monarquía por los cuantiosos intereses en juego o porque se trate de un alto personaje de la dinastía. Aunque este Derecho costumbrista debió sufrir una evolución antes de ser como se presenta en este período Aqueo, tal como conjetura Jacob en sus "Apuntes de historia de las instituciones jurídicas".

**7. La multa o el destierro impuesto al matador; el Derecho público griego (el Rey, el Consejo del Rey y los acuerdos de la Asamblea).**—Este período tenía sus costumbres represivas, su Derecho Penal consuetudinario rígido que aplicaba al matador: una multa conforme a la tasa fijada por los parientes de la víctima, y si estos no se ponían de acuerdo, debía ser desterrado el homicida o asesino.

El Rey era el jefe del Ejército. El segundo órgano de la autoridad era el Consejo del Rey, el cual estaba compuesto de ancianos o *anaktes*. Examinaba el monarca junto con ellos las proposiciones que le fueran hechas en la Asamblea. En el concepto griego acerca de Derecho no se admitía nunca un juez-único: el Rey-juez estaba rodeado de *asesores*, los cuales formaban parte como miembros de ese Consejo.

Existía del mismo modo un Consejo de guerra, compuesto de militares en que se juzgaban a los desertores en tiempos de luchas de Grecia con otros Estados, y a los soldados.

El tercer órgano de la autoridad era la Asamblea Popular o Agora, la cual se reunía en la plaza de la Ciudad. Componíase de todos los individuos libres o ciudadanos. El pueblo era convocado a la Asam-

blea por los heraldos del Rey "de las voces sonoras". Al que tomaba la palabra en el seno de aquella Asamblea se le confiaba el cetro real, símbolo de inviolabilidad durante su discurso. De ahí con el tiempo debía surgir la inmunidad parlamentaria.

Esos heraldos no podían ser tocados (inviolables), y ostentaban como símbolo de dignidad sagrada, un caduceo de serpientes: su cargo era hereditario.

Respecto del Derecho Público y sus costumbres internacionales podemos anotar que en principio, fuera de las fronteras de la Comunidad, el estado de guerra comenzaba para los ciudadanos como asegura Debranich en su tratado: "Elementos de Historia del Derecho".

Extranjero era sinónimo de enemigo. Pero este rigor estaba atemperado un poco por las costumbres. En compañía del heraldo se podía viajar sin peligro. Además desde estos tiempos estaba consagrada la hospitalidad de que hablan los poemas homéricos. Este derecho de hospitalidad o "xemia" era resultado de un pacto entre dos ciudadanos de comunidades diferentes, por el cual se garantizaba acogimiento y protección a todo extranjero que podía ponerse bajo la protección de Zeus.

Se concertaban acuerdos entre dos o más ciudades que permitían la seguridad de sus ciudadanos y las mismas ciudades. La existencia del tratado así celebrado se comunicaba por heraldos. Aquí tenemos "los humildes orígenes del Derecho Internacional" como asienta Zielinski en su notable "Historia de la Civilización".

Lo demás, el resto de la vida pública, entre naciones, quedaba regido por el Derecho de Guerra.

**8. Período Helénico (1.000-500 a J. C.).**—Entre el primero y segundo milenio de la Era Cristiana, Grecia se transfiguró por acontecimientos políticos que arruinaron las potencias aqueas y modificaron profundamente su Derecho. Esos acontecimientos han sido llamados "migraciones de pueblos nórdicos o de invasión dórica" por el profesor Zielinski.

**9. La dote reemplazando los "hedna" de la época aquea y sus evoluciones.**—Brotado de improviso de regiones del Norte, el poderoso pueblo dorio ocupó la Grecia septentrional, se coló después en la Grecia Media y, pasó por fin, al Peloponeso. El primer cambio que se opera en el Derecho Privado, dentro del periodo dórico, fué la aparición de la dote que reemplazó los "hedna" de la época aquea: la compra de la novia por el novio. Su evolución primera consistió en que una parte de los hedna con el nombre de presente ("meilia") era entregado por el suegro de la novia y pertenecía a ella en la casa de su marido. Una segunda evolución se produce cuando no se exigía nada si

el novio era del agrado de la familia con que se iba a emparentar por el matrimonio. De ahí se evolucionó con la dote, efectuándose un viraje: era esta dote una ayuda material que el padre de la futura esposa daba como aportación al nuevo hogar. Formaba esta dote o "proix" el patrimonio personal o bienes propios de la cónyuge: "mujer sin dote no tiene palabra libre". La riqueza entonces entró como nuevo factor. Se trocó el principio aqueo de la "eugenia", en el matrimonio, por el predominio de las novias ricas sobre las novias nobles: la raza de los ciudadanos declinó. Tampoco se buscaba ya la novia en el extranjero: se haría sospechoso de ambición quien tal hiciera; pero la "endogamia" no fué rigurosamente observada sino en los tiempos democráticos. Y en esta época, en el Derecho Público griego, un gobierno aristocrático había sustituido al régimen monárquico. La sociedad variaba de un período o otro: el hombre ya pasaba su vida entre la familia, en esta etapa helénica, en plena asociación; la familia estaba reducida a su papel de unidad biológica y económica: repartíase según el sexo y la edad: mozuelos, jóvenes, niñas, matronas, solteras, etc. Por el contrario, en Esparta el Estado arrancaba de la familia al niño: un verdadero Estado aristocrático, cuando no pudo disponer más de "ilotas" que trabajasen para los nobles atacaron esos lacedemonios a Mesenia para convertirla en dominio.

**10. Reclamos de una legislación escrita (s. VII): el concepto de la "Ley"; el derecho de las obligaciones, etc.**— En la transición del gobierno monárquico al aristocrático, la posición de los propietarios o campesinos empeoró debido al aumento de las prestaciones que les ahogaban, y a la Administración de la Justicia en manos de los aristócratas, causa muy frecuente de enriquecimiento. Hesiodo, en el verso 220 de "Los Trabajos y los días", estigmatiza "a los devoradores de regalos", esto es, a los nobles que se dejan corromper y dictan sentencias inicuas. Por eso, desde el siglo VIII, se reclama una legislación escrita que garantice a todos una justicia igual. De ahí, también, la reforma iniciada en el Derecho, desde el siglo VII, y que usando la expresión de Darestes, se levantó "como una ola e inundó toda la Hélade".

Naturalmente que por "ley" se entendía entonces tanto las reglas de Derecho Público, Derecho Penal y Derecho Civil, como del Procedimiento. Las bases de la Legislación fueron dadas por Zaleukoss en Locrida. Este aristócrata se limitó a redactar el Derecho consuetudinario. Pero era ya ésto mucho, y representaba un notable progreso jurídico respecto de la arbitrariedad de otros tiempos. Mereció Zaleukoss por tan señalado servicio la inmortalidad: el primero en el orden cronológico de los legisladores. Dióle a su patria el privilegio de tener leyes ("eunomia"). Para el crimen cometido en estado de em-

briaguez, Zaleukoss prevé dos clases de penas: una para el crimen en sí y otra para la embriaguez. Su sucesor, Charondas, de Catania, fué un reformador: introdujo "el derecho de las obligaciones" para que sirviera de ayuda a los comerciantes y levantara el crédito público.

**11. Dracón y el primer Código escrito; Solón y su Código.**—En este mismo período brilló el legislador Fedón, de Argos, una figura atrayente del siglo VII. En el ocaso del mismo siglo, Dracón, dió a los atenienses su primer Código y el rigor de su Derecho Penal ha legado su nombre a la posterioridad. Al principio, "toda sangre que se vertía exigía una venganza", la pena llamada "Jus Taliones" (**Ojo por ojo, y diente por diente**); pero Dracón admitía al lado del homicidio premeditado, el "homicidio legítimo (legítima defensa)" o el accidental.

Solón en el año 594 renovó esa tentativa de legislación. "Su Código fijó definitivamente, dice Debranich, el Derecho en Atenas". En la misma época, en Oriente, el sabio Pittakoss, jefe del Estado de Lesbos, dió un Código a su país. En resumen, en pleno siglo VI, tal movimiento legislativo habíase extendido y tenía repartido los Estados griegos en dos zonas: Estados que no tenían legislación y Estados dotados de leyes. Era una anomalía la Tesalia caballesresca formada de propietarios autónomos que ejercían su derecho de servidumbre sobre sus súbditos.

**12. Carácter concreto de las normas jurídicas.— El procedimiento y los "Sicofantes".**—La singularidad de esas legislaciones helénicas consistía en que votadas especialmente para un Estado, podían ser aplicadas fuera de su territorio, esto es, en otros Estados de la misma familia pelásgica, si parecían útiles a los mismos: en ese caso los plenipotenciarios de estos países iban a pedir que fuesen extendidas dichas legislaciones a sus respectivas jurisdicciones nacionales, y entonces no era posible rehusar de parte de los Estados solicitados. Las legislaciones de Zaleukoss y de Charondas se expandieron así por todas las naciones del Archipiélago.

Otra particularidad era que los legisladores eran nombrados en períodos críticos de disensión y de conflictos y su función era temporal y de verdaderos mediadores "para recordar el Derecho": zanjaban en conciencia las dificultades. Pero en realidad no fundaron nunca un organismo permanente para legislar, como la "pretura" romana. Por último, es de anotar el carácter concreto de las normas jurídicas a modo de nuestras Ordenanzas. "Si alguno ha hecho ésto o lo otro debe sufrir tal o cual pena". Evolucionaron estas normas al pasar por el crisol latino: la jurisprudencia romana, inspirada por la propia filosofía grega, "espiritualizó el Derecho y elevó sus normas con ese ca-

rácter general que legó a los pueblos modernos”, según apunta Carle en “La Vida del Derecho”. De donde podemos afirmar con Zielinski que “no fué el Derecho griego, sino el Derecho Romano el modelo del Derecho de la Europa moderna”.

Hacen notar los tratadistas como en el Derecho primitivo es tan corto el número de disposiciones legales: cabrían todas ellas en una tableta. Se explica tal fenómeno, sin embargo, por la gran participación de los ciudadanos en la vida pública, en que cada uno es **guardián nato de la legislación**. Un gran número de litigios se resolvían por un Tribunal privado compuesto de parientes, de vecinos y de árbitros. Porque los legisladores dejaban a los jueces el cuidado de juzgar los casos no previstos, de acuerdo con su conciencia, e imponer las penas que creyeran aplicables. Un ejemplo elocuente es el famoso proceso de Sócrates en el año 399. En esto se ha retornado a los primitivos cauces por la Codificación novísima como la de Suiza en que se deja al juez la capacidad para resolver por analogía cuestiones que pueden ser suscitadas por los pleitantes y que no están consagradas por un texto expreso de la Ley. El Derecho Romano innovó el patrón griego en este respecto cuando introdujo el precepto obligatorio en la legislación (“Nullum crimen sine lege”).

El Procedimiento de esta época era distinto al procedimiento actual y al mismo romano. No se permitía la representación en Justicia. Sólo la víctima podía acusar, y el acusado sólo tenía derecho a defenderse. Se admitían dos excepciones en el primer caso. En un homicidio el pariente más cercano estaba autorizado a presentar la querrela. Fué el origen de la acción popular consagrada por algunas legislaciones modernas. Aunque se completó esta institución en Atenas con los “sicofantes” o sean acusadores voluntarios encargados de cuidar los intereses del Estado y de la Sociedad. Degeneró la misión de éstos defensores públicos por medio de las extorsiones que hacían a los victimarios y a sus parientes, y constituyó, según los historiadores, “una de las plagas de la vida pública ateniense”. Aristófanes habla de ellos en su teatro.

No se admitían alegatos en los pleitos, sino la exposición de pruebas y el interrogatorio. El Juramento era la mejor prueba, el cual fué iniciado en el período dórico por la “sacralización” de la cultura. “Era un poderoso medio de obtener la verdad en esa época de fe viva —anota Jacob en sus “Apuntes de Historia de las instituciones Jurídicas”—, pero se exponía al juramento falso: el Derecho Romano y el Derecho Moderno no lo descartaron, por lo menos en gran parte y admitieron sólo el Juramento deferido.” Podían prestar juramento los testigos, excepto los esclavos quienes estaban sometidos al tormento, lo cual “era una mancha en la jurisprudencia griega” como escribe Jastrow. “Esta tortura era, sin embargo, ligera en comparación con

Ja de Oriente en esa época y la que se practicó más tarde en la Europa moderna". Tal tortura hacía daño pero no llegaba a la mutilación. Los castigos eran duros por los pocos medios de investigación que existían: pena de muerte; venta como esclavo en el extranjero; prisión; privación de la ciudadanía en diversos grados; multa. Solón hizo suprimir la venta como esclavo aplicada al culpable. Y se les alivió los sufrimientos a los condenados por la absorción de un veneno de acción fulminante: la cicuta o "keneion" que bebe Sócrates es elocuente, según se ve en los "Diálogos" de Platón, en el correspondiente al Fedón.

13. **El estado Griego en la época helénica.**—“Grecia se aristocratiza en la época helénica”, consigna Zielinski. Además de las complicadas tareas que pesaban sobre los hombros del Rey: funciones sacerdotales, militares y judiciales, añádenseles diversas atribuciones administrativas. Después se disgrega el poder real en otros funcionarios secundarios: los jefes del Ejército o “polemarcas”; los administradores o “arcontes” y los guardianes de la Ley o “tesmotes”. Resérvase sólo al soberano las funciones sacerdotales como las más inofensivas. Estos auxiliares del Rey eran nombrados primero vitalicios y luego se limitó su duración como la de la propia corona. En Atenas, en el siglo VII, el Rey único y hereditario fué reemplazado por un Colegio de nueve arcontes, designados por un año y que comprendía al mismo Rey, el Arconte, en sentido estricto, el polemarca y seis tesmotes. “Cuando el tiempo de su funciones había terminado, refiere Oncken, los arcontes entraban en el seno de un Consejo que se reunía al pie de la Acrópolis, sobre la colina de Ares (Areópago) que llevaba su nombre”. Esta Asamblea era uno de los principales organismos del gobierno aristocrático de Atenas, y eclipsó por su gran importancia la Asamblea del Pueblo.

En otras comunidades griegas la aristocratización fué distinta. Por ejemplo, en Corinto, la familia de los Bachiades se posesionó del poder y la asamblea compuesta por sus miembros fué el órgano gubernativo de la Ciudad. En cuanto a Esparta, el poder real conservó dos atributos: vitalicio y hereditario. Existieron dos reyes de castas diferentes, descendientes, según la tradición, de dos hermanos gemelos: Eurístines y Procles. Ellos prevenían de Heracles en la quinta generación. Presidían el Consejo de los Ancianos o “Gerousia”, formado de treinta miembros, incluso los Reyes.

Este Senado se ocupaba de todos los asuntos, ya que la Asamblea del pueblo rara vez se convocaba: podía rechazar o aceptar las proposiciones del Senado pero no tenía el derecho de presentar a sus oradores, ni le era atribuída la iniciativa de las leyes. El Colegio de los Eforos (o inspectores) era de un carácter más democrático, puesto que estaba compuesto, desde el año 755, de cinco miembros, elegidos por

el pueblo para cuidar de la legalidad de los actos de los diversos organismos que integraban el Poder; pero como los espartanos sólo formaban el pueblo, ese Colegio era estrictamente conservador. De los siglos VI al VIII la Grecia fué mandada por la aristocracia. La religión del Apolo de Delfos consagraba ese régimen.

“El cuadro cambia, ciertamente, dice Debranich, si vamos de los gobernantes hacia los gobernados, los pequeños propietarios o los que no tenían tierras. Hesiodo nos habla de ellos en LOS TRABAJOS Y LOS DIAS. Al principio no tenían medios para luchar contra la fuerza organizada del opresor; esos medios no aparecieron sino cuando la intensificación del Comercio y de la Industria, la “aristocracia del oro” llegó a ser rival de la “aristocracia del acero”, aristocracia de nacimiento construída por los grandes propietarios. Esta lucha tuvo por resultado el establecimiento de una legislación escrita y la institución de un juicio igual para todos. La nueva legislación le permitió al campesino el inconveniente de contratar préstamos, al consagrar el derecho de las obligaciones, hipotecando sus tierras y empeñando su mismo cuerpo: perdía sus tierras y pasaba a ser arrendatario, y perdía su libertad y pasaba a ser esclavo o siervo y podía ser vendido. Esparta evitó esto por sus conquistas por la guerra que hizo crecer sus colonias y respetó la igualdad en cada propietario. En los otros Estados la crisis fué muy grave”. Con efecto, **la lucha por la tierra**, fué en el siglo VII, la “lucha por el Derecho”.

Una tregua en esa pugna la proporcionó Solón con su legislación en el año 594, en la cual suprimió el “préstamo sobre el empeño del cuerpo” y declaró nula toda transacción hecha en detrimento de los campesinos. Los siervos retornaron a ser libres. Solón dividió los ciudadanos en cuatro clases principales. Ricos. Caballeros o grandes propietarios. Pequeños propietarios. Y los “thetes” que no poseían tierras. Constituyó el legislador con las tres clases primeras el “Consejo de los 400 (“cien por cada file)”. Este Consejo Administraba el Estado y reservó al Areópago los asuntos judiciales.

Fueron frecuentes en los Estados griegos las tiranías desde el siglo VII; pero todas del mismo tipo: “enemigas de la aristocracia y destetadas por ésta, según refiere Zielinski en su Historia, mantenían buenas relaciones con el pueblo, mejorando su situación material”. Atenas tuvo su tirano: Clístenes, quien entre los alemónicos reorganizó el Gobierno sobre una base democrática como en el posterior período ático. Tales reformas sirvieron de base al Estado ateniense.

14. **El Derecho en el período helenístico (época ecuménica).**—La época ecuménica comprende la historia del período helenístico, de la República Romana y del Imperio Cristiano. Sólo nos interesa tratar ahora el primero, o sea, El Oriente desde el 323 al 30 antes de la era del

Crucificado. Este período enlaza a todas las monarquías que se habían fundado sobre las ruinas del Imperio de Alejandro el Grande después de su muerte (323). El territorio en disputa por los diádocos o sucesores de Alejandro contra la regencia, hasta la batalla de Ipsos (301). El cuadro de pueblos era el siguiente: Persia, Nubia, Egipto, Siria, Palestina, y los reinos de Seleuco (el más grande); Antigonides; Atalo o Pérgamo; Bitania; Galacia; el Ponto (célebre bajo Mitrídates); Partos; Siria; Tracia (país semibárbaro); Epiro (cuya dinastía pretendía descender de Aquiles); Siracusa (sometido desde el siglo V a tiranos, y en que el último Hieron II (216-264), se concedió a sí mismo el título de Rey).

Este mundo helenístico bajo la presión de Roma desde el siglo II estuvo también bajo el influjo y hasta la imposición de su Derecho. Las instituciones romanas invadieron y sometieron junto con sus legiones a Siracusa (212), constituyendo uno de los episodios de la segunda guerra púnica; a Macedonia (46); a Pérgamo (133); a Bitinia (74); al Ponto y a Siria (63); a Egipto (30). "Sólo el reino de los Partos fué independiente en esta época y fué para Roma, escribe Seignobos, un vecino inquietante hasta el fin de la historia de la Antigüedad."

**15. La Grecia propiamente dicha y su Derecho; Atenas, Ciudad Libre (CIVITAS LIBERA); Esparta y sus vicisitudes.**—La dominación macedónica sobre la tierra de los griegos, revistió la forma de una verdadera hegemonía, desde la celebración del Congreso de Corinto antes de la muerte de Filipo. Realmente Macedonia nunca sometió por completo a las ciudades griegas, sino que las influyó en el orden político: por éso imperó el Derecho helénico en la nación vencedora que no tenía instituciones jurídicas propias, según observa Wells en el "Esquema de la Historia".

Atenas, después del desastre de Queronea, restañó sus heridas, y en el momento en que floreció "Licurgo el orador", empezó a disfrutar de un breve período de prosperidad (327-338), casi comparable al de Pericles. Había pasado por grandes conflictos. Lucha contra la hegemonía macedónica. Lucha interior entre demócratas y aristócratas. Revuelta del año 295. Agotamiento total de sus fuerzas financieras: se fundió el manto de la Atenea de Fidias para conseguir oro.

Después, en el siglo siguiente, Atenas vejetó y pasó al nivel de los Estados griegos insignificantes, según Brenes. Pero ya en el siglo IV comenzó a transformarse. Atenas empezó a vivir de su gran pasado. "Roma honra a Atenas como la principal creadora de la civilización". Entonces florece de nuevo el Derecho en Atenas que es una Ciudad Libre ("Civitas Libera"). Su Constitución política queda reformada definitivamente en el sentido de su aristocratización: el principal ór-

gano administrativo vuelve a ser como antes de Solón: el Areópago. Es el renacimiento de las instituciones atenienses.

Esparta también padeció una terrible crisis financiera después de la victoria de Epaminondas y la pérdida de la Mesenia. I esto cambió su economía jurídica y la naturaleza misma de sus instituciones: supresión de la igualdad de las tierras que era la base de la potencia militar lacedemonia, y acumulación de las riquezas en manos de una oligarquía de grandes propietarios de tierras. Roma permitió a la vencida Esparta gobernarse según las leyes de Licurgo y guardar sus "fiditas", y su sólida organización militar y cívica; pero su Derecho decreció y casi se aniquiló por efecto de sus vicisitudes políticas.

16. **La Liga Etolia y sus instituciones.**—La tribu semibárbara de los etolios pasó sin transición de la vida rural a la vida urbana, organizada ya en Liga de las ciudades etolias y atrayéndose así a otros Estados de la Grecia Central y del Peloponeso (280). El Poder Ejecutivo estaba en manos de un estratega elegido cada año y reelegible. El Poder Legislativo lo ejercía una Asamblea popular congregada en el pueblo de Termón. Pero existía la institución del sufragio universal: todos los etolios tenían derecho a votar. Era un patrón de Democracia plebiscitaria. Adquirió mayor importancia política con la adhesión forzada de Delfos a esta Liga.

La Liga Etolia se pasaba el tiempo combatiendo a los antigonides de Macedonia. Se alió con Roma en el siglo segundo; pero le fué infiel y se pasó con armas y bagajes del lado del rey de Siria, **Antioco el Grande**: entonces las huestes latinas vencieron a estos aliados y disolvióse la Liga Etolia, la cual sólo duró un siglo.

17. **La Liga Aquea y su modelo jurídico (año 280).**—La Liga Aquea se formó con el modelo jurídico de la Liga Etolia, en el año 280. Se congregaron los Estados del Peloponeso bajo la dirección de Acaya. Su carácter definitivo no lo adquiere hasta el 251. Arato de Sicione, su estratega, agrupó a Corinto, sede futura de la Liga.

Vivió la Liga Aquea bajo la protección del Egipto de los ptolomeos; hizo alianza con Macedonia para contrarrestar a la Esparta de Cleomenes. Por fin cayó en la órbita de Roma (196). Esta opresión romana fué pesada y Grecia se rebeló. Pero las **legiones invictas** destruyeron a Corinto y redujeron a Grecia a una provincia romana: la Acaya. Nació allí el historiador Polibio.

Roma le dejó a la Liga Aquea sus instituciones locales y sus normas de Derecho, aunque introdujo en su vida política la preponderancia de la aristocracia.

18. **Rodas entra a formar parte del Derecho ecuménico (siglo III).**—Rodas fué la heredera de Atenas. Su gran desenvolvimiento

histórico comenzó en el 407. Llega a ser potencia marítima y rival de los reinos helenísticos y del Egipto ptolomaico. Era la Venecia de la época. Su flota de guerra perseguía a los piratas, protegía su Comercio y despertaba celos de la colosal Roma, la cual para arruinarla, cedióle Delos a Atenas, (era un puerto franco) (166). En ese momento se inicia la decadencia de Rodas ya dedicada a la piratería. Ya en el siglo I, Rodas había pasado a ser el centro de la civilización. Pero Casio, asesino de César, le asoló en el 43, y desde entonces entró a formar parte del Imperio Romano. Se confundieron en ese instante las instituciones jurídicas de los vencidos y vencedores. Rodas entró a formar parte del Derecho ecuménico.

**19. El Derecho Administrativo de las monarquías helenísticas.**— En el Derecho Administrativo de las Monarquías helenísticas, hay que distinguir varios factores: 1o. los herederos de los antiguos reyes de Macedonia; 2o. los que procedían de Persia; 3o. los que se desarrollaron de modo independiente a toda influencia de países que formaron dichos reinos.

La antigua monarquía macedónica difería poco de la monarquía aquea: el poder real limitado. Trasladado al suelo oriental el poder de los reyes se convierte en poder absoluto. Los órganos de ese poder son los siguientes: 1o. **Consejo de los Hetaioi** (compañeros), los nobles; 2o. **Consejo Nacional** o Asamblea de los soldados y oficiales.

Esta Asamblea de las tropas macedónicas equivalía a la Asamblea Popular de los Aqueos, y no era convocada sino para proceder a la confirmación de un nuevo rey o para la ratificación de la pena de muerte recaída contra un macedonio. En cambio, la decisión del Consejo de los "compañeros" no era obligatoria para el Rey.

**20. El helenismo introduciendo el sistema de departamentos para sustituir a los Virreinos.**— El helenismo debía introducir una institución que había de tener gran preponderancia en el futuro: la sustitución del sistema de los Virreinos por el sistema de Departamentos. La monarquía persa se dividía en virreinos o satrapías. El Virrey asumía la Administración, controlaba la hacienda y dirigía la fuerza armada de la Provincia. Los sátrapas ejercían sus funciones por toda la vida, eran verdaderos príncipes por la acumulación de poder y de riquezas en sus manos, haciendo a veces una política opuesta a sus colegas. Más tarde se retornó a la antigua división en provincias y gobernadores que sólo tenían a su cargo los asuntos interiores. El Rey utilizaba los servicios de un auxiliar: el Canciller. Hay Asambleas Municipales que son órganos de la Administración local.

Este sistema de departamentos sólo obtuvo éxito en Egipto. Pero a veces coexiste con el sistema de los virreinos como en el reino de los Seleucidas.

Existía el Servicio de Estado ya descrito y el Servicio de Corte a las órdenes exclusivas del monarca. Su más alta dignidad la representaba el Comandante de las guardias del cuerpo real, jefe al mismo tiempo del cuerpo de pajes. Luego desfilaban el gran Copero, el Gran Enóforo, el Gran Montero, y todo un estado mayor de Chambelanes, etc. Estos dignatarios eran escogidos entre los pajes, después que habían terminado sus estudios con el Rey. La reina tenía análogos funcionarios a su servicio.

**21. Organización Judicial: dualidad de doble Derecho y Tribunales dobles (el pueblo indígena, su antiguo Derecho y sus Tribunales); el procedimiento escrito.**— Hay una dualidad en la Organización Judicial: doble Derecho y Tribunales dobles: el pueblo indígena se regía por su antiguo Derecho y sus originarios Tribunales (LAOCRITAS): y el procedimiento era escrito.

**22. El pueblo macedónico, el Derecho y los Tribunales; paralelismo de ambos Derechos (el nativo y el macedónico); la competencia y sus reglas; la conciencia de la superioridad de las instituciones griegas.**— En cuanto al pueblo macedónico, el Derecho y los Tribunales (CREMATISTAS) eran exclusivamente griegos. El Procedimiento era oral y admitíase la representación de las partes, muy al contrario del periodo anterior helénico.

Como resultado de este paralelismo en los Tribunales, establecióse una inevitable competencia, en la cual se destacaba nítidamente la conciencia de la superioridad de las instituciones griegas, y de donde provino en definitiva su triunfo, aunque obtenido de modo gradual.

## CAPITULO III

### EL DERECHO EN LA REPUBLICA ROMANA

(Epoca Ecuménica).

1. División de Italia en tres partes que tenían distintas instituciones: nacimiento y preponderancia de Roma y sus normas jurídicas. 2. Las Costumbres, la Familia y el "pater familias", símbolo del estado del ciudadano romano en su triple denominación de nombre personal, nombre de linaje y nombre de familia. 3. El Matrimonio (**Connubium, Confarreatio y Contubernium**), y las dos formas que en la época republicana conducían a la "Manus" (El Divorcio, la "Univira"). 4. **Cómo estaba formado el Derecho en esta época:** Leyes de las XII Tablas; la Magistratura y sus funciones (interpretación y desarrollo del Derecho codificado); el pretor y su Edicto ("Edictum Praetorium"); fuentes del Derecho Romano (Bruto y su libro en forma de Diálogo; Scaevola, etc.); la Sentencia "Fiat Justitia, Pareat Mundus". 5. Apogeo de la Jurisprudencia romana: espíritu jurídico latino y filosofía estoica de tendencia sistematizadora (Quinto Mucio Scaevola y su obra notable). 6. El **Procedimiento:** instrucción del pleito; los litigantes; la acción ("accionem debat"), y sus condiciones; el juez o el árbitro; los "asesores"; la audiencia; la representación; la prueba testifical; redacción del juicio; pronunciamiento del Edicto. 7. El "Jus Quiritium" aplicado a los ciudadanos y el "Jus Gentium" a los no-ciudadanos; Justicia formal ("Justum"); Justicia real ("Aequium"): estos dos Derechos en la persona del pretor como instrumentos de progreso.

**BIBLIOGRAFIA:** Accarias (V.M.), Resumen de Derecho Romano (3a. Edic.); Brenes y Córdoba (A), Historia del Derecho (2a. Edic.); Bouché Leclercq, Los Pontífices de la Antigua Roma, y Manual de las Instituciones Romanas; Dareste, Estudios de la Historia del Derecho; Debranich, Elementos de Historia del Derecho; Esmein (A), Historia del Derecho y su Crítica (**Derecho Romano**), 1886; Ihering, Espíritu del Derecho Romano; May (G), Elementos del Derecho Romano (1889); Ortolán, Historia de la Legislación Romana y "Clave del Derecho" o "Síntesis del Derecho Romano"; Riviére, Introducción al Derecho Romano; Zielinski (Th.), Historia de la Civilización Antigua.

1. **División de Italia en tres partes que tenían distintas instituciones: nacimiento y preponderancia de Roma y sus normas jurídicas.**— Italia como Grecia estaba dividida en tres partes. Los Etruscos desplazados desde el quinto siglo por los galos ("Galia Cisalpina"), ocupaban los Apeninos y por el este les deslindaban el Mar Adriático, y separándoles del resto de la península itálica la ancha y fértil llanura

regada por el río Po y su afluentes del norte y sur. Al otro lado de los montes Apeninos estaba la Italia propiamente dicha o sea, la parte central de la Península, la cual estaba poblada por un pueblo extraordinario por su destino histórico: el "Latium", cuya lengua, el latín, iba a conquistar el universo. Por último, estaba la Campania (el Territorio de Capua), eterna rival de Roma. Después se agregaban Apulia, Calabria y Sicilia. Todas ellas sometidas a la Ciudad dueño del mundo, aunque no totalmente, quedaron por fin, autónomas. Entonces la Germania, más allá del Rhin; Bretaña al otro lado del Canal de la Mancha: constituían una constante amenaza para "los pueblos que se agruparon en una sola familia mediterránea bajo la dominación pacífica de Roma."

Esta Roma conquistadora nació en una data todavía no bastante precisada, aunque la tradición la fija en el año 753 a. J. C. Fué fundada a la margen izquierda del Tíber. Producto de dos comunidades que se fusionaban para siempre en el crisol imperecedero de la Historia: una, latina (Palatino); y la otra, sabina (Quirinal).

Pasa Roma en su primer período (período real), al través de grandes vicisitudes que se reflejan en sus instituciones jurídicas. Ella vence a las ciudades vecinas del Lacio; pero cayó después en poder de los Tarquinos, reyes de la próxima ciudad de Tarquinos (510), capital de la Liga Etruscolatina. Comienzan entonces guerras interminables entre esa Roma republicana y las comunidades vecinas etruscas, sabinas y volscas, las cuales han de modificar el Derecho hasta la toma de la ciudad etrusca de Veyes por Camilo (396), hecho que rompió el equilibrio e hizo inclinar la balanza en favor de Roma que pareció unificar sus instituciones, hasta el desastre que infligieron a las huestes romanas los galos que empezaron a ser famosos en la batalla de Allia (390) que había de conducir a la misma toma de Roma.

De modo que fué indispensable emprender la obra de nuevo, fundar nuevas instituciones latinas con más acierto, y, desde el año 348, Roma volvió a ser la Ciudad preponderante del mundo etrusco-latino, y hasta Cartago celebró tratado de paz con ella, e impuso a las demás naciones su Derecho, y con él sus superiores normas jurídicas.

**2. Las Costumbres, la Familia y el "pater familias", símbolo del estado del ciudadano romano en su triple denominación de nombre personal, nombre de linaje y nombre de familia.**—Las Costumbres formaban el contenido principal del Derecho en este período. Como la familia griega, la familia romana estaba fundada en sus orígenes sobre la monogamia: a su cabeza el esposo y padre, el "pater familias", símbolo de su estado de ciudadano romano que comprendía una triple denominación: nombre personal, nombre de linaje y nombre de familia: v. g.: Marco Tulio Cicerón.

3. **El Matrimonio (Connubium, Confarreatio y Contubernium), y las dos formas que en la época republicana conducían a la MANUS (El Divorcio, la "Univira").**—En el matrimonio la monogamia era la regla. Para el matrimonio legal era preciso que los cónyuges gozasen del "connubium", del cual no disfrutaron los plebeyos hasta el año 445, a diferencia de los patricios que siempre estuvo a su alcance.

Se requería para esa unión legítima la autorización de los padres de la pareja, y el consentimiento de estos novios; a más de la observancia de ciertos ritos que constituían la boda ("nuptiae").

Este matrimonio difería según fuese o nó necesario establecer la autoridad (MANUS) del marido sobre la mujer. La primera y más antigua forma, en la época patriarcal, era la "confarreatio", en que se hacía una ofrenda simultánea y solemne de un pastel de trigo (PANIS FARREUS), símbolo del domicilio fijo e indispensable para la Agricultura.

Cuando la plebe fué admitida al "connubio", en vez de la "confarreatio" que le era inaccesible, practicaba la "coemptia" o compra ficticia de la mujer por su marido: a fines de la época republicana, las dos formas que conducían a la "Manus", fueron reemplazadas por otra formalidad: la mujer bajo la autoridad de su padre, podía romper el matrimonio: de ahí el hábito de divorciarse fácilmente y la consideración social que se dispensaba a esta mujer que se había sostenido hasta el fin en una misma unión ("univira").

La situación de la mujer en la casa de su marido era honorable: era la "matrona" o "mater familias". Podía ella recibir mujeres y hombres, asistir a los festines, etc. Las matronas nobles influían en la Política. Cicerón nos habla en sus Obras de Claudia interviniendo en la vida política del procónsul Cecilio Metelo Nepote.

Los hijos no formaban sino una parte de la familia. Constituían la familia libre ("liberi"), los hombres libres y los hijos; la segunda parte estaba integrada por los criados. Dividíanse en domesticidad urbana (familia urbana), la cual se ocupaba de los servicios de la casa o quehaceres domésticos; y domesticidad campesina (familia rústica), dedicada a los trabajos productivos del amo, la que era demasiado oprimida. Pero en los dos dominios el "pater familias" será "el todopoderoso de su domesticidad". La influencia de la Jurisprudencia pronto hará más humana esta situación de la servidumbre romana. Comenzó por fijarse restricciones a ese derecho del amo sobre la vida y los bienes ("peculium") de su esclavo, y después reconoció la legitimidad del matrimonio o "contubernium" de este último.

4. **Como estaba formado el Derecho en esta época: Leyes de las XII Tablas; la Magistratura y sus funciones (interpretación y desarrollo del Derecho codificado); el pretor y su Edicto ("Edictum Praeto-**

rium); fuentes del Derecho Romano (Bruto y su libro en forma de Diálogos; Scaevola, etc.); la Sentencia "Fiat Justitia, Pereat Mundus".— Si estudiamos las fuentes del Derecho Romano en esta época encontramos que las XII Tablas es la primera; el Edicto del Pretor, "móvil y viva, adaptada a la vida y que evolucionaba con ella", según Ihering, formaba la segunda, y las "Responsa Prudentium" o sean las sentencias de los juristas pronunciadas por consultas de clientes en casos difíciles, constituían la tercera y última de estas fuentes.

La esencia misma del Derecho Romano estaba formada por las Leyes de las XII Tablas, redactadas por la Comisión de los Decenviros y promulgadas del 449 al 451. En su elaboración tomó parte el famoso Hermodoro desterrado a Efeso en donde se erigió una estatua a su memoria.

Estas XII Tablas comprenden reglas a la vez del Derecho Público y del Derecho Privado (calificadas por Cicerón de inicuas debido a su gran rigor para resolver muchos casos), y pone término al primero e inicia el segundo período del Derecho Romano. El Derecho del primer período se espacia desde la fundación de Roma hasta esas XII Tablas; pero es esencialmente costumbrista, remedando los antiguos usos de los pueblos itálicos que originaron la gran Ciudad. En tanto que el Derecho del segundo período está caracterizado por las XII Tablas que "se desenvuelven de modo gradual por la mediación de los pontífices, según Bouché Leclerq, tomando desde entonces un carácter típicamente romano."

Estas leyes de las XII Tablas tendían a resucitar el Derecho griego en el período democrático de sus Codificaciones; pero no fueron una garantía del progreso jurídico como observa Revière en su "Introducción al Derecho Romano"; sino que estuvieron destinadas a la creación en el siglo IV de una Magistratura, cuyas funciones eran la interpretación y el desarrollo del Derecho codificado, esto es, la "Pretura, Viva Vox Juris Civilis". "Cada año el Pretor, escribe Gastón May, en su Edicto ("Edictum Praetorium"), proclamaba las limitaciones y complementos que estaba dispuesto a introducir en la legislación existente, aunque hacía lo con circunspección para impedir las perturbaciones que podría producir en la conciencia jurídica de los ciudadanos con la desviación inútil de la línea seguida por su predecesor, y cuyo cambio era severamente juzgado por la opinión pública."

En cuanto a las "Responsa Prudentium" que emanaba casi siempre de los jurisconsultos más avezados, no tenían fuerza de Ley, su autoridad era de carácter moral, mas como provenían de peritos de la ciencia jurídica, el Pretor que generalmente era un profano en estos achaques del Derecho, atendía les con frecuencia y se guiaba por sus sentencias privadas en sus Edictos. Famosas fueron las "consultas" que dió el jurisconsulto Marco Junio Bruto, publicadas en la época

de los Gracos, en su obra "De Jure Civilis" (en forma de libro de lectura con diálogos). También es memorable el tratado del mismo género del cónsul Publio Mucio Scaevola en el año 133, en el cual figura la característica sentencia: "Fiat Justitia, Pereat Mundus".

**5. Apogeo de la Jurisprudencia romana; espíritu jurídico latino y filosofía estoica de tendencia sistematizadora (Quinto Mucio Scaevola y su obra notable).**—El apogeo de la Jurisprudencia romana no ha de empezar sino cuando el espíritu jurídico latino fué influenciado por la filosofía estoica de tendencia sistematizadora, como anota Esmein en la parte del Derecho Romano que trata en su "Historia del Derecho y su Crítica". A esa cooperación de los filósofos helenos y los jurisconsultos del Lacio atribuye Ortolán la labor notable de los pontífices romanos, de acuerdo con Bouché Leclerq. Cita especialmente el primero en su "Historia de la Legislación Romana" el tratado célebre del pontífice Quinto Mucio Scaevola, hijo de Publio.

En esta obra magnífica compuesta de 18 libros se expone por primera vez un sistema de Derecho Civil que antes estaba reducido a prácticas judiciales en los casos más importantes. No se conoce en verdad el tratado pero se sabe que sobre él descansa el Derecho Romano posterior, padre del Derecho moderno, según las noticias que nos dan los autores Accarias, May, Dareste, Debranich, Ihering, Brenes Córdoba, etc.

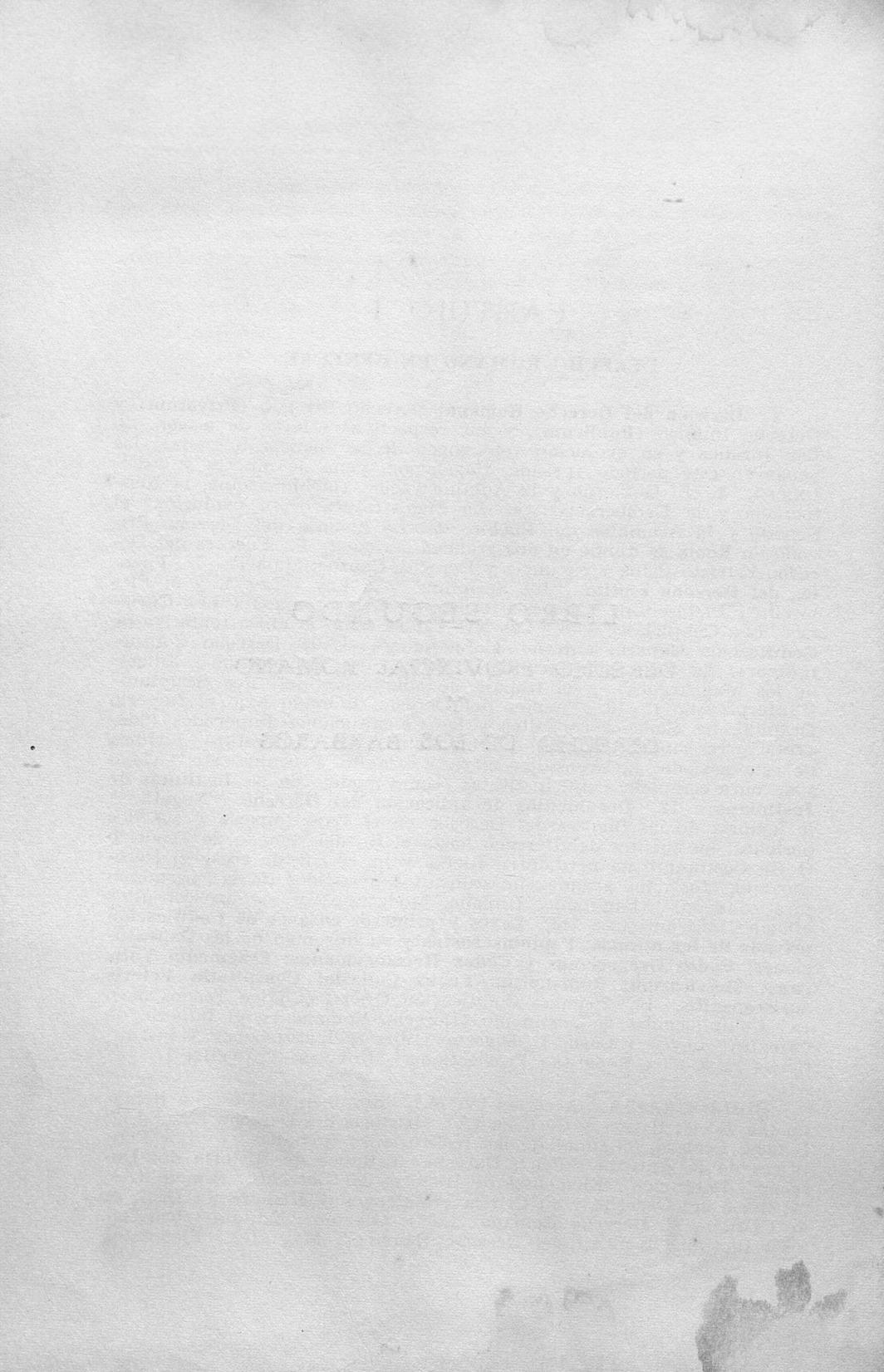
**6. El Procedimiento: instrucción del pleito; los litigantes; la acción ("actionen dabat"), y sus condiciones; el juez o el árbitro; los "asesores"; la audiencia: la representación; la prueba testifical; redacción del juicio; pronunciamiento del Edicto.**—El Pretor era un verdadero legislador en el Edicto, pues, creaba la Ley. Tenía además en sus manos la Instrucción del pleito: los litigantes o pleitistas se dirigían a él, y si las condiciones del asunto permitían entablar una acción el pretor movía la "actionen dabat" y designaba un juez si la suma reclamada era líquida, o un árbitro si era cierta pero se hacía indispensable fijar esa cantidad que se ponía en entredichos y le indicaba entonces una "fórmula jurídica", en virtud de la cual debía dictarse la sentencia. El juez o el árbitro, según el caso, convocaba en calidad de "asesores" a algunos ciudadanos honorables y de ciertos conocimientos en la materia de que se trataba, y después de oír a las partes en audiencia y hacerse la presentación de testigos, redactaba su juicio y lo transmitía al pretor a fin de que éste lo pronunciara, con lo cual se terminaba el procedimiento.

En este proceso civil la representación estaba autorizada, revocándose así el procedimiento griego en que estaba prohibida, como vimos anteriormente.

7. El "Jus Quiritium" aplicado a los ciudadanos y el "Jus Gentium" a los no ciudadanos; Justicia formal ("Justum"); Justicia real ("Aequium"): estos dos Derechos en la persona del pretor como instrumentos de progreso.—El procedimiento expuesto se refiere sólo a los procesos de los ciudadanos romanos entre sí, los cuales eran juzgados por el "Jus Quiritium", esto es, según las Leyes de las XII Tablas, por el Edicto del Pretor. Pero las acciones que se intentaban por los no-ciudadanos estaban regidas por el "Jus Gentium", el cual era un Derecho más abreviado, no tan ligado a la tradición y a la Justicia formal ("Justum") y mucho más vinculado con la Justicia o "Aequium".

Más tarde, la acumulación de los derechos en la persona del pretor, dice Ortolán en la "Clave del Derecho", fué un instrumento de progreso jurídico, porque este funcionario por dicha reunión de los asuntos se vió obligado a nombrar un colega a quien se llamaba "praetor inter-peregrinos". De este modo se perfeccionó el paralelismo entre estas disposiciones y las normas helenísticas señaladas con antelación como consigna el historiador de la civilización antigua Zielinski. Aunque en la práctica estas dos funciones estaban reunidas en la cabeza de ese pretor que fungía con frecuencia de único juez o árbitro.

LIBRO SEGUNDO  
DERECHO PROVINCIAL ROMANO  
Y  
DERECHO DE LOS BARBAROS



# CAPITULO I

## DERECHO ROMANO EN GENERAL

1. **División del Derecho Romano:** Derecho Privado (**Privatum**) y Derecho Público (**Publicum**), y sus respectivas esferas de acción. 2. Los Jurados y su evolución (el apogeo de la Justicia Romana): las penas en este período (prisión, flagelación, pena de muerte y crucifixión). 3. El Gobierno y la Administración (la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia). 4. La Magistratura y su evolución; el Senado y la Asamblea del Pueblo. 5. La historia del Derecho Privado en Roma se divide en dos grandes períodos. 6. Fuentes del Derecho Estricto (**"Jus Strictum"**) y Derecho Consuetudinario. 7. **Fuentes del Derecho escrito** (**"Jus Scriptum"**): la Ley (**"Lex"**), y el Plebiscito (**"Plebiscitum"**); las dos formas de la ley romana (**"Lex Curia-ta"**, **"Lex Centuriata"**). 8. Las XII Tablas como la única tentativa de Codificación General anterior a Justiniano. 9. El Derecho Consuetudinario de formación secundaria (**"Responsa Prudentium"**, Edictos de los Magistrados, y el trabajo de adaptación del **"Jus Scriptum"** (**"Interpretatio"**). 10. Fuentes del Derecho Romano bajo el Imperio Oriental, los Senados consultos y las Constituciones Imperiales (**"decreta"**, **"rescripta"**, **"edicta"** y **"mandata"**). 11. Literatura Jurídica de este período: jurisconsultos clásicos (Capito, Próculus, etc.); Gayo y su obra completa (sus **"Institutas"** como modelo de las **Institutas de Justiniano**). 12. **Documentos de aplicación del Derecho** (**"Negotia"**): la historia de las fuentes del Derecho en el Bajo Imperio y sus dos períodos; las fuentes del Derecho hasta el fin del reinado de Teodosio II (la Costumbre ha perdido su fuerza y ha cesado de crear el Derecho); el **"Jus"**, los grandes jurisconsultos investidos de la **"permissio jura condendi"** (Papiniano, Ulpiano, Modestino) y los jurisconsultos oficiales más antiguos. 13. **Leyes y primeros ensayos de Codificación privada de las mismas:** **Papinius Justus** y su Resumen de las Constituciones; **Codex Gregorianus** y **Codex Hermogenianus**; **Fragmenta Vaticana**; **Mossicarum**; **Romanorum Leges Collatio**; **Consultatio Veteris Jurisconsultis**. 14. Primera Codificación Oficial (Código Teodosiano). 15. Compilaciones de Justiniano (Derecho Romano en el Imperio de Oriente): **Leyes** (**"Leges"**); **Digesto** (**"Jus"**); **Instituciones** (**"Institutiones"**); **"Codex Repetitae Praelectionis"**; **Novelas** (**"Novelles"**).

**BIBLIOGRAFIA:** Accarias (V. M.), "Resumen de Derecho Romano (3a. Ed.)"; Brenes y Córdoba (A.), "Historia del Derecho (2a. Ed.)"; Bouché Leclercq, "Manual de las Instituciones Romanas" y "Los Pontífices de la Antigua Roma"; Dareste, "Estudios de Historia del Derecho"; Debranich, "Elementos de Historia del Derecho"; Esmein (A.), "Historia del Derecho y su Crítica (**"Mélanges d' Histoire du Droit et de Critique"**)"; **Derecho Romano** (1886); Glasson, "Estudio sobre Gaius"; Ihering, "Espíritu del Derecho Romano"; May (G.), "Elementos

del Derecho Romano (1889)"; Ortolán, "Historia de la Legislación Romana"; Tácito, "Anales"; Troncoso de la Concha (M. de Js.), **Notas de Cátedra sobre el Derecho Romano** (1938-1939); Viollet, "Resumen de la Historia del Derecho Francés".

1. **División del Derecho Romano: Derecho Privado ("Privatum") y Derecho Público ("Publicum"), y sus respectivas esferas de acción.**—La división del Derecho Romano en Derecho Privado ("Privatum") y Derecho Público ("Publicum"), no corresponde en nuestros tiempos al Derecho Civil y al Derecho Criminal, respectivamente, aunque este último estaba supeditado al primero como una peculiaridad de ese primitivo Derecho. Y algo más para nuestra perspectiva jurídica del presente: uno y otro Derecho podían tratar de los delitos (robo, traición contra el Estado, etc.), y de los no delitos (disputa en materia de bienes, y hasta litigios de carácter económico entre el Erario público y un particular). Pero los crímenes graves que conllevaban castigos severos o pena capital (homicidio, incendio premeditado, etc.), entraban de pleno en la esfera de acción del Derecho Público y eran de la competencia exclusiva de un Magistrado superior.

2. **Los Jurados y su evolución (el apogeo de la Justicia Romana) las penas en este período (prisión, flagelación, pena de muerte y crucifixión).**—Una ley que se remonta a la misma fundación de la República, según la tradición, autorizaba, en caso de condena, la "provocatio ad populum" o sea, el juicio popular para los delitos más graves que habían ya entrado en las costumbres. Pero "esta institución resultaba una maquinaria demasiado pesada para ponerla en movimiento, dice Gastón May; por ésto desde mediados del siglo II, existían para los principales crímenes las *quaestiones perpetuae* o Comisiones Criminales de Jurados".

Los elementos del crimen, el procedimiento y la pena estaban previstos en una ley fundamental y no eran susceptibles de modificaciones por parte de los pretores. Esta es la causa según los tratadistas de esa inmovilidad que presenta el Derecho Criminal romano ante la historia de las instituciones jurídicas, y es notoria sobre todo tal singularidad de éste en comparación con el progresivo y movable Derecho Civil de la misma Roma.

Estos Jurados en un principio eran senadores; pero desde Cayo Graco, fueron sustituidos por simples caballeros (123). En la época de Sila (182), fueron nuevamente senadores tales Jurados. La "Lex Aurelia Judiciaria" creó, como nos refiere Bouché Leclercq en su "Manual de las Instituciones Romanas", un Tribunal compuesto de Jurados tomados en todos los órdenes, a razón de un tercio por cada orden (senadores, caballeros, plebe), los cuales estaban representados por

sus "Tribuni Aerali". Esa ley fundamental arraigó en la conciencia jurídica de la sociedad romana en las dos reglas que sirven de base a nuestro procedimiento, bien que no formuladas: "Nullum Crimen sine lege", y esta otra: "Nulla poena sine lege". Para Dareste en su "Historia del Derecho", es en estos Jurados en donde hay que anotar el apogeo de la Justicia latina, y "nivel al cual no llegó Europa hasta el siglo XIX".

En cuanto a las penas había una igualdad en Derecho pero no se aplicaban por igual a todos en Roma: la pena de muerte no se ejecutaba nunca contra los ciudadanos, pues, éstos podían sustituir el suplicio por el destierro voluntario, y la privación de la libertad no era sino una providencia preventiva o de coacción. Los castigos que realmente se imponían a los romanos eran las penas pecuniarias de diferentes cuantías y la prohibición de algunos derechos cívicos ("capitis deminutio"). Al contrario, los no ciudadanos podían ser condenados por prisión, flagelación, muerte, y crucifixión.

**3. El Gobierno y la Administración (la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia).**—En la Constitución romana, el historiador Polibio celebra el acuerdo armónico de las tres formas de Gobierno: la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia. "La primera, dice, está personificada en la Magistratura; la segunda, en su Senado; y la tercera, en la Asamblea Popular".

El pueblo aparece en este órgano de la Asamblea Popular en el apogeo de la República, aunque ya en el ocaso del período republicano, el regimen es eminentemente aristocrático.

**4. La Magistratura y su evolución; el Senado y la Asamblea del Pueblo.**—La Magistratura que había brotado del mismo poder real, estuvo representada en sus comienzos por los Cónsules anuales o "collegas", llamados pretores (generales). Estos disponían del poder supremo ("imperium"), no sólo del dominio civil ("domi") sino también se extendía al dominio militar ("militae"). Eran estos pretores, a la vez, jefes militares, administradores y jueces. Se valían de auxiliares o cuestores (los exploradores) y de servidores o lictores que llevaban el símbolo de su poder de represión que consistía en las *fascēs*, con sus hachas y sus varas.

Después Sila separó la Magistratura de la Promimagistratura que estaba representada por el proconsulado y la propretura. Esta última tenía atribuciones militares. Se reservó al poder Civil la Magistratura. Tal es la evolución jurídica de esta institución.

La organización romana desde entonces continúa igual hasta el fin de la República. Hay 20 cuestores con plenos poderes para administrar en Roma y sus provincias. Era cada cuestor *ipso facto* senador. Además figuran 10 tribunos del pueblo, aunque con poderes cer-

cenados por el mismo Sila y restaurados más tarde en toda su plenitud o cabalidad; 2 ediles curules y 2 ediles de la plebe, encargados de la vigilancia de los mercados y de organizar los juegos destinados al júbilo del pueblo; 8 pretores que comprendían el "praetor urbanus", el "praetor inter peregrinos", y 6 presidentes de las Comisiones Militares.

Transcurrido un año, el pretor pasa a propretor y administra una provincia "pretoriana" con el mando del Ejército estacionado allí.

Existen 2 Cónsules con derecho a convocar el Senado y a la Asamblea del pueblo, los cuales expirado un año pasarán a administrar sendas provincias en calidad de Procónsules.

También se nombran 2 censores cada cinco años, quienes vigilan indirectamente la moralidad pública y presiden las adjudicaciones de los trabajos del Estado.

La dictadura estaba fuera del cuadro de las magistraturas. El dictador concentraba los poderes absolutos de un Rey en el período primitivo del Derecho. Pero el triunfo del Senado en pleno siglo II suprime **de facto** la dictadura. Anteriormente, en el siglo I, fué renovada dos veces por Sila y César. En esta postrera ocasión señaló la pérdida de la República como apunta Esmein.

El Senado era el órgano consultivo congregado por los pretores y presidido por ellos, así como dirigían la Asamblea del Pueblo. "Durante la lucha de clases, después de la proclamación de la República, agrega Esmein, los plebeyos habían obtenido sus propios Magistrados: los tribunos del pueblo, con sus auxiliares; los ediles de la plebe que eran inviolables ("sacro santi") para prestar ayuda y asistencia a los plebeyos ofendidos ("jus auxilii"), y presidían las asambleas de la plebe ("concilia plebis"), cuyas decisiones ("plebiscita") no tenían hasta ese momento fuerza de Ley sino para la plebe. Por éso, en Roma, en el siglo V, hubo dos sistemas de Magistraturas. Magistraturas patricias. Magistraturas plebeyas.

En cuanto a la Asamblea del Pueblo, en Roma se distinguía de la de Grecia por su organización: la romana a diferencia de la egea carecía del derecho de iniciativa: ella debía aceptar o rechazar la Ley, nombrar o repudiar el candidato que ponía sobre la mesa o proponía el magistrado que presidía esa Asamblea. Pero no podía la misma modificar la Ley ni proponer otro candidato como en los tiempos helenos.

Ese Senado que hemos dicho que primitivamente fué el órgano consultivo del Rey y de los Cónsules, llegó a ser el verdadero Gobierno, según Ihering. "ejerciendo un tutelaje sobre estos últimos y utilizando la Asamblea Popular como un simple instrumento de su voluntad".

En sus orígenes el Senado fué únicamente patricio ("padres") pero luego de la República se admitió en su seno a los "conscripti" ("aque-

llos que se habían inscrito al mismo tiempo”), los cuales representaban a familias plebeyas.

El número de los senadores que era estrictamente limitado se hizo incierto por la ley de Sila: 20 nuevos cuestores entraban cada año en el Senado. Aproximadamente la cifra era de 500 a 600 miembros.

La categoría de ellos nos la dan los autores en todos los tratados de Derecho Romano. La división en “ordines”, escribe “May, es la siguiente: primer rango, Consulares (antiguos Cónsules); segundo rango, **praetori**; tercero, **adilicii**; cuarto, **tribunicii**, y por fin, **quaestorii**”.

Funcionaba tal máquina senatorial en esta forma. El Cónsul que presidía exponía la cuestión debatida, dirigiéndose al consular más cargado de honores para que opinara, el cual entonces pronunciaba un discurso que remataba dando su opinión (“sententia”), y así, sucesivamente, en el orden categorial establecido. Entonces los que seguían en el uso de la palabra podían levantarse para emitir su opinión o permanecían sentados y adoptaban algunas de las proposiciones ya formuladas.

La influencia del Senado la puso de manifiesto Marco Tulio Cicerón en las cartas contenidas en sus Obras completas, en las cuales destaca que la grandeza romana de estos tiempos no corrió pareja con la aptitud de ese alto cuerpo para administrar el Imperio. La hegemonía que ejerció este Senado se marca en la Historia con un período de desórdenes y de conflictos internos: revolución de los Gracos; guerra civil de Mario y Sila; guerra civil de Espartaco; conjuración de Catilina; anarquía de Clodio, César y Pompeyo, Octavio y Antonio: y hasta que se desploma el Imperio bajo la tempestad política de aquellos infaustos tiempos romanos.

**5. La historia del Derecho Privado en Roma se divide en dos grandes períodos.**— Aunque los dos grandes períodos en que se divide el Derecho Privado romano “no están diafanamente definidos”, advierte Debranich en sus “Elementos de Historia del Derecho”, puesto que ellos se confunden y coexisten a veces, y el segundo comienza cuando el primero no se ha acabado de desarrollar, por razones de método de exposición es indispensable distinguirlos y separarlos en sus más peculiares características.

El primer período se prolonga hasta los mismos estertores de la República: el Derecho tiene entonces un carácter típicamente romano, restringido, formalista: los romanos le designaban: **jus civile, jus proprium civium romanorum; Jus Strictum**, o sea, sistema de Derecho estricto. En contraposición al segundo período que corresponde a los tiempos imperiales: el Derecho no es ya profundamente nacional; pero es más flexible y humano; no tiene tanto rigor; es más amplio en sus normas y menos formal. Los textos le llaman a este sistema: **Jus Gentium**. A cada uno —se ha dicho por Gastón May en su “Derecho

Romano”— corresponde una noción especial del Derecho, y un sistema jurídico peculiar, con elementos característicos y definidos, a las cuales se relacionan todas las instituciones pertenecientes al Derecho Privado”.

Estos dos sistemas al presentarse y conformar las normas van reflejando en el dominio del Derecho las esenciales transformaciones del orden político en los dos períodos históricos, bien que, repetimos, no siguen en su trayectoria una Cronología perfecta ni mucho menos: “y bajo el imperio del *Jus Gentium*, el *Jus Strictum* subsiste todavía en sus grandes líneas y en sus principales creaciones” como asienta Orotolán en su notable “Historia de la Legislación Romana”.

Debemos agregar, antes de concluir este punto del Sumario, que el carácter formalista del Derecho Romano es común a todas las legislaciones primitivas, como indicó en sus **Notas de Cátedra de Derecho Romano** el ilustre profesor Troncoso de la Concha. La diferencia estriba sólo en que en ese primer período latino ese Derecho “se mantiene con su color arcaico y su intransigencia primitiva” casi a ras con la época moderna.

**6. Fuentes del Derecho Estricto (“Jus Strictum”) y Derecho Consuetudinario.**— Nos refieren Accarias, Esmein, Riviére, May, que, las dos fuentes más antiguas del “*Jus Civile*”, son la Costumbre y la Ley.

La Costumbre o Derecho consuetudinario es el conjunto de reglas no escritas, transmitidas oralmente de generación en generación, y que son acatadas por todos para regular las relaciones sociales. Entre los coasociados ha habido un pacto tácito que ha hecho perdurar estas costumbres al través del tiempo. Son las manifestaciones más espontáneas del Derecho y responden mejor que ninguna clase de expresiones escritas al alma popular. Sin embargo, para los romanos que constituyeron un pueblo de juristas, de jurisconsultos positivistas, ese Derecho consuetudinario era una manifestación inferior de la conciencia jurídica de una colectividad humana, según refiere Esmein en “*Mélanges d'histoire du Droit et de Critique*”, y reafirma Brenes y Córdoba en su moderna “Historia del Derecho”. Los romanistas llaman a ese Derecho no escrito: “*Jus non scriptum*”, en oposición al Derecho escrito o sea, “*Jus Scriptum*”.

De modo que ese Derecho Consuetudinario que deriva exclusivamente de la Costumbre (“*longa consuetudo, mores majorum*”), forma el conjunto de normas implícitas o disposiciones que han sido transmitidas por la tradición oral; pero que no se han proclamado en ningún momento por la autoridad legislativa, aunque son aceptadas estas reglas por la voluntad unánime de los coasociados, “expresadas todos los días, sin apremios y bajo la presión de necesidades jurídicas,” según explica Ihering en el “Espíritu del Derecho Romano”. Por éso,

como obedece el Derecho consuetudinario a las necesidades sociales, "es esencialmente variable, agrega Ihering, y esta variabilidad es para el Derecho consuetudinario una causa de inferioridad, pues, se encuentra a merced de la memoria de los jueces y a su arbitrio".

Todos esos inconvenientes del Derecho costumbrista desaparecen cuando se presenta la Ley (el conjunto de normas escritas y obligatorias). Así por la Ley se logra la libertad e igualdad de todos, esto es, el "Jus Scriptum" romano, que comprende esos preceptos del Derecho ya formulados y pronunciados públicamente en un día fijado de antemano por la autoridad competente. Tal publicidad que es la característica de la Ley permite a los interesados tener conocimiento de dichas normas o preceptos y hacer más fácil su comprobación o prueba; y, además, impide sus cambios continuos o arbitraria movilidad.

**7. Fuentes del Derecho escrito ("Jus Scriptum"): la Ley ("Lex"), y el Plebiscito ("Plebiscitum"); las dos formas de la ley romana ("Lex Curiata", "Lex Centuriata").**— El Derecho escrito ("jus scriptum") abrevia en las fuentes de la Ley ("lex"), y el Plebiscito ("plebiscitum").

La "lex" es la decisión tomada por la Asamblea del Pueblo ("populus"), esto es, en los comicios de los ciudadanos: ha variado en su forma con la Constitución política de Roma: **Lex Curiata, lex Centuriata.**

La Ley Curiata fué la forma primitiva de esa Ley: la más remota organización política del Estado Romano, dividido en tres tribus, y subdividida cada una, en 10 curias. La Ley era propuesta al "populus" o sea, a la Asamblea de 30 curias, por parte del Magistrado (el Rey o el Cónsul), quien interrogaba al pueblo ("rogat populum"), y pedíale su asentimiento a la propuesta o moción. El Senado era llamado en seguida a sancionar la ley votada.

Sucede a la primera división de los ciudadanos en curias, la transformación introducida por Servius Tullius en esa organización política con la separación por clases, compuesta cada una de cierto número de centurias y que conllevaba a la vez modificaciones en el modo de votar la Ley. Era, pues, indispensable que se reuniera la Asamblea de las centurias para que la proposición se pudiera convertir en Ley. "En teoría, dice Bouché Leclercq, todos los ciudadanos cual que fuese su nacimiento y riqueza, tenían el voto. En la práctica, sin embargo, sólo los ricos y nobles votaban."

En verdad la influencia patricia era tan preponderante que seguía aun después de formada la Ley. Era necesario su sanción por el Senado. El orden en que se hacían estas votaciones era el siguiente: desfilaban primero las "centurias de equidad" ("centuriae praerogation"), compuesta de los caballeros, y después las centurias de la primera clase formada de ciudadanos ricos: ésta tenía más centurias que

las clases restantes. A tal punto era ésto así, que unidas la clase de los caballeros y la primera clase podían, si estaban de acuerdo, aceptar o rechazar una Ley, con menosprecio de las demás centurias.

Es de hacer notar que cada categoría social estaba integrada por centurias de "seniores" y de "juniores" en número igual, equilibrándose de esta manera el juicio de la juventud más sano e impulsivo con el de los de más edad reflexivo y prudente casi siempre.

Coexistieron durante algún tiempo por la costumbre, la Asamblea de las Curias y la Asamblea de las Centurias; pero poco a poco ya las Curias no se reunieron más; y, la distinción de raza en que se basaba su organización, fué desapareciendo también gradualmente. Despojadas entonces de sus atribuciones legislativas, las Curias no conservaron sino el poder de validar ciertos actos como la adrogación y conferir el "Imperium" a los Magistrados.

En los tiempos de Cicerón, la Asamblea de las Curias es reemplazada por 30 lictores, presididos por un Magistrado.

Una nueva evolución ha de sufrir a la vez la "lex centuriata". La ley votada por Centurias fué reemplazada en la práctica por el Plebiscito ("plebiscitum"). El cual fué primero obra de la plebe y no ligaba sino a la misma, y luego adquirió un carácter obligatorio para todos los ciudadanos, y de tal manera que usurpó el lugar y hasta el nombre de esa ley centuriata. En los últimos tiempos de la República dicen los autores que las expresiones **lex** y **plebiscitum** eran sinónimas.

Este Plebiscito emanaba así del "populus" y nó del patriciado: la plebe era casta de orden inferior cuyos componentes estaban excluidos de las funciones sacerdotales y de las Magistraturas. No podía un plebeyo casarse con una mujer de la familia patricia, ni viceversa, y no tenían unos y otros los mismos derechos en la Ciudad. "La lucha de los plebeyos y patricios para conseguir la igualdad de los derechos políticos y civiles, escribe Esmein, hace brotar esa nueva fuente del "Jus Scriptum" llamado Plebiscito que adoptan las Asambleas populares o "Concilia". Era el "Plebiscitum" el fruto espontáneo de la Democracia. La Ley Hortensia le hace obligatorio para el patriciado. Pero, después, los nobles trataron de imponer su autoridad en las Asambleas, y hasta hicieron modificar por los censores el principio de la repartición de la población en tribus: los patricios y los plebeyos ricos fueron inscritos en las 31 tribus rurales, y el predominio en la "Comitia Tributa" pasó de nuevo a ellos en las postrimerías de la República romana.

8. Las XII Tablas y el Derecho Consuetudinario de formación secundaria ("Responso Prudentium", Edictos de los Magistrados).— Por su antigüedad y por la influencia que ha ejercido en el desenvolvi-

miento de las instituciones jurídicas al través de la Historia, hay que mencionar la famosa Ley de las XII TABLAS. Es ella el único ensayo de Codificación general anterior al **Corpus Juris** de Justiniano. "La redacción de esta ley célebre, dice Gastón May, es presentada por los historiadores como uno de los episodios de la lucha de clases entre el patriciado y la plebe, ya que estos últimos trataban de obtener la igualdad con los patricios, a lo menos en el dominio del Derecho Privado. Era necesario asegurar también que los Magistrados patricios no se negarían a aplicar esa ley a todos ni alterarían su aplicación."

Tal resultado no se obtuvo, esto es, la aplicación de las XII Tablas a patricios y plebeyos, sin excepción, sino después de largas pugnas de clases. La victoria la obtuvo el pueblo y por voto de las centurias diez personas notables fueron comisionadas para la redacción de un cuerpo de leyes. Estos Magistrados decenviros ("decenviri legibus scribendis"), fueron revestidos de un poder excepcional.

Estos redactores de las XII Tablas que eran patricios sometieron la Ley a los comicios centuriados y la hicieron votar el año 303 de la fundación de Roma (451 a. J. C.). Sus normas fueron inscritas sobre diez tablas que fueron expuestas al público y completadas después por otros decenviros que adoptaron nuevas reglas y formaron con ellas dos tablas suplementarias. "No se ha conservado íntegramente su texto, escribe Accarias en su "Resumen de Derecho Romano"; pero podemos apreciar su valor y carácter general por los fragmentos conservados en los escritos de los jurisconsultos y de otros escritores antiguos". No son principios tomados a las legislaciones heleenas como se ha pretendido por algunos historiadores, sino que, por el contrario, los principios proclamados por los decenviros son netamente romanos y tienen el sello de su Derecho utilitarista y práctico antes que filosófico y profundo como el Derecho pelásgico. Esta Ley tiene la marca del espíritu romano, y sus preceptos no son sino la codificación de las costumbres nacionales, según Ihering. Hay allí disposiciones de todo género que conciernen a los Derechos político, penal, religioso, privado y de procedimiento. Por más que abunda en normas que se refieren al Derecho Privado. De ahí que Gastón May haya consignado en su tratado de Derecho Romano: "Fuera de un pequeño número de prescripciones concernientes al Derecho Público y al Derecho Sagrado, no había en la Ley de las XII Tablas sino reglas relativas al Derecho Privado. Los decenviros se limitaron a lo esencial, preocupándose ante todo por las reglas a seguir para la marcha del proceso civil, y esta predilección por el procedimiento está conforme con la tendencia del romano que busca ante todo los medios de hacer valer el Derecho desconocido. En lo que respecta a la familia y a su organización la Ley de las XII Tablas contiene muy pocas disposiciones; en lo que concierne a los derechos patrimoniales, la Ley ofrece

una serie de disposiciones que regulan la transmisión global del patrimonio de un ciudadano fallecido después de haber estado o no casado. Otros preceptos tratan de la transmisión de bienes a título particular por procedimientos especiales que la misma Ley reglamenta. La propiedad rural es también objeto de una reglamentación minuciosa: pero ocupan poco lugar en las XII Tablas las Obligaciones."

Pone fin esta Ley de las XII Tablas a la arbitrariedad e injusticias que provenían de una ley no escrita y a la desigualdad de dos clases de ciudadanos romanos. A un Derecho de costumbre incierto, desconocido y vulgar, opone una ley escrita, esto es, pública, conocida de todos, y que asegura a todos derechos iguales. "La Ley de las XII Tablas, dice Ortolán, es considerada por los romanos como la fuente de todo el Derecho nacional ("Corpus omnis romani juris"), a la cual es necesario relacionar todas las instituciones jurídicas". A pesar del progreso de las instituciones jurídicas romanas del futuro, la ley decenvire no fué formalmente revocada. Por el contrario, el mismo Justiniano reconoce su indiscutible autoridad.

9. **El Derecho Consuetudinario de formación secundaria ("Responsa Prudentium", Edictos de los Magistrados), y el trabajo de adaptación del "Jus Scriptum" ("Interpretatio").**—La Ley de las XII Tablas no podía prever todas las situaciones jurídicas que en la práctica se presentaban ni satisfacer todas las necesidades que iban surgiendo en el futuro: resolver estos casos fué la obra de los intérpretes ("interpres"). Sirvió este intérprete para conciliar el Derecho encerrado en las fórmulas legales y las ondulantes necesidades que la vida del Derecho más humano iba confrontando en la práctica. A este trabajo de adaptación del "Jus Scriptum" se le denominó "Interpretatio": completó la obra legislativa de los decenviros y formó la ciencia práctica del Derecho llamada Jurisprudencia ("Jurisprudencia"). Había nacido de este modo un Derecho Consuetudinario de formación secundaria, fruto maduro de la interpretación del Derecho escrito. Esta fué principalmente la obra de los pontífices romanos. "...Aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas fuera de la esfera del Derecho Privado, los pontífices estaban obligados a conocer una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el **jus sacrum**—escribe Bouché Leclercq en "Los Pontífices de la Antigua Roma"—conocían de todos los asuntos religiosos ("fanum") y de los que entraban en el dominio de los hombres profanos ("profanum"). Se ocupaban los pontífices de la perpetuidad del culto privado ("sacra privata") e intervenían en los actos destinados a perpetuar la familia, como el matrimonio, la adopción y la sucesión."

Estos pontífices durante mucho tiempo retuvieron en secreto el rito que había de cumplirse ante los magistrados, las fórmulas sacramentales que debían pronunciarse y los gestos que eran necesarios

en la aplicación de las XII Tablas, así como sus propias ceremonias religiosas, no accesibles al vulgo sino a los iniciados.

La "Responso Prudentium" se componía de los principios jurídicos nuevos introducidos por los juristas latinos. Estos jurisperitos ejercieron su influencia decisiva en toda la vida del Derecho porque tenían una esfera muy amplia de actividades, ya que eran llamados a evacuar consultas o "responder", a la vez por los Magistrados, jueces privados y particulares que utilizaban sus servicios eminentes. Redactaban asimismo los contratos, las fórmulas y los actos ("cavere"), y asistían a los pleiteantes en Justicia ante los Magistrados ("in jure"): indicándoles a aquellos las palabras solemnes que debían pronunciar en la audiencia, los ritos sacramentales a cumplir ("agere"), etc. Enseñaban los jurisconsultos públicamente sus doctrinas y escribían Resúmenes de fórmulas y verdaderos tratados (**scribere**: conciliaban sus principios con las necesidades de la práctica: hacían admitir reglas nuevas de Derecho. Transmitían su "interpretatio" al través de los maestros y propagaban sus ideas a la vez por sus discípulos por medio de la tradición oral. Eran acogidas generalmente estas doctrinas por los Magistrados y jueces: terminaba por constituir una nueva fuente de Derecho: la "Responso Prudentium", de que hablamos, la cual nunca fué objeto de una promulgación legislativa y que forma parte del **Jus non Scriptum** ("Digesto, de Origen Juris").

Los jurisconsultos más célebres fueron los miembros del colegio de pontífices (**juris periti** o **jurisprudentes**), como ya referimos anteriormente. Citemos los más célebres: Sextus Aelius, autor de la famosa "Tripartita"; Marcus Cato, y sus hijos: Brutus y Manilius; el gran pontífice Publius Mucius Scaevola y su hijo, Quintus Mucius Scaevola, revestido de igual dignidad, de quien fué discípulo Cicerón, y autor de una obra esclarecida de 18 libros acerca del "Jus Civile". Después mencionaremos el renombrado Aquilius Gaius (Gayo), y a los no menos conocidos Servius Sulpicius y Trebatius Testa, contemporáneo y compañero del gran latino Marco Tulio Cicerón ya nombrado.

Como explicamos igualmente, el estudio del **Jus Civile** fué generando una verdadera ciencia jurídica práctica: la "Jurisprudentia".

Al mismo tiempo que los jurisconsultos contribuyeron a la formación de ese Derecho Consuetudinario nuevo los Magistrados investidos de la función judicial o "jurisdictio". En suma: las fuentes de ese Derecho emanado de la costumbre fueron la "Responso Prudentium" y los Edictos de los Magistrados. Los Magistrados del pueblo romano publicaban una declaración (**Edictum**), en la cual anunciaban al público las reglas que se proponían seguir durante el ejercicio de su Magistratura. "El edicto (**edictum**), nos enseña May, era una declaración de principios, una especie de profesión de fé, publicada por todo magistrado romano en el momento que entraba en funciones, anunciando

al público las reglas que se proponía seguir en el ejercicio de su magistratura. Este edicto era más necesario en el caso de que el magistrado estuviera investido de la función de declarar el Derecho (**Jus dicere, juris dictio**)”.

El magistrado presidía la marcha del proceso civil el cual tenía dos fases: el **jus** y el **judicium**. A su vez la función judicial se repartía entre dos personas distintas: el magistrado y el juez. El primero no asistía sino a la primera fase (“jus”), bajo su vigilancia los litigantes consignaban en forma solemne sus pretensiones contradictoriamente: ahí terminaba su misión.

El magistrado no debía juzgar sino que reenviaba el asunto ante un juez, entonces el procedimiento entraba en su etapa definitiva: el “judicium”. Este juez no era sino un particular o sea, el “judex privatus”: daba su parecer o “sententia”; y, se ponía así, fin al debate. “La ley Aebutia, dice Glasson, se pronunció por la fórmula escrita, en el procedimiento; pero sólo aplicable a los pleitos entre ciudadanos. Sin embargo, dejaba a las partes escoger —bajo la vigilancia del magistrado— entre el antiguo modo de proceder por la fórmula oral (“legis actio”) y el nuevo modo procesal. Este consistía en pedir al magistrado una instrucción escrita o fórmula que servía de guía al juez y le trazaba en términos imperativos su papel. Después el magistrado se trocó de un simple testigo impávido de la lucha judicial, en el árbitro y regulador de la acción”.

Estos magistrados eran los dos pretores y los ediles curules de Roma.

El pretor era el magistrado de la “Jurisdictio” de la Ciudad: oía a los pleitistas; organizaba las instancias; reenviaba los asuntos ante los jueces privados y supervigilaba la ejecución de los fallos.

Se creó un segundo pretor: “praetor peregrinus”: se ocupaba de los extranjeros, y su colega que juzgaba sólo a los romanos se llamaba: “praetor urbanus”.

El edicto que pronunciaban era una simple regla de procedimiento en el que se indicaban los casos en los cuales la acción en Justicia podía ser admitida, y se indicaban las reglas de procedimiento a seguir para las recíprocas defensas, aunque sin reenvío ante los “judici privati”. Como las normas que fijaba ese edicto eran de carácter general y duraban todo el tiempo de la magistratura, se le denominaba: “Edictum perpetuum”. Tal edicto era escrito en letras negras sobre un cuadro blanco (album), expuesto al público. El pretor podía revocar su edicto pero se hallaba mientras tanto ligado por sus declaraciones.

Al lado de los edictos de los pretores (urbano y peregrino), señalaremos los edictos de los Ediles Curules en Roma, y en provincia la de los propretores y procónsules (“edictum provinciale”), y los edictos de los cuestores.

El conjunto de reglas de Derecho que tienen su fuente en los diversos edictos de los magistrados forma el "Jus honorarium" o Derecho honorario, el cual toma su nominación de que emana de las magistraturas ("honores"). El edicto pretoriano es la fuente más común del Derecho honorario: son sinónimos a menudo Derecho honorario y Derecho pretoriano.

10. **Fuentes del Derecho Romano bajo el Imperio Oriental, los Senadosconsultos y las Constituciones Imperiales ("decreta", "rescripta", "edicta" y "mandata").**—En el Imperio Romano de Oriente el "jus non scriptum" o la costumbre conserva todavía cierta autoridad, pero cada vez menos frecuente. El Derecho resultante de la "Responsa Prudentium" y de los Edictos de los Magistrados se transforma en esta época en el "Jus Scriptum". Pero pronto ese mismo Derecho escrito había de desaparecer: la Ley y el Plebiscito estaban destinados en el Bajo Imperio a ser sustituidos por los Senadosconsultos y las Constituciones Imperiales.

Bajo la República el Senado daba su aprobación ("auctoritas") a las leyes propuestas en las Asambleas de Centurias o de tribus. Se prolongó este procedimiento hasta que se convocaron los comicios. Pero cuando estas Asambleas fueron reducidas al silencio, o enmudecieron, "se consideró como equivalentes a la Ley, dice Esmein, la decisión tomada por el Senado (**Senatusconsultum**)."<sup>1</sup> Prevalece el principio: "Senatusconsultus legis vicem obtinet".

La proposición Senadoconsulto proviene siempre del emperador: recibe por éste el nombre de Epístola u "Oratio Principis". Porque este Senado estaba compuesto de adeptos del César, nunca repudiaba el proyecto sometido a su deliberación: confundíanse así el **Senatusconsultum** y la **Oratio Principis**. Esta es la **Oratio** que los juriconsultos comentan en sus obras.

Esos senadoconsultos en materia de Derecho Privado son numerosos durante los dos primeros siglos del Imperio Oriental; pero van desapareciendo a medida que se afianza el poder absoluto de los Césares y son reemplazados por las Constituciones Imperiales.

En el régimen del Principado los emperadores no fungían de legisladores. Empero por sus poderes de magistrados supremos, contribuían a crear el Derecho por sus **decreta**, **rescripta**, **edicta** y **mandata**.

Las "decreta" son las decisiones que dicta el propio emperador como juez de los procesos que se ventilan en los tribunales. Las "rescripta" son las respuestas que se dan a los particulares o a los jueces que consultan a la autoridad imperial. Entonces era considerado el emperador como el soberano magistrado y el más elevado de los juriconsultos: acudíase a sus luces para que resolviera los casos dudosos.

Como todos los magistrados superiores, el emperador podía dictar una "edicta" la cual tenía un carácter obligatorio y general. Los "mandata" eran meras instrucciones a los funcionarios imperiales y a veces sobre el mismo Derecho Privado.

Por esas "rescripta" y "decreta", los emperadores continuaban el trabajo de adaptación o "interpretatio" de los **prudentes** o juristas. En sus comienzos no tenían estas decisiones sino un valor relativo y restringido al caso concreto que solucionaban; pero luego se le atribuye a la interpretación oficial la autoridad de una ley general.

11. **Literatura jurídica de este período: jurisconsultos clásicos (Capito, Próculus, etc); Gayo y su obra completa (sus Institutas como modelo de las "Institutas" de Justiniano).**—Es abundante la literatura jurídica de este período del Derecho Romano. En el orden cronológico en que aparecen debemos mencionar a dos eminentes jurisconsultos contemporáneos de Augusto: Marcus Antitius Labeo, y Ateius Capito.

Capito está inflado de ciencia pero es muy apegado a las antiguas doctrinas clásicas. Labeo, por el contrario, cultiva las letras y la Filosofía, tiene un espíritu independiente como intérprete del Derecho, aunque no cree apartarse de las teorías jurídicas tradicionalistas: deja gran número de tratados cuyos fragmentos figuran en el DIGESTO de Justiniano.

Tácito, en el capítulo 3o. de los "Anales (70-73)", y Pomponius, en el capítulo 2o. "De Orig. Juris (1-2)", establecen un paralelo entre los dos grandes jurisconsultos de esta época, desde el punto de vista político y científico.

Ateius Capito es menos fecundo que su émulo Marcus Antitius Labeo. En torno de estos dos maestros—"duo pacis decora" (como les designa Tácito)— se han agrupado sus discípulos. De ahí nacen dos escuelas o sectas rivales que se han prolongado durante más de dos centurias hasta Marco Aurelio.

Nerva **el Padre** es el discípulo más importante de Labeo. Sucede a aquél como jefe: Próculus. Da su nombre a la escuela **proculciani**, y a los jurisconsultos adscritos a ella se le llaman **proculianos**. Podemos citar después—bajo Vespasiano— a Pegasus, y en la época de Trajano a Juventus Celsus, y Neratium Priscus.

Massurius Sabinus es el discípulo principal de Capito, y le da igualmente nombre a su escuela: **sabiniani**, y **sabinianos** se llaman a sus sucesores.

Bajo el mismo Vespasiano luego vienen Priscus Javolenus, Salvius Julianus, el redactor del Edicto perpetuo bajo Adriano; Sextus Pomponius, Africanus y Gaius.

"No se distinguen estas dos sectas por sus métodos de enseñanzas y sus doctrinas, dice Riviére en el párrafo 135 de su "Introduc-

ción al Derecho Romano”, sus desacuerdos se referían a detalles que daban lugar a sus controversias”.

En cuanto a Gaius (Gayo), es el único jurista romano de este período que deja obra completa. “Vivió Gaius bajo Adriano y Antonino, según Glasson en “Estudio sobre Gaius”, al principio del régimen de Marco Aurelio. Su nombre queda oscuro y su fama se podría decir que es apócrifa, posterior a su desaparición. Se le cita por primera vez en la Ley de los Ciudadanos (año 426): 200 años después de su muerte. Y un gran número de sus escritos y doctrinas se descubren sólo en 1816, en la biblioteca de Verona: v. g.: las INSTITUTAS (“Institutiones”), las cuales sirvieron de modelo a las **Institutas** de Justiniano. Se conocía sólo de Gayo un Resumen llamado “Epitoma”, insertado en la ley romana de los visigodos. El manuscrito de Verona con algunas lagunas da una síntesis completa del conjunto del Derecho Privado de la época de los Antoninos. Después de **Gaius** las diferencias de las escuelas tienden a desaparecer.”

Posteriormente los jurisperitos no siguen escuela. Bajo Séptimo Severo y Alejandro Severo (a fines del siglo II y los comienzos del III), aparecen por fin, los grandes jurisconsultos clásicos: Papiniano, Paul y Ulpiano.

Aemilius Papinianus es el más célebre de esta trilogía memorable. Fué prefecto bajo Alejandro Severo, y ha dejado entre otros textos insertados en el DIGESTO: el libro de la “Regulae”, con 29 títulos, el cual no se ha conservado íntegramente.

**Julius Paulus** o Pablo, asesor de Papiniano y prefecto del pretor en los tiempos del mismo Alejandro Severo. Además de los fragmentos del DIGESTO, se conservan de él una obra elemental: las “Sentencias” (**Sententiarum receptarum ad filium libri V**), dividido en 5 libros y subdividido en títulos.

**Herennius Modestinus** o Modestino es de anotar como famoso hombre de leyes de su época: dejó fragmentos de su obra en el DIGESTO.

Cuando terminan estos grandes autores se cierne la oscuridad jurídica sobre Roma, desde Alejandro Severo hasta Diocleciano. Todos los autores están de acuerdo en que la actividad creadora de los juristas romanos se extingue. Los emperadores han de sustituirles con desmedro de la ciencia y es su consejo el que se elabora en el Derecho bajo la forma de las **rescripta, decreta, mandata y edicta** del Bajo Imperio Romano.

12. **Documentos de aplicación del Derecho (“Negotia”): la historia de las fuentes del Derecho en el Bajo Imperio y sus dos períodos; las fuentes del Derecho hasta el fin del reinado de Teodosio II (la costumbre ha perdido su fuerza y ha cesado de crear el Derecho); el “Jus”, los grandes jurisconsultos investidos de la “permissio jura con-**

**dendi” (Papiniano, Ulpiano, Modestino) y los jurisconsultos oficiales más antiguos.**— En la época clásica hay la alianza del “jus gentium” y del “jus civile”. Pero a fines del siglo III predomina el Derecho Público.

La historia de las fuentes del Derecho en el Bajo Imperio Romano se divide en dos periodos: primero, desde Diocleciano a Teodosio II; segundo, la separación del Imperio en dos mitades: el Derecho Romano en Oriente y en Occidente eran diversos.

En el primer período teóricamente no se aplica sino la legislación común a los dos Imperios: una Constitución de los emperadores Teodosio II y Valenciano decide que toda ley votada por uno de esos dos imperios será promulgada por el otro; pero después de Teodosio II varían las fuentes jurídicas. La Costumbre ha perdido toda su fuerza: había cesado de crear ese Derecho. Constantino acaba de abrogar el Derecho Consuetudinario.

En cuanto al “jus scriptum” todas sus fuentes habían ido cambiando sucesivamente, con la sola excepción de las Constituciones Imperiales.

Entonces los emperadores absorben toda actividad jurídica y sus acuerdos con el nombre de “leges”, constituyen la exclusiva fuente de donde se abreva el Derecho de esta época. Pero hay el hábito de oponer a las leyes (“leges”), el “jus”, esto es, el Derecho que se extrae de las fuentes más antiguas. Esta contraposición de la doctrina al mismo texto legal habrá de tener gran influjo en los trabajos de codificación general que marcan el término de la historia del Derecho Romano.

Es probable que los grandes jurisconsultos clásicos: Papiniano, Gayo, Pablo, Ulpiano, Modestino, estuvieran investidos de la “permissio jura condendi”: “Los jueces tenían ante sí tarea difícil, dice Glasson, puesto que estaban obligados a tomar en cuenta las opiniones de los jurisconsultos autorizados a evacuar consultas y las opiniones de los autores más antiguos. Ulpiano y Pablo habían anotado las “Responsa” de Papiniano y se encontraban a veces en desacuerdo. Existía entonces el conflicto de autoridades igualmente respetables. Constantino abroga las Notas de Ulpiano y Pablo como fuentes del “jus”. Un siglo después, la situación se empeora. Las obras de los jurisconsultos autorizados a dar consultas son raras y costosas, y no siempre están a la disposición de los jueces. Además, la unanimidad de opiniones que es exigida por la Constitución de Adriano es casi imposible de comprobar. La Constitución de Teodosio II, la Ley de los Ciudadanos, pone fin a esta situación. De todos los jurisconsultos oficiales, a cinco sólo se les concede poder de “Jura Condere”: Papiniano, Gayo, Pablo, Ulpiano, Modestino. En caso de unanimidad, sus opiniones hacen Ley, y si están en desacuerdo, la mayoría impera; pero si hay división sin

obtenerse que se incline la balanza de las opiniones de un lado o de otro, Papiniano, Presidente del Tribunal permanente de Consultas, es preponderante”.

Esta Constitución publicada en Occidente y en Oriente, suprime en realidad, excepto para los cinco jurisconsultos oficiales ya citados, el privilegio creado por Augusto. Este es un signo del estado de decadencia de la ciencia jurídica y la instrucción profesional de los jueces según Ortolán y Accarias.

Ya estudiaremos los principales documentos de aplicación del Derecho o sea, lo que los tratadistas llaman “*Negotia*”. Examinaremos aparte las leyes y primeros ensayos de la Codificación privada y de seguido el Código Teodosiano y las Compilaciones de Justiniano.

“A partir de Diocleciano, dice May, el número de Constituciones Imperiales ha crecido considerablemente. En esta época, las “*rescripta*” y las “*decreta*” no tienen, en principio, sino, una autoridad relativa respecto de las personas para quienes han sido dadas (**Constitutio Personalis**): no son objeto de una promulgación. Pero ofrecen los elementos indispensables para la solución de los procesos. Es bajo la forma de Edictos llamados “*lex*” (“*Constitutio Generalis*”) que los emperadores dictan las decisiones de un carácter general y obligatorio. Hay la necesidad de reunir en un cuerpo legal todas las Constituciones Imperiales, sobre todo, cuando las **rescripta** y las **decreta** no han sido pronunciadas y no son conocidas de los prácticos.”

13. **Leyes y primeros ensayos de Codificación privada: Papinius Justus y su Resumen de las Constituciones; Codex gregorianus y Codex hermogenianus; Fragmenta vaticana; Mosaicarum; romanarum legum collatio; Consultatio veteris jurisconsulti.**—Bajo Marco Aurelio, el jurisconsulto Papinius Justus hace un Resumen de las Constituciones Imperiales. Pablo confecciona un libro de decretos imperiales. I en pleno siglo IV, los jurisconsultos Gregoriano y Hermogeniano forman las primeras compilaciones de este género conocidas como **Códices**, nombre que ha de quedar ya incorporado en todas las colecciones de esas Constituciones. Aunque no se conservan en nuestros días estos “Códices”, sino en extractos que traen Compendios jurídicos posteriores, conforme refiere Ortolán en su “Historia de la Legislación Romana”, y Accarias en su “Resumen de Derecho Romano”. Estos extractos son la “Fragmenta vaticana”, la “Mosaicarum”, el “Romanarum legum collatio”, y la “Consultatio veteris jurisconsulti”, según el propio Ortolán.

14. **Primera Codificación Oficial (Código Teodosiano).**—Es Teodosio II el emperador romano que inaugura la Codificación. Por eso, el **Codex Théodosiano** ocupa el primer puesto, cronológicamente, en la

codificación oficial. Tuvo sus precedentes, sin embargo, en los **Codex Gregorianus** y **Codex Hermogenianus**, en la codificación privada.

Teodosio publica en el año 438, con destino al Imperio de Oriente, una recopilación de todas las Constituciones desde Constantino hasta su reinado. Y, al año siguiente, este Código es publicado y hecho obligatorio para Occidente por Valenciano III, como refieren los expositores de la legislación romana. Se conserva casi totalmente según Accarias y Ortolán.

El emperador Teodosio prohíbe invocar otro Código que no sea el suyo: no se puede recurrir a las Constituciones Imperiales. Completa por medio de las Leyes la obra que había comenzado por el "jus" en la Ley de los Ciudadanos. Este Código Teodosiano se divide en 16 libros y cada libro en títulos.

"Esta recopilación de Teodosio habrá de tener gran influencia en el futuro Derecho de Occidente, dice Viollet, puesto que representa la última manifestación oficial de la actividad jurídica de los emperadores. En Oriente pronto será reemplazada por las compilaciones justinianas."

15. **Compilaciones de Justiniano (Derecho Romano en el Imperio de Oriente): Leyes ("Leges"); Digesto ("Jus"); Instituciones ("Institutiones"); "Codex Repetitae Praelectionis"; Novelas ("Novelles").**— Esa Codificación de Teodosio fué continuada y perfeccionada por Justiniano en el siglo VI.

La Legislación Justiniana completó las fuentes del Derecho Romano. Su compilación comprende: el **Código**, el **Digesto**, las **Institutas** (Instituciones) y las **Novelas** ("Novelles"). El conjunto de estos documentos es llamado por los glosadores e intérpretes modernos: **Corpus Juris Civilis**.

"Es el **Corpus Juris Civilis**, dice Glasson, el último producto de la ciencia jurídica romana, el supremo esfuerzo de concentración del Derecho en lucha con la disgregación cuyos primeros indicios aparecen en el siglo II."

Con efecto, el **CORPUS** y las **XII Tablas**, son los dos monumentos jurídicos que testimonian las grandes transformaciones de este largo período romano.

El primero contiene ya los principios fundamentales del Derecho moderno, aunque todavía profundamente impregnado de las instituciones primitivas.

En la legislación Justiniana se distinguen cabalmente el "jus" y las "leges".

La primera obra de Justiniano fueron las **Leyes**. Codificación de las Constituciones Imperiales desde Adriano. Se incorporaron a las

mismas las prescripciones más importantes de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

Los compiladores encargados de este trabajo legislativo, a cuya cabeza figura Triboniano, tuvieron el cuidado de anotar en cada Constitución el nombre del emperador que la había ordenado, su fecha, el lugar en donde se hizo, y quienes la redactaron. Esta obra como los Códigos precedentes lleva el nombre de **Codex** (Códigos). Se divide en 12 libros en evocación de las XII Tablas, promulgada en el año 529.

En cuanto al "jus", el emperador Justiniano manda a reunir en un solo cuerpo de doctrina, las opiniones de los jurisconsultos más célebres, como explica Gastón May en su tratado de Derecho Romano. Triboniano y sus ilustres colaboradores seleccionaban el material jurídico doctrinal, los pasajes y principios aun en vigor en aquel tiempo. Pero "ellos tienen especial esmero en conservar en cada fragmento, expone Viollet, el nombre del jurisconsulto y la indicación de la obra de donde se extrajo."

Esta compilación así formada fué promulgada en el año 529 y se ejecutó el año siguiente, o sea, el 534. Llevó el nombre de "Pandectae" o "Digesta" (Digesto) "según Ortolán, porque se derivaba de la palabra griega, *digerére*, la cual significa "poner en orden."

Pero el Código y el Digesto resultaban demasiado complicados para su aplicación. Entonces Justiniano hace redactar con el título de "Institutiones" un Resumen elemental del Derecho el cual sería obligatorio como una Ley, a partir del mismo día que el Digesto. Generalmente se le conoce con el nombre abreviado de INSTITUTAS. "Sus redactores se inspiraron principalmente, según Glasson, en las **Institutas** de Gaius (Gayo). Conservan el plan, las divisiones, y aun el texto, no introduciendo modificaciones sino cuando se trata de instituciones en desuso o de nuevos principios que dió como aportación Justiniano o sus predecesores."

Después de la promulgación del Código, numerosas Constituciones habían sido votadas bajo Justiniano: era, pues, necesario una revisión de sus recopilaciones, para ser incorporadas en dicho cuerpo legal.

Tal trabajo de refundición legislativa fué terminado en el año 529, y se promulgó con el nombre de "Codex repetitae praelectionis".

"Esta obra se divide en 12 libros, cada libro en títulos, y en cada título hay varias Constituciones clasificadas en orden cronológico, refiere Esmein, y encabezado el mismo con el nombre del emperador, el jurisconsulto que le redactó, y el lugar y fecha del mismo, etc."

Cada seis lustros del gobierno de Justiniano se dictan numerosas Constituciones (**Novellae Constitutiones**), las cuales modifican sustancialmente algunos puntos del Derecho contenidos en el Código, en el Digesto y en las Institutas.

Estas nuevas compilaciones son conocidas con el nombre de *Novelas* ("Novelles").

"Casi todas las Constituciones escritas en griego, y destinadas al pueblo de Oriente, refiere Ortolán, no fueron objeto de parte de Justiniano ni de sus sucesores de ninguna colección oficial."

Si penetramos en la obra de Justiniano para hacer un juicio en torno de ella, ante todo encontraríamos que el pensamiento de una codificación de las Leyes no se le puede adjudicar. Pero en cambio respecto del "jus", como advierte Viollet en la "Historia del Derecho francés", "ha sido más inspirado que los decenviros, puesto que ha roto definitivamente con los **prudentes**, investidos de la "permissio jura condendi", dándole a los compiladores el derecho de recurrir a los escritos de todos los jurisconsultos antiguos."

En segundo lugar, se le puede hacer el reparo a la legislación Justiniana de su falta de unidad: contradicciones y antinomias abundan y afean su copiosa labor legislativa. Además, y es la tercera crítica que le hacen los autores, deja subsistir soluciones que ya no existen en su época. "Reproduce fielmente los escritos de los juristas, sus razonamientos, sus controversias y sus dudas; habla Justiniano, escribe Gastón May en sus "Elementos del Derecho Romano", el lenguaje del intérprete y nó el del legislador que ordena y no discute". Por eso, en el fondo, la legislación de Justiniano es "un mosaico de fragmentos preciosos" como le llama "Thering": no tiene nada de original y exclusiva. Esta Codificación ha sido calificada de compilación mediocre desde Accarias, May, Viollet, Glason, Dareste, Ortolán y Esmein, hasta los tratadistas modernos Mommsen, Torres, Brunner, Ureña, Debranich y Brenes Córdoba.

Tomó Justiniano sus doctrinas a las obras de los primitivos juristas latinos, los embrolló a veces y confundió con las interpretaciones de los prácticos de la decadencia; pero contribuyó a formar un todo jurídico, un Derecho sui generis, que debía conservar para las generaciones posteriores las compilaciones del CORPUS, y notoriamente del Digesto, urdido con los extractos de los tratados de Derecho más célebres y que de no haberlos recogido ya no se conservarían de ellos ni siquiera sus huellas.

En cuanto al fondo de esta obra de Justiniano, según Ortolán, "aparte de lo tomado a los antiguos jurisconsultos, lo propio que ella encierra revela su gran mérito. Se encuentran en sus Constituciones falta de redacción que caracterizan la época, y un estilo, prolijidad y énfasis anacrónicos, a la par que se advierten en ellas falta de precisión y lógica". Pero los maestros generalmente le anotan a Justiniano en su obra gran amplitud en sus principios: representan un progreso jurídico serio, aboliendo instituciones ya arruinadas en su tiempo, legado del Derecho primitivo, y así preparando la nueva ruta hacia el moderno Derecho.

## CAPITULO II

### INSTITUCIONES ROMANAS DE LAS GALIAS EN LOS SIGLOS IV Y V. DESTINOS ULTERIORES DEL DERECHO ROMANO EN LOS IMPERIOS ORIENTAL Y OCCIDENTAL. DERECHO ROMANO VULGAR. DERECHO DE LA EDAD MEDIA

1. La verdadera historia de las instituciones de las Galias empieza con la conquista romana. 2. **Organización Administrativa de los dos Imperios:** Prefaturas del Pretorio; Prefatura de los Galos (Bretaña, España, Mauritania); Diócesis; Vicarías; Provincias (**Diócesis Septem Provinciarum**); Civitates, Villas; el jefe y el territorio ("Territorium") 3. **Organización Judicial de las Provincias:** Jueces; la Justicia Civil y Criminal; el Juez de Derecho Común y Gobernador provincial; Magistrados Municipales y su poder judicial limitado; el recurso de apelación ante el "praese" de provincia y sus diversas modalidades. 4. El Derecho Público y el estado de las personas. 5. La legislación imperial y el Colonato. 6. La Propiedad en las Galias en los siglos IV y V era de un tipo superior. 7. La influencia que tiene en las instituciones galas el establecimiento de los bárbaros. 8. Destinos ulteriores del Derecho Romano en Oriente. 9. Destinos del Derecho Romano en Occidente. 10. El Derecho Romano Vulgar y el Derecho de la Edad Media.

**BIBLIOGRAFIA:** Accarias (V. N.), "Resumen de Derecho Romano" (3a. Ed.); Brenes y Córdoba (A), "Historia del Derecho" (2a. Ed.); Bouché Leclercq, "Manual de las Instituciones Romanas"; Buckle, "Historia de la Civilización"; Brunner (H), y Schwerin (C. von), "Historia del Derecho Germánico"; Cantú, "Historia Universal"; César (J), "Comentarios de las Guerras de las Galias"; Coulange (Foustel de), "Historia de las Instituciones políticas en Francia"; Dareste, "Estudios de Historia del Derecho"; Debranich, "Elementos de Historia del Derecho"; Dubos, "Historia del establecimiento de la monarquía franca en las Galias"; Esmein (A), "Historia del Derecho Francés"; Ihering, "Espíritu del Derecho Romano"; Montesquieu, "Espíritu de las Leyes"; Ortolán, "Historia de la Legislación Romana"; Riviére, "Introducción al Derecho Romano"; Sohm, "Ley Ripuaria"; Saleilles, "Del establecimiento de los Burgundios en los dominios de los galos romanos (1891)"; Tácito (C. C.), "Historia", "Germania" y "Anales" ("**Annalium Libri**")"; Thevenin, "**Derecho Germánico**" (**Nueva Revista Histórica de Derecho Francés y Extranjero**); Viollet, "Historia del Derecho Francés."

1. **La verdadera historia de las instituciones de las Galias empieza con la conquista romana.**—Las Galias fueron sometidas por las legiones romanas de César y perdieron su Derecho, o conservaron sólo

lo que les dejó, según Tácito (cáp. XI de los "Anales"; 1, 8, 51 y 78, "Historia"), la tolerancia precaria del vencedor por concesiones de Claudio, Galba y Othon. "La Galia conserva como parte del Imperio importantes costumbres provinciales, refiere en sus **Comentarios** el mismo César, bien que no reconocidas en principio sino como una parte del Derecho Romano, tanto en sus instituciones privadas como públicas".

Este Derecho Romano representó para las Galias del siglo V, en el momento histórico en que los pueblos bárbaros se van a establecer sobre su suelo subyugado, una legislación sabia y ordenada, con un alto grado de perfección técnica casi inconcebible. "La Administración Imperial era un admirable mecanismo, escribe Esmein en su "Historia del Derecho francés", ya que la libertad política había desaparecido del Imperio Romano, aunque las libertades locales persistieron largo tiempo con su autonomía administrativa: el régimen municipal fué libre y floreciente durante los dos primeros siglos de la Era Cristiana: en el siglo III la organización municipal del Imperio perdió algo de su independencia. El Imperio fué una monarquía absoluta y administrativa: un vasto sistema de clases y castas."

De ahí que se pueda afirmar que en puridad la historia de las instituciones galas comienza con la dominación romana.

Las Galias formaron la llamada Provincia Romana desde el año 52. César al frente de las legiones había vencido a las razas germánicas que habían cruzado el Rhin y penetrado el país de los galos, formado de tribus de origen ario o indoeuropeo que ocupaban la vasta región de ese Rhin, los Alpes, los Pirineos y el mar Báltico, las cuales se hacían la guerra entre sí hasta la intervención de Roma en el 43. Tres años le bastó a la Ciudad Eterna para aniquilar a los primitivos pobladores de esta zona tan extensa y convertirla en Provincia Romana, después de una guerra terrible que siguió a una sublevación en el 51.

**2. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DE LOS DOS IMPERIOS: Prefaturas del Pretorio; Prefatura de los Galos (Bretaña, España y Mauritania); Diócesis; Vicarías; Provincias (DIOCESIS SEPTEM PROVINCICIARUM); CIVITATES; Villas; el jefe y el territorio ("territorium").**— El mundo romano posterior a Teodosio I, se dividió en dos Imperios. Imperio Occidental. Imperio Oriental.

Cada uno de estos Imperios se repartía en circunscripciones o prefaturas del Pretorio que estaban gobernados por magistrados. El Occidente o prefatura de los Galos comprendía Bretaña, Mauritania y España. Esta tenía su sede en Treves en donde residía el pretor hasta la invasión de los bárbaros en que se trasladó a Arles. El pretor de las Galias poseía muy amplios poderes puesto que ejercía sus dominios en vastos territorios que formaron después tres países extensos.

Las prefaturas se subdividían en diócesis. Las diócesis en vicarías, excepto en donde estaba el pretor. La Galia propiamente dicha se espaciaba en dos diócesis. **Viennensis. Galliaum.** A su vez la diócesis era una circunscripción muy extensa que abarcaba varias provincias. En la Galia había 17. En la diócesis propiamente de los Galos se encontraban 10. I la "diócesis septem provinciarum" sólo ocupaba 7.

Estas provincias estaban dirigidas por gobernadores con el nombre genérico de "praesides" o "rectores".

Dividíanse las provincias en "civitates". Toda **civitas** comprendía una villa: en ella residía el jefe, y un extenso territorio ("territorium") formaba la circunscripción. El régimen municipal del Lacio tenía un carácter urbano muy pronunciado.

En las dos primeras centurias del Imperio el Gobierno fué autónomo: copia de la estructura de la Roma republicana. Se componía de tres órganos esenciales. Comicios. Magistratura municipal. Senado o Curia. Los senadores municipales se llamaban decuriones, y después: curiales. Estas funciones eran hereditarias como refiere Tácito.

Pero en el siglo III se modifica radicalmente esta organización administrativa. Los Comicios en donde se ejercita el derecho del sufragio no se reúnen más: la Curia elige los magistrados municipales de entre sus propios miembros. Los historiadores no se han podido explicar todavía como ocurrió un cambio tan profundo en estas instituciones jurídicas.

**3. Organización Judicial de las Provincias: Jueces; la Justicia Civil y Criminal; el Juez de Derecho Común y Gobernador Provincial; Magistrados Municipales y su poder judicial limitado; el recurso de apelación ante el "praese" de provincia y sus diversas modalidades.**—Es de anotar que las atribuciones administrativas y judiciales estaban concentradas en los mismos funcionarios los cuales eran jueces que a la par administraban la justicia civil y criminal: el juez del Derecho Común era el gobernador de la provincia. Los magistrados municipales tenían el Poder Judicial pero limitado a su territorio.

Estaba instituída la apelación en esta organización: consistía como ahora en el recurso por el cual se sometía de nuevo la causa fallada a un juez superior que podía reformar la decisión anterior en esta segunda instancia.

"La apelación, dice Rivière, no existía en la República Romana; nació en el Imperio con el reinado de Augusto". I agrega Esmein: "... Se regularizó según la jerarquía de los funcionarios que dictaran las sentencias."

Con efecto, en el Derecho de los siglos IV y V, se puede apelar de los fallos de los magistrados municipales ante los "praese" de provin-

cias. Ahora bien, si la apelación ataca una sentencia del **praese** había que establecer una distinción: si la provincia se halla situada en diócesis mandada por un **vicarius**, recórrase ante este mismo funcionario, y de la resolución de él ante el emperador; pero, sí, por el contrario, está ubicada la provincia en la diócesis en donde reside el prefecto del pretorio, se apela de la sentencia del "praese" ante el mismo pretorio. En cuanto a este último, no se concede recurso de apelación de sus fallos fungiendo de juez.

4. **El Derecho Público y el estado de las personas.**—En las provincias romanas como en el Imperio de los Césares, la igualdad y la libertad no existen: el régimen de la desigualdad de clases y la esclavitud les sustituían.

Los esclavos pertenecían al Fisco, a los ciudadanos, a los simples particulares: dedicábanse a los trabajos domésticos y agrícolas.

Entre los propios libres no había una condición idéntica. En el Derecho Público y el Derecho Administrativo se singularizaban dos grandes clases.

Los **honestiores** que componían la nobleza de funcionarios públicos, y cuya nobleza no era hereditaria sino cuando lo era la función. El grado inferior de esta casta privilegiada oficial, diríamos, la formaban los decuriones de las ciudades, los cuales estaban debajo de los altos funcionarios, según reza en su sentencia el jurisconsulto Pablo.

Estos grandes funcionarios imperiales se repartían diversas dignidades: **illustres**, **spectaviles**, **clarissimí**, **perfactissimo**, **egregio**. La Rusia antigua presenta análoga división.

Los **honestiores** gozaban de privilegios que les acordaba el procedimiento criminal pero estaban sujetos al pago de los impuestos. Los decuriones y senadores debían pagar impuestos especiales.

La clase de los **humiliones** se componía del resto de la población libre. Eran los proletarios que reunían a los trabajadores y agricultores.

"Los artesanos, colonos y mercaderes de la villa, dice Esmein, estaban bajo la supervigilancia de la Administración Imperial: el Estado se reservaba la fabricación de ciertos objetos: por ejemplo, las armas, orfebrería, etc."

"Otros oficios estaban dirigidos en las villas por grandes organizaciones ("Collegia" o corporaciones); pero quedaban también bajo la supervigilancia y jurisdicción de los mismos funcionarios imperiales."

Sobre todo, esos "negotiatores" o mercaderes formaban en cada ciudad verdaderas corporaciones, bien que controladas y bajo la autoridad de la Administración del Estado romano.

5. **La legislación imperial y el Colonato.**—La población agrícola era menos libre que la población obrera como explica Leclerq en el

"Manual de las Instituciones Romanas". Formaban dicha población los colonos y esclavos. Los primeros eran libres y tenían personalidad jurídica: poseían patrimonio propio y una familia legítima, pero no podían cambiar de residencia ni de profesión: estaban condenados a perpetua residencia. Ellos cultivaban la tierra en su provecho exclusivo, aunque pagaban una renta, de acuerdo con la costumbre, al propietario de la tierra.

Sin embargo, "la legislación imperial no crea el Colonato", dice Ortolán, puesto que en verdad recoge esta institución costumbrista y funda por vía de autoridad la clase de los colonos.

**6. La Propiedad en las Galias en los siglos IV y V era de un tipo superior.**—Sabemos que la propiedad del Derecho Romano es individual, y no colectiva como en la mayor parte de las comunidades antiguas. Por éso, aseguramos, que el régimen de la propiedad en las Galias en los siglos IV y V, que era romano, respondía a un tipo superior desde el punto de vista del sistema jurídico aceptado por la casi unanimidad de los países actuales.

El propietario debía respetar las leyes y pagar el impuesto; pero gozaba y disponía de su heredad sin ninguna clase de restricciones. "Más amplio el derecho del propietario, según Sohm, que, en el régimen feudal, la "tenure", hereditaria, pero que no podía disponer de ella el concesionario."

Aunque, la propiedad agrícola o territorial, en la Galia romana, era imperfecta porque era provincial: el viejo principio no estaba abrogado, por el cual **el Estado romano era el único propietario de las tierras conquistadas**, según enseña Accarias, y repiten en su tratados de Historia del Derecho los modernos autores Esmein, Foignet y Debrach.

Este propietario latino mantenía sobre el suelo provincial, el dominio eminente de César o del Senado, refiere Tácito en su Historia, porque "sólo era susceptible de verdadero **dominium** el suelo de Italia", o la parte del suelo provincial concedido artificialmente o sea, el **Jus Italicum**.

Para terminar con el régimen de la propiedad provincial romana, adicionaremos que a ciertas tierras se les aplicaba una legislación especial: tierras desocupadas o primitivamente desiertas que se encontraban en las fronteras ("agri limitanei"), las cuales el Imperio había adjudicado por lotes a las colonias de los veteranos.

**7. La influencia que tiene en las instituciones galas el establecimiento de los bárbaros.**—Después que el Imperio Romano occidental se desplomó en el quinto siglo de la Era cristiana, establecieron en las Galias los bárbaros en los territorios en donde habían despla-

zado a las huestes latinas hasta entonces invictas: burgundios, visigodos y francos concurrieron juntos a la memorable y terrible cita de la Historia.

Pero, al fin y al cabo, los francos quedaron dueños del terreno y absorbieron a las otras dos razas.

¿Realizaron cambios trascendentales estas conquistas en las instituciones que había establecido en la Galia el Imperio Romano? Tal es la cuestión que plantean todavía los tratadistas sin hallar una completa solución hace varios siglos. Los galo romanos, civilizados y refinados, sufrieron, no obstante, el influjo de las bárbaras costumbres de estos hombres rudos y primitivos pero profundamente humanos, como relata Tácito en el capítulo 12 de "Germania".

El conde Boulainvilliers, en un libro raro y superficial, poco erudito, sostiene que los nobles franceses eran descendientes directos de los francos que habían conquistado la Galia, y que los galo romanos fueron reducidos a la servidumbre. Por el contrario, el abate Dubos, en su magnífica crítica de la "Historia del establecimiento de la monarquía franca en las Galias", asienta que los galo romanos retuvieron en la conquista su condición y sus derechos anteriores. El barón de Montesquieu en su "Espíritu de las Leyes" ("lib. XXX, cáp. VI"), situándose en el punto de vista histórico, restablece la verdad: los francos de estructura germánica eran los ascendientes comunes de franceses y alemanes. Los galo romanos subyugados por estos bárbaros conquistadores se sometieron a su Derecho, hijo de la costumbre, excepto en algunas materias como las obligaciones en que estos últimos consintieron que siguieran rigiendo las leyes latinas.

Dos escuelas de romanistas se dividen el campo en la querella inacabable acerca de la preponderancia romana o nó en la formación de las instituciones propias de los pueblos bárbaros. El más ilustre de todos, Fustel de Coulange, en su "Historia de las Instituciones políticas en Francia", ha afirmado con énfasis que "la masa de los galo romanos conserva su libertad en los reinados bárbaros": igualdad de derechos con los conquistadores. En cuanto a la propiedad la cuestión es oscura, dice Thevenin en su magistral ensayo acerca del "Derecho germánico", publicado en la "Nueva Revista Histórica de Derecho Francés y extranjero": Los bárbaros invasores del Imperio Romano quisieron obtener sus tierras: era la principal riqueza y la conquista debía ser productiva; pero no fué tan violenta ni considerable como se podía creer. No hay que olvidar que el Fisco romano tenía en la Galia inmensos dominios que pasaron al conquistador con lo que podían estos bárbaros repartirse con largueza las tierras subyugadas entre los suyos; y, desposesión, que, por otra parte, sufrieron sin protesta los vendidos que querían sacudirse a cualquier precio de la fiscalización romana intolerable."

Relativamente a los colonos les era indiferente a los galos que perteneciese la tierra a los romanos o a los bárbaros. "En la **Lex Burgundionum** o Ley de los Burgundios, escribe Saleilles en su obra "Del establecimiento de los burgundios en los dominios de los romanos", se ve como la desposesión parcial de los romanos tuvo lugar, y como se operó paulatinamente."

Las relaciones jurídicas entre romanos y burgundios fueron establecidas por las "hospitalitas jure". Estos últimos tenían la plena propiedad que era enajenable, excepto un derecho de readquisición o retracto en favor de los primeros: el Burgundio recibía por donación real una tierra del Fisco y no tenía derecho de **hospitalitis**, según Saleilles. Entre los visigodos establecidos en las Galias existe la desposesión parcial de los propietarios galo romanos, aunque teniendo los mismos la "hospitalis": las dos terceras partes de las tierras fueron atribuidas al guerrero visigodo, y las propiedades dejadas a los romanos eran llamadas por la Ley: **tertiaie romanorum (Lex Wisigoth)**

"En cuanto al reinado de los francos, dice Esmein, hay documentos directos y precisos, en que se encuentran las trazas de una incautación regular y una partición consecutiva: las primeras conquistas de los francos sálicos, anteriores a Clodoveo, y las conquistas propias de los francos ripuarios, tuvieron por consecuencia una deposición total de los galo romanos, en razón de que toda la población romana fué destruída o había abandonado el país: desapareció el Cristianismo, lo cual era un indicio cierto en el siglo V de que no había presencia romana, porque eran ellos inseparables en los siglos VI y VII; los francos dominaron o quedaron solos."

Respecto de los ripuarios, consigna Sohm en la "Lex Ripuar", que, en el año 464, "ocuparon la diócesis de Treves, y desde este momento (durante un siglo o más), los cristianos desaparecen de ella, signo de que los romanos ya habían emigrado."

Es probable que las conquistas de Clodoveo hasta el río Sena, y hasta el Loira, no conllevaran la aplicación del sistema de la desposesión de la propiedad de los galo romanos: hay largas relaciones entre vencidos y vencedores. "El clero, favorable a Clodoveo, dice Esmein, apoya a los nuevos dueños. Hay disposiciones completas, sin embargo, en la ley sálica (redactadas bajo Clodoveo), y se habla del **Romano poseedor** en la **Lex Sálica (XLI, 6)**."

Es evidente para la historia de las instituciones jurídicas de los galo romano que en los reinados bárbaros aquellos conservaron el goce de sus derechos y vivieron bajo el imperio de sus leyes, en la medida en que no fueron absolutamente incompatibles con la Conquista. "Una necesidad se impone al vencedor, dicen Brunner y Schwerin, en su "Historia del Derecho Germánico", de dejar al vencido sus leyes, puesto que la conquista iba a juntar dos razas diferentes y de distinto

grado de civilización. Además la ley romana era superior a las costumbres germanas: los hombres de raza germánica no conocían su tradición propia, la ley propiamente dicha que en el orden de la suprema autoridad se concibe siempre como la ley impuesta: cada hombre tiene el derecho de vivir según la costumbre de sus antecesores. Por esta razón la solución se impuso entre los hombres de diversas razas de vivir bajo su ley de costumbre de origen, en la medida que no fuera incompatible con la unidad de los nuevos reinados."

Esta ley de las costumbres que rigió para el Derecho Privado como para el Derecho Criminal, tanto para los bárbaros conquistadores como para los subyugados galo romanos, no permitió que subsistieran dos formas de Gobierno y dos organizaciones judiciales contrarias: se estableció, pues, un solo sistema: el mismo para todos, sin distinción de razas, desde el punto de vista del Derecho Público: la igualdad jurídica y administrativa como principio que hizo la fusión étnica definitiva en el crisol de la Historia. Los bárbaros y los galo romanos así como podían poseer bienes por igual tenían la misma vocación política para desempeñar cargos públicos.

**8. Destinos ulteriores del Derecho Romano en Oriente.**—A más de las Galias el Derecho Romano se propagó en Oriente. Las recopilaciones de Justiniano escritas originariamente en latín, fueron vertidas al griego, y parafraseadas. Entre estas traducciones, se puede citar la de Teófilo acerca de las Instituciones (INSTITUTAS). Después, a pesar de la prohibición del mismo Justiniano, se escribieron los Comentarios y Resúmenes en griego.

Los sucesores de Justiniano dictan nuevas Constituciones y tratan de romanizar las antiguas leyes. Este trabajo fué comenzado por Basilio Macedo en el siglo IX, y terminado por su hijo León, el filósofo del siglo X. Tal refundición legislativa es conocida con el nombre de las Basílicas. Desde este momento ya no hay sino Resúmenes más o menos imperfectos: el más célebre, según Ortolán, data del siglo XIV. Está en vigor hasta el ocaso del Imperio oriental. Es el "Promituarium de Harmenopoulos".

**9. Destinos del Derecho Romano en occidente.**—“En tanto que en Oriente, escribe Esmein, el Derecho Romano se vacía en cuerpos de doctrinas, en Occidente se afianza cada vez más”. Es un hecho histórico que los bárbaros al fundar sus nuevos Estados sobre las ruinas del Imperio Romano, respetaron las leyes de los vencidos, tal como ya expusimos. Las Novelas y el Código de Teodosio continúan informando la legislación de Occidente.

Al mismo tiempo, los visigodos y los burgundios, publican leyes destinadas a sus territorios conquistados a los romanos. “**Lex Romana**

**Wisigothorum o Breviarum Alarici**", y "**Lex Romana Burgundionum o Papinianus**", según Viollet, forman la legislación occidental impuesta por los bárbaros que habían desplazado a los romanos de las Galias". I agrega, Ortolán, en su citada obra de la **Historia de la Legislación Romana**: "No penetra oficialmente el Derecho de Justiniano en la Galla: es desconocido, sobre todo, el Derecho encerrado en las Novelas."

En el siglo XI, la escuela de Bolonia saca de nuevo a la luz las compilaciones de Justiniano: explícalas en notas breves o *glossa*, y gracias a ella se enseña en todas las escuelas. "El renacimiento literario y artístico de los siglos XV y XVI, escribe Esmein, han contrapesado en el estudio del Derecho Romano, y en sus investigaciones remontan al Derecho antejustiniano y hacen honor a los escritos de los juriscultos olvidados por las Constituciones insertadas en el Código. Desde este momento, el Derecho Romano cesa de ser una fuente directa del Derecho. Pero se consulta como documento científico y se abreva a falta de Derecho Positivo, para examinar los principios generales de la ciencia jurídica, y es a este título que tiene una autoridad incontestable, no sólo en los países de Derecho escrito, sino en los de Derecho consuetudinario, y contrabalancea las influencias germanas y las tendencias feudales."

De toda certeza es la conclusión a que llegan los tratadistas de esa influencia romana decisiva en la legislación de los bárbaros y de los pueblos modernos que originaron: no hay casi ninguna institución de Derecho Privado que no lleve la marca que dejó impresa la mano romana y que no consagre las máximas que el genio jurídico de la Ciudad Eterna ha legado a la humanidad.

Este Derecho Romano que es distinto de su religión, Derecho secular que impide que el Derecho moderno occidental tenga trazas de concepciones religiosas. "Su Derecho Privado no es exclusivo —advierte Ihering en su **Espíritu del Derecho Romano**—, y se aplica a los miembros de una Ciudad y al hombre que forma parte de la humanidad". Además este Derecho es más abundante en instituciones y más completo: los derechos de familia están reglamentados, aunque regidos más por las costumbres que por las leyes.

10. **El Derecho Romano Vulgar y el Derecho de la Edad Media.**— El Derecho Romano ha de subsistir al través de todas las vicisitudes de su Historia. En el Medioevo se conmueve en sus mismos cimientos este Derecho Romano con las costumbres de los bárbaros y se adapta a las necesidades de la vida y a los usos que transmitía una tradición secular y que los conquistadores no habían podido arruinar por completo. A este Derecho Romano adoptado por los intérpretes de la Edad Media se le denomina Derecho Romano Vulgar. Ha de transmitirse su enseñanza durante diez siglos, desde el V al XV.

En plena centuria XI se entremezclaba el Derecho Romano al Derecho consuetudinario de los invasores, al Derecho Feudal, al Derecho Canónico, y a las mismas tradiciones del Derecho Romano clásico aun no extinguidas en los antiguos territorios del Imperio agónico. Pero en el siglo posterior, como ya explicamos, surge de improviso un renacimiento literario y artístico que proyecta sus irradiaciones hasta el Derecho Romano. Los juristas retornan a las fuentes a investigar y comentan de nuevo y con una nueva visión los primitivos textos de la legislación madre de las instituciones universales. Esta es la importancia que tienen las enseñanzas de la escuela de Bolonia como señalan, en su famoso tratado de la "Historia del Derecho Germánico", H. Brunner y C. von Schwerin. En este alto centro de la enseñanza jurídica se propaló de seguido ese Derecho Romano Vulgar por boca de los célebres glosadores que tuvieron en Irnerio el fundador de la escuela, y a Francisco Accursio con su transcendente **Glosa ordinaria o magistralis**, el último representante de esa pléyade luminosa de romanistas medioevales. De los maestros pasa a los Tribunales y se transforma en prácticas judiciales.

Un nuevo resurgimiento de la Jurisprudencia romana brota con los intérpretes del siglo XIV que encabeza Bártulo o Bartolo de Sassoferrato, y de la cual son corifeos Cino de Pistoia y Baldo.

El otro aglutinante que formó ese Derecho Romano vulgar ha de jugar gran papel en esa Edad Media. Desde el siglo V el Derecho Canónico impone su hegemonía con sus conocidas colecciones jurídicas. El **Codex Canonum** de Dionisio el Exiguo tuvo gran autoridad, y fué enviada por el Papa Adriano a Carlomagno. En el siglo IX hacen su aparición las **Falsas Decretales** de Isidoro Mercator, confeccionadas en la provincia francesa de Tours. Estaba urdida con fragmentos documentales apócrifos en su mayor parte, a pesar de la decisiva influencia que se le ha atribuído en la legislación eclesiástica.

Este Derecho Canónico estaba vaciado en el **Corpus juris Canonici**. Entraban en su composición cinco factores principales. Primero, el **Decreto de Graciano**, que debía su nombre al esclarecido monje italiano que le escribió entre los años 1139 y 1150, intitulándole **Concordatía discordantium canonum**. Es más que una compilación un trabajo científico eminentemente práctico.

En segundo término están las **Decretales** de Gregorio IX, promulgadas en el año 1234, y redactadas por San Reimundo de Peñafort, aunque cumpliendo encargo de aquel pontífice. Es una colección legislativa que recoge acuerdos y resoluciones de Concilios y de Papas.

El tercer elemento estaba formado por la compilación llamada el **Sexto** que es el complemento de los cinco libros de las **Decretales** de Gregorio IX, a la cual debe su nombre original. Fué ordenada tal colección por Bonifacio VIII, promulgándose el 1298.

El cuarto componente canónico son las conocidas colecciones **Clementinas**, publicadas por Clemente V en un consistorio del año 1314, e interrumpidas por la muerte del pontífice, y promulgadas de nuevo por su sucesor Juan XXII en 1317, en virtud de su constitución **Quoniam nulla**.

Las **Extravagantes** son las colecciones que forman el quinto aglutinante de la legislación eclesiástica. Ellas comprenden dos series distintas. Las **Extravagantes de Juan XXII**. Las **Extravagantes comunes** de varios Papas hasta Sixto IV. Deben su nombre a que estaban en verdad fuera del Derecho Canónico que se componía oficialmente de las compilaciones anteriores. Pero desde el siglo XVI se incorporaron al "Corpus juris canonici", bien que la colección no se consideró nunca oficial.

Hacia fines del siglo IX o principios del X el feudalismo estaba ya en su apogeo y con él nació un nuevo Derecho Feudal. La característica de esta legislación es que el Derecho Público y el Derecho Privado se confunden indisolublemente. Es un raro fenómeno institucional que no ha acontecido en ninguna otra época de la humanidad. La misma Antigüedad clásica, y hasta los pueblos más remotos de la Historia, distinguen uno y otro Derecho, como un antecedente histórico de los Estados modernos que sólo ha de interrumpir la Edad Media con su típica feudalidad jurídica.

En este momento se han borrado ya las fronteras étnicas entre los galo romanos y los francos; pero la ley personal era de difícil aplicación todavía, puesto que los nuevos principios jurídicos no habían sido previstos por el Derecho Romano ni por las leyes bárbaras. Por éso, en las fórmulas de Sirmond y en las antiguas cartas del siglo IX se menciona una justicia territorial: **JUSTITIA TERRENA**, la cual fué el origen más remoto del Derecho consuetudinario.

Este panorama se produce no sólo en Francia sino también en el resto de Europa: la feudalidad se impone como sistema político y jurídico en Alemania, en la Bretaña, en Lombardía, en España, y hasta en la Palestina, debido a las Cruzadas.

El régimen feudal teutón se hace remontar a Enrique el Pajarero. En Lombardía se establecieron los feudos hereditarios, en la época de Conrado II, por el año del 1037. La feudalidad bretona se confunde con la invasión de la Normandía por Guillermo el Conquistador, el cual hizo redactar un estado de todas las tierras y propiedades inglesas que se conoce con el nombre del **LIBRO DEL CATASTRO** ("doomsday book"). Esta feudalidad tenía como característica que todas las tierras se consideraban donadas por el Rey. La nobleza inglesa no tenía sino poderes delegados por la realeza y sus derechos estaban más restringidos. De esta inferioridad de privilegios deduce el historiador

Buckle el que adquirieran los nobles antes que en ninguna otra parte las libertades públicas.

En relación con la historia de la feudalidad francesa, hay que distinguir dos determinados períodos históricos y jurídicos. En el primero existe una organización militar perfecta: los señores están investidos de todos los poderes políticos. En el segundo período que es posterior al siglo XIII, prevalece un carácter civil y la feudalidad pierde paulatinamente su naturaleza militar.

Es el Feudalismo la expresión filosófica del régimen de Derecho y de las instituciones de la Edad Media: sistema de organización político-social y jurídico europeo que se singularizó notablemente desde el siglo IX al XI. Sistema desventurado de casi diez siglos, según hace notar Ihering, pero que sirvió de base política a las sociedades modernas, organizando los Estados de Europa, y dando el patrón de una forma de Derecho sui géneris, aunque ordenado y sistemático en sus mismos formalismos y procedimientos. "I es el Feudalismo una de las instituciones germanas notables por sus extraordinarias consecuencias, consigna Dareste, y la que más arraigo tuvo en Europa". Pero ni siquiera se ha llegado todavía a un acuerdo de los autores en torno del nombre de Feudalismo. "Por su etimología la palabra **Od**, significa bienes de fortuna, escribe César Cantú: nombre que, unido a **all** o **alt**, esto es, antiguo, formó la palabra **alodio**, y precedido de **Fee**, recompensa, produjo la voz **feudo**. De consiguiente, alodio significa una posesión antigua, regulada por las costumbres patrias de los germanos y exenta de toda obligación personal, mientras que feudo expresaba una posesión conferida por un alto señor en premio de servicios hechos y con carga de otros nuevos."

Sin embargo, algunos escritores le han atribuido a la palabra Feudalismo una genealogía latina, derivándola de **fides**, puesto que ninguno de los idiomas teutónicos ha conservado la voz **feudo**, excepto el inglés que la tomó de los normandos, empleando en su lugar la expresión "lehen" o "leen".

Este Feudalismo es por su característica política "el fraccionamiento del poder público por el establecimiento de diversas soberanías dentro de un mismo Estado, "según le define Buckle en su "Historia de la Civilización". Pero en verdad la concepción de Accarias es más clara y jurídica:— "El Feudalismo es la desmembración del poder público en favor de algunas personas, clases o corporaciones, fundada en el amparo y protección personal y en la servidumbre del terruño."

Se ha debatido mucho acerca del origen de este sistema que domina todo el Derecho de la Edad Media. Unos remontan la institución a la época de los romanos, y pretenden hallar una idea de los deberes del **vasallo** en los del cliente con respecto a su patrono; pero observaremos para darle un mentís que la dependencia del cliente no

procedía de la posesión de una tierra ni exigía ninguna clase de servicio militar, como en el sistema feudal. Otros quieren contemplar la imagen del feudalismo en las distribuciones de tierras que los emperadores romanos hacían entre los veteranos y sus auxiliares, para que sirvieran a la guerra, sometiéndolos sólo a la condición de que los herederos de tales tierras empuñaran las armas al entrar en la edad viril, perdiendo, si no lo hacían, el honor, los bienes y la vida, según reza el Código Teodosiano en su libro VII. Pero era ésta una obligación que se contraía con el Estado, y no con un señor, lo cual la diferencia radicalmente del Feudalismo. Hasta se ha querido que el Feudalismo copie la organización de los clanes de Escocia e Irlanda, o la de comunidades orientales. Pero absurdo es encontrar apariencia de este régimen feudal en las comunidades primitivas y en otras posteriores que no son de raza germánica, puesto que sólo entre los germanos se encuentran los caracteres del Feudalismo, sus jerarquías en el poder, sus prestaciones de servicios, su régimen jurídico y su orden social, si quiera a primera vista se juzgue casi inverosímil que pudieran nacer en las selvas de la Germania, según Brunner y Schwerin, dado que nada repugna tanto "al espíritu de independencia de los pueblos teutónicos, celosos de la libertad hasta el punto de aborrecer las murallas construídas en torno de una ciudad, como esa escala de dependencias que quitaban hasta la libertad de las acciones privadas, encadenando toda la población a la tierra, desde el siervo que la hacía fructificar hasta los señores que derivan de ella su nombre y su capacidad, ligados entre sí por medio del homenaje, mientras que por encima de ellos descollaba el rey, adornado de un gran título, pero sin ninguna fuerza."

Es curioso observar, sin embargo, como de los usos germanos, adoptados para defender la libertad, nació un régimen que negaba hasta la de los actos privados.

Poseía el patricio romano en común el campo público, que pertenecía al Estado, y tenía además una heredad privada, inviolable, protegida por los dioses. Entre germanos y galos, por el contrario, el campo pertenecía todo a la tribu, y no se conocía otra propiedad individual que los muebles y los esclavos.

Puestos en contacto los mundos romano y bárbaro y sus respectivas clases de propiedad, brotó un género mixto, los **beneficios**, tierras fiscales dadas en usufructo a los veteranos que se comprometían a servir en el Ejército, y poseídas muchas de ellas por germanos, que las adquirieron empuñando las armas.

Los germanos tenían la costumbre de agruparse en derredor de un jefe libremente elegido, a quien les servían de escudo sus propios cuerpos en los combates, servicio por el cual recibían un caballo y una **framea**: el elegido tenía pleno derecho para dirigir a sus compañeros, y así quedaba establecida una dependencia jerárquica, aunque entera-

mente personal, y tan libre que el compañero de armas podía abandonar a su albedrío al que había escogido por jefe. Aquí, en esta asociación, se ha de contemplar el tipo primitivo del vasallaje feudal.

“Desde las primeras invasiones comenzó a bosquejarse el Feudalismo, escribe Alberto Brenes Córdoba”. “El poder de los reyes europeos era débil y los príncipes o jefes militares que gozaban de independencia política y daban sus tierras en feudo, esto es, en disfrute temporal o perpetuo, mediante un contrato análogo a la enfiteusis, a hombres que en ciertos respectos les estaban subordinados en calidad de vasallos, prestaban un auxilio personal, armas, dinero, en la Guerra”. Cada señor feudal estaba protegido por sus soldados en su castillo, el cual era la sede de un Estado en pequeño, independiente del resto del Estado nacional. Así se formó profusamente el Feudalismo en el suelo europeo.

Pero, técnicamente, ¿qué es la Feudalidad? “La feudalidad es una forma de organización social y política, según Esmein, que existía en la Edad Media, y que se estableció no sólo en Francia, sino en toda la Europa occidental.”

Los factores de que se compone son el grupo feudal y la señoría. El primero tiene por punto de partida el feudo que es la unidad constitutiva y la célula de este organismo. “El feudo reducido a su más simple expresión, agrega Esmein, es una tierra o un derecho inmobiliario concedido a cambio de ciertos servicios por un individuo que lleva el nombre de **señor del feudo**, en favor de otro, que se llama vasallo.” Es, pues, un contrato intervenido entre dos, en que el vasallo promete al **señor**, en un **homenaje solemne**, no una cantidad pecuniaria o un valor de la misma índole, sino fidelidad absoluta junto con ciertos servicios que generalmente son los mismos que los que se vinculan entre el ciudadano y el Estado. Sométese este vasallo a tres principios irrevocables: debe combatir por su “señor”; someterse a su justicia; aconsejarse con ese **señor**. Este último, por su parte, debe a su vasallo: fidelidad, justicia y protección. Tal convenio de mutua seguridad en la sociedad feudal altera profundamente la noción del Estado: porque con él dos particulares se asocian para suplir el Poder público. Es así la más extravagante institución de todos los tiempos.

El segundo elemento constitutivo del régimen feudal es la **señoría**: todos los señores no tienen igual jerarquía. Hay, además, **feudos de título**, y **feudos de dignidad**. El grado superior lo forman los duques y los condes: establecen verdaderos principados que se llaman frecuentemente “grandes feudos”: funcionarios superiores de la monarquía carolingia. Después en grado secundario van los vizcondes, marqueses, etc. La señora lleva el título de castellana que deriva de “châtellenie”, posesión del señor (“châtelain”). En esa sociedad feudal hay tres clases: nobles, vasallos (**homines potestatis**), y siervos. Toda la

potestad de la Justicia no se ejerce por parte del señor sino sobre estos dos últimos grupos sociales.

En verdad la propiedad se fué fraccionando por los reyes, la Iglesia y los magnates y se formó una jerarquía de protectores y protegidos: y entonces empezó a vislumbrarse el sistema del feudo. Es el Medioevo "un período de gestación" como le califica Córdoba. I agrega: "Durante el mismo el elemento social antiguo y el elemento bárbaro se mezclan y confunden para dar vida más tarde a las naciones que se ponen a la cabeza del movimiento civilizador y determinan una época de fecunda actividad intelectual que dura y aumenta cada vez."

La invasión de los bárbaros al desplazar a Roma de Occidente irrumpió con la fuerza de un cataclismo en aquella sociedad secular latina, rompiendo la unidad nacional mantenida hasta ese momento por los romanos sobre sus extensos dominios territoriales; pero se ponen en contacto íntimo con los nuevos súbditos en usos, lengua, ideas, razas y leyes, de cuyo caos brota la luz de un nuevo Derecho que debía ser progenitor del de todos los pueblos de la Tierra. Pero hay una época histórica en que de esa confusión de Derecho brotan ya delineadas dos instituciones jurídicas inconfundibles e incubatorias de un nuevo estado de civilización y de cultura: el Feudalismo y la Iglesia.

Afirmamos ya que la legislación de Justiniano y el ordenamiento del Derecho bajo su reinado, dominaron toda la Edad Media. Pero la influencia latina fué debilitándose, en este largo período medioeval, para que entraran de nuevo las instituciones helenas, y se impusiera la Iglesia en que se llegó a reemplazar la jurisdicción civil por la eclesiástica y a introducir las doctrinas de los canonistas griegos que revolucionaron a su modo el Derecho de la época. También anotamos como del Código, las Novelas, el Digesto y las Instituciones justinianeas se hicieron numerosas traducciones al griego o paráfrasis, y epítomes, por Teófilo, Doroteo, Anatolio, Teodoro de Hermópilas y otros. Fáltanos añadir ahora como se mandaron a hacer y se publicaron Manuales y compilaciones de Derecho ya célebres en la historia de las instituciones jurídicas. León el Isáurico dió a la luz en 740 su "Selecta Colección de Leyes" ("cloga legum"). León el Filósofo en los siglos X u XI, llevó al cabo la vasta compilación que sólo dejó iniciada su famoso padre el emperador Basilio el Macedonio, con el propósito de "depurar las leyes antiguas": las referidas Basílicas que utilizan materiales de Justiniano y de los juristas griegos del siglo VI. "Escrita en seis volúmenes, escribe Córdoba, profusa de escolios o anotaciones en que el texto se aclaraba con ejemplos y se interpretaba y aun variaba a veces". Son estas Basílicas de gran importancia erudita por el admirable método expositivo que permite buscar las materias en un solo sitio, y no aquí y allá como se desparrraman de modo difuso en las colecciones de Justiniano. "En el siglo

XI, agrega el mismo tratadista, las Basílicas sustituyen en la práctica la leyes de Justiniano que eran consideradas hasta entonces como la superior fuente de Derecho". Se ignora el texto íntegro de estas Basílicas pero los más recientes trabajos de investigación han reconstruido las mismas hasta donde es posible, sobre todo, la edición alemana de Héimbach que es la obra más completa que se ha publicado según la crítica.

Tales tratados fueron estudiados, comentados y vertidos a Compendios por dos autores desconocidos hasta ahora; sirvieron para la práctica corriente, hasta que a mediados del siglo XV, la dominación otomana hizo que fuera reemplazada la lengua griega por la turca en su traducción.

Hicimos mención igualmente que, en Italia, en las postrimerías de la centuria décimo nona, Irnerio, el "faro del Derecho" (*lucerna juris*), fundó la escuela de Bolonia que dió lugar a la luminosa falange de los glosadores del *Corpus Juris* de Justiniano. Estas glosas que eran notas explicativas al margen de los textos o verdaderas críticas. Distinguiéronse entonces cuatro grandes glosadores: Bulgaro, Martino Gosia, Jacobo y Ugo. Accursio el último representante de esta memorable escuela, autor de la "Gran Glosa", fué una verdadera autoridad en su tiempo. Dos profesores italianos también ilustres, Vacario y Placencio, implantaron fuera de su patria los estudios jurídicos.

A la escuela de Accursio le sucedió la de Bartolo que citamos al principio de este tema. Este maestro insigne que nació y murió en el siglo XIV, dió sus sabias enseñanzas desde las cátedras de Pisa y de Perusa, y es todavía consultado por los investigadores.

En suma: el Derecho de la Edad Media se compone del sistema jurídico del feudo, del Derecho Canónico y del Derecho Romano vulgar que hemos confundido por éso en un mismo capítulo. Un Derecho mosaico de otros Derechos.

## CAPITULO III

### DERECHO GERMANICO. LEYES ROMANAS. BREVIARIO

#### DE ALARICO

1. Los pueblos germanos que invadieron el mundo romano, sus conexiones históricas con otros pueblos con los cuales coexistieron, y especialmente con los galos. 2. La raza germánica en la época de Tácito no estaba organizada en naciones propiamente dichas. 3. Organización de los Estados Libres o "civitas". 4. Derecho Criminal: sus formas primitivas y la pena llamada "composición". 5. Autoridades extraordinarias o supletorias, y las asociaciones de los "ambacti", "devoti" y "soldurri". 6. Forma democrática modificada por la monarquía; los "lati", "lidi" o "leti" y las tierras ("terrae leticae"). 7. La forma de la propiedad en la primitiva Germania es colectiva. 8. Los germanos no conocían la ley propiamente dicha. 9. **De la forma en su antiguo Derecho:** el acto formal en materia de Procedimiento y de contratos; la "lex" en la **Gens Francorum**; el carácter unilateral, ejecutivo y formal de ese procedimiento y su aplicación en ciertos casos. 10. Sentido del término "**adhamire**" en los textos merovingios y carolingios, y división de estos últimos textos jurídicos (Leyes, Capitulares, Documentos judiciales y Fórmulas). 11. Leyes principales: "Lex Sállica": "Lex Ripuar", "Lex Wisigothe" ("**Codex Eurici**"); **Codex revisus Leovigildi**; Capítulos Gaudezianos (510-536). 12. La ley del demandado determina las reglas aplicables en Derecho Privado y en Derecho Criminal, y en cuanto al procedimiento propiamente dicho se establecen formas comunes para todos los individuos sean cuales fueran las razas a que pertenezcan. 13. El sistema de la personalidad de las leyes en vigor bajo los merovingios y carolingios, su complejidad y su difícil aplicación en la práctica. 14. **Las costumbres germánicas antes de la invasión de Roma:** el Derecho Germánico en la época de las leyes "Barbarorum", y las costumbres de los pueblos de esa raza germánica se dividen en grupos. 15. El sistema de la personalidad de las leyes y el reinado de los burgundios. 16. Fuentes del Derecho en la Monarquía franca (textos de las leyes y documentos de la práctica). 17. Leyes germánicas y su división (**leges barbarorum, leges romanorum** y Ordenanzas). 18. Leyes populares o nacionales. 19. Leyes bárbaras. Ordenanzas de los reyes francos o Capitulares. 20. Ley Sállica. 21. Ley Ribuarua o Ripuarua. 22. **Exa Chamavorum**. 23. **Leges alamannorum**. 24. **Lex Baiuweriorum**. 25. **Lex Saxonum**. 26. **Lex thuringorum**. 27. Ley burgundia o lex gundebalda. 28. **Leges langobardorum** (legislación longobarda). 29. **Lex frinonum**. 30. Leyes anglosajonas. 31. Leyes Romanas (**Lex romana wisigothorum, Lex romana curiensis, Lex romana burgundionum**). 32. Breviario de Alarico y su contenido en el orden que se presentan sus diferentes partes. 33. Edicto de Teodorico. 34. Capitulares. 35. Fórmulas y sus colecciones. 36. Fragmentos de San Emerano (restos de tres colec-

ciones del siglo IX). 37. Pequeña colección de Passau (*Formulae patavienses*). 38. Los documentos (sistema documental germánico). 39. Literatura Jurídica.

**BIBLIOGRAFIA:** Brunner (H) y Schwerin (C. von), "Historia del Derecho Germánico"; César (J), "Comentarios de la Guerra en las Galias" ("De Bello Gallico"); Daresté, "Estudios de Historia del Derecho"; Esmein (A), "Historia del Derecho Francés"; Foignet (R), "Elementos de la Historia del Derecho Francés"; Flach, "Historia del Derecho Romano"; Glasson, "Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia"; Stouff, "Estudio sobre el principio de la personalidad de las leyes después de las invasiones bárbaras hasta el siglo XII (1894)"; Sohm, "Organización Judicial de los germanos"; Tácito (C. C.), "Germania"; Thevenin, "Historia del Derecho Germánico"; Torres (M), "Historia del Derecho Español"; Zeumer (M), "Monumentos germánicos"; Ureña y Smenjaud, "Legislación gótico-hispana".

1. **Los pueblos germanos que invadieron el mundo romano, sus conexiones históricas con otros pueblos con los cuales coexistieron, y especialmente con los galos.** Los pueblos germanos que invadieron el mundo romano en el quinto siglo después de Jesucristo, no eran bandas errantes sin homogeneidad étnica y de costumbres, y sin conexiones históricas con otros pueblos con los cuales coexistieron, sino que, por el contrario, formaban pueblos propiamente dichos, esto es, agrupamientos más o menos organizados, política y socialmente, y sobre todo, pueblos poderosos, que desde Clodoveo (uno de los más osados caudillos de los francos sálicos que ocupaban Bélgica y gran parte de la actual Alemania), extendieron su dominación por toda las Galias, apoderándose de ella hasta el Loira, y desplazando a los visigodos de casi toda la Aquitania en donde los habían vencido en Vugle, cerca de Poitiers, al quedar en el campo Alarico su famoso rey (503).

De ahí que los vastos territorios en que se dilataban los francos, los cuales confinaban por los Pirineos en el sud y con las tierras de los sajones y el Mar Germánico por el norte, comprendían dos grandes conglomerados o Estados: el de Austrasia y el de Neustria. Era la primera de estructura netamente germánica, y la segunda más en contacto con los galos romanos con quienes guardaban grandes afinidades no sólo en su unidad racial, sino en sus comunes instituciones políticas y jurídicas que establecían verdaderas relaciones y un estado igual de civilización primitiva. Por éso en este curso de la Historia del Derecho estudiaremos juntas dichas instituciones para hurgar los orígenes del Derecho francés.

2. **La raza germánica en la época de Tácito no estaba organizada en naciones propiamente dichas.**—Eran pueblos con vínculos geográficos e históricos, tradiciones, costumbres, lengua y un nombre común como se les designaba en conjunto: Germania; pero no formaban los

mismos nacionalidades propiamente dichas, o sea, naciones separadas y típicas.

“La Germania, refiere Tácito, se dividía en gran número de pueblos independientes, que tenían las mismas costumbres, hablaban el mismo idioma y podían ser clasificados juntos por sus afinidades; aunque políticamente eran distintos, no llegaban a componer naciones desvinculadas las unas de las otras.”

**3. Organización de los Estados Libres o “Civitas”.**—Cada uno de estos pueblos relativamente independientes componían un pequeño Estado imperfecto que Tácito dice en su “Germania” que se llamaba “civitas” (expresión empleada entre los romanos para indicar Estado Libre).

“La civitas escribe Thevenin, es la unión de familias, la cual como en los pueblos primitivos estaban aglomeradas en razas indo-europeas, y conservaban su individualidad bajo un gobierno comunal, democrático y aristocrático a la vez: tipo originario de las ciudades griegas e itálicas.”

La civitas germánica se distinguía de la latina y de la egea en varios caracteres: primero, aquella no comprende la **Villa** como el elemento urbano que juega un papel preponderante en Grecia y en Italia y que aquí hace falta completamente; segundo, la forma del Estado en la mayoría de las **civitates** germánicas era republicana, según Tácito, y no era siempre así en la ciudad helénica o itálica; y tercero, la **civitas** de los germanos era general, esto es, tenía un poder supremo, la soberanía arraigaba en la Asamblea (“concilium”) exclusivamente, y no en diversos órganos como vimos al tratar de la ciudad griega o romana. “Los hombres libres en edad de portar armas, escribe Tácito, podían llevar la palabra y se resolvía en las Asambleas por clamores públicos o aclamaciones populares favorables u hostiles: era un modo originario de votación en todos los pueblos primitivos.”

En el **Concilium** se decidían los asuntos más importantes: la Guerra, la Paz, y las acusaciones capitales intentadas ante él. Por su composición misma la Asamblea era el propio Ejército: “la nación en armas”, dice Tácito.

Existían autoridades locales e inferiores que ejercían sus funciones sobre subdivisiones de las **civitas**, denominadas cantones o “pagi”, según el propio Tácito. Estos eran jefes electos entre los príncipes del **Concilium**: hacían Justicia en esos **pagi**, y mandaban el contingente militar que debían proveer el “pagus” o Ejército. Cuando administraba Justicia el príncipe estaba rodeado de una centena de compañías que eran el contenido militar del **pagus**, lo que vale decir, de grupos de cien jefes de familias, como concuerdan en sus relaciones César y Tácito.

En los **Comentarios** de Julio César se revela que en las **civitas** como en las comunidades antiguas había la división en hombres libres y

esclavos. Dividiéndose los primeros en "ingenui" (libres), y "nobilis" (nobles). Esta última clase provenía de los reyes, príncipes, **duces** y **comites**. Los esclavos se dividían a su vez en los que eran objeto de tráfico ruin en el extranjero, los deudores insolventes, y los empleados en servicios domésticos o agrícolas: ocupábanse unos del menaje en las residencias, y los trabajos caseros, y los otros del cultivo de las tierras, entregándoles parte de los frutos al dueño: guardaban así alguna afinidad con los colonos romanos. Pero su condición no difería mucho de los esclavos, según Tácito.

4. **Derecho Criminal: sus formas primitivas y la pena llamada "Composición".**— Ese gobierno germánico tenía finanzas absolutamente rudimentarias, escribe Thevenin en su "Historia del Derecho Germánico". "La Civitas recibe parte de la composición, nos enseñan H. Brunner y C. von Schwerin, y ésta consiste en cabezas de bestias o ganados que son las penas de los delitos."

Tácito nos indica en el capítulo 12 de su **Germania** cómo los ciudadanos hacían ofrendas o regalos a los príncipes consistentes en ganados o bestias y en cereales: derecho puramente voluntario pero moralmente impuesto por la costumbre. Esta formaba parte de la organización política de la **civitas** que explicamos.

El Derecho Criminal adoptaba formas primitivas: todos los delitos contra los particulares quedaban sujetos a la venganza privada: guerra singular de familia contra familia. "La paz se hacía entre las familias, dice Thevenin, por el pago de una "composición entregada por el culpable, la cual consistía en cabezas de ganado, moneda primitiva que se repartía, de acuerdo con ciertas reglas, entre los miembros de la familia ofendida según refiere la **Germania** de Tácito.

Debemos anotar dos progresos en la época de Tácito en esta institución. La costumbre estableció una tarifa de **composiciones** para reparar cada delito conforme su gravedad, observa Sohm. No es obligatoria la vía de la reparación pecuniaria para indemnizar: "se abre una acción en Justicia a la víctima o a sus representantes para hacer condenar el culpable a la **composición**; pero no se le impone esta vía, según Thevenin, puede escoger la simple venganza."

En todos los casos, el Poder Público no interviene sino como mediador y cobra sus servicios: parte de la **composición** que toca al Rey o al Príncipe.

Para algunos delitos hay la represión pública y se impone la pena de muerte: crímenes contra la **civitas**, traición en favor del enemigo, actos contra Natura que despiertan siempre la cólera de los dioses.

5. **Autoridades extraordinarias o supletorias, y las asociaciones de los "ambacti", "devoti", y "soldurri".**— Además de las instituciones militares germánicas, nos describe el erudito Roth la institución del

**comitatus** (derivada de **comités**), en la cual por medio de un juramento solemne se ligaban miembros civiles de la comunidad germana a un príncipe o "comites", a quien ofrecían devoción completa; pero a cambio de gratificaciones de acuerdo con los méritos contraídos, armas y un caballo de Guerra. Eran éstas autoridades extraordinarias o supletorias y no instituciones militares oficiales: verdaderas asociaciones que se explican sólo en ese período singularísimo por el que atravesaba el Estado germánico todavía en pleno desenvolvimiento histórico. Estaban ellas investidas de pocas atribuciones. En tiempos de Guerra el jefe militar tomaba el nombre de Dux y entonces podía hacer valer su autoridad al mismo Rey y a los príncipes.

César en su tratado "De Bello Gallico" describe asociaciones entre los galos parecidas a los **comites** germanos de que habla Tácito. En los poemas homéricos se hace alusión a instituciones similares y las compañías de Ulises guardan alguna similitud con esos **comites** bárbaros. **Ambacti**, **devoti** y **soldurri** se llamaban los miembros de estas asociaciones germánicas.

6. **Forma democrática modificada por la monarquía; los "lati", "lidi" o "leti" y las tierras ("terrae leticae").**— En la época de Tácito no hubo profunda transformación en la forma de Gobierno y sus instituciones políticas y jurídicas. El poder soberano radicaba siempre en el **Concilium** el cual mantenía sus primitivas atribuciones: los príncipes eran electos por los jefes de las centenas, y tenían prerrogativas muy restringidas del poder real, según refiere Tácito en el capítulo 7 de su **Germania**. "El ascendiente moral del Rey, dice Sohm, tenía dos privilegios legales: la **composición** percibida primero por el **civitas** y después por el mismo gobernante; y segundo, tomar bajo su protección real a los particulares, preservándoles de toda multa y sanción pecuniaria". Estos Reyes recibían presentes como los príncipes, y tenían como ellos un **comitatus**: eran escogidos de las familias más nobles y con carácter transitorio eran elegidos. A veces coexistían los títulos de Rey y Dux en una misma persona, aunque este último concedía poderes más extensos. El Dux podía pronunciar castigos corporales y hasta la pena de muerte en la Guerra.

En el período que antecedió a las invasiones de Roma por los bárbaros, los romanos concedieron a éstos en las Galias algunas tierras para cultivar mediante el pago de tributos y de la aportación de contingentes de tropas cuando el Imperio lo requería, según la relación de Schegel. Eran vencidos que se reducían a cierta servidumbre en favor de la ciudad conquistada, según completa Schrader. Estos contingentes se llamaban **leti** o **ledi**, y las tierras "terrae leticae".

7. **La forma de la propiedad en la primitiva Germania es colectiva.**— El régimen de Derecho Común en la propiedad primitiva ger-

mana es colectivo; se hacían locaciones periódicas para el goce privado de esta propiedad. En muchas comunidades antiguas encontramos ese común disfrute de la propiedad por todos. La *civitas* toma posesión de una tierra para cultivarla y ejerce sobre ella su dominio temporal, paga tributos a los príncipes, primero; y después, a los reyes: lotes fijados para cada familia; pero desigualmente; variaban de acuerdo con la dignidad de las personas: los príncipes tenían la parte más ventajosa. Tal era el régimen agrario en tiempos de César según **De Bello Gallico**. “Este régimen, no excluía por completo, escribe Glasson, la propiedad individual, la cual era acordada por excepción: la casa y el suelo del jefe de familia estaban exentos de promiscuidad”. Este es un principio de la propiedad privada actual. La segunda excepción la consigna Tácito como la costumbre de admitir la apropiación de la propiedad privada al lado de la propiedad común en caso de terrenos incultos y no ocupados antes: eran entonces hereditarios e inajenables.

8. **Los germanos no conocían la ley propiamente dicha.**—Estos germanos no vivían bajo el imperio de la Ley: se acomodaban a las costumbres que acataban. Había un consentimiento tácito del pueblo que estaba consagrado por la autoridad de los antepasados para obedecer el mandato no escrito de esa costumbre. La Ley propiamente dicha les era desconocida a los bárbaros.

9. **DE LA FORMA EN SU ANTIGUO DERECHO: el acto formal en materia de Procedimiento y de contratos; la “lex” en la GENS FRANCORUM; el carácter unilateral, ejecutivo y formal de ese procedimiento y su aplicación en ciertos casos.**—Si se examina la estructura de un grupo típico germánico tal como la **Gens Francorum**, “se distinguirá, según Brunner y Schwerin, en primer término, el Organó Judicial: el Tribunal que en el desarrollo de la “gens” desempeña el papel de regulador y de freno: mantiene el orden, primera condición de toda vida social; reduce los individuos que se hacen justicia a sí mismos; asegura a cada uno el Procedimiento para fijar los medios de realizar jurídicamente sus pretensiones.

La *Lex* en la “Gens Francorum” es según Sohm el tipo de un procedimiento especial que tiene como base jurídica no las reglas fijadas en el cuerpo social, sino en el respeto absoluto de las formas empleadas por el individuo que quiere obtener Justicia. Formas determinadas de antemano: actos, palabras o gestos solemnes que dan al Procedimiento su fisonomía propia: la *lex* es el intermedio entre el Tribunal y el derecho de hacerse justicia a sí mismo, dice Esmein en su “Historia del Derecho Francés”.

El acto formal, según Sohm, tiene varias aplicaciones en la **Lex Sállica**: en materia de préstamos, de reivindicación mobiliaria, etc. “Asegura al individuo que cumple estrictamente ciertas formalidades,

agrega Thevenin en su "Historia del Derecho Germano", ciertos medios de coacción y de ejecución tan eficaces como de los que dispone el Tribunal. Lo que caracteriza este procedimiento es que dispensa al individuo establecer prácticamente la legitimidad de su pretensión, o mejor, la relación de hecho, en que se apoya la cuestión de Derecho."

La forma arrastra al fondo y lo supedita. El individuo investido momentáneamente del poder adherido al acto formal se sustituye en Derecho al Tribunal cuyo papel es puramente pasivo y que se concreta a fijar las reglas aplicables.

El Poder Público deja, pues, al demandante perseguir el objeto de su acción y no interviene, en la persona del magistrado, sino para contener o tomar en cuenta a este actor cuando el demandado recalitrante se niega al cumplimiento del acto formal y le hace ejecutar: el magistrado en este caso procede necesariamente a su ejecución, como aclara René Foignet en su "Historia del Derecho Francés"; pero no puede negarse aquél a obedecer el requerimiento del demandante para ejecutar en perseguimiento del demandado. Por ésto a tal Procedimiento se le ha denominado unilateral, ejecutivo y formalista. "Unilateral, porque es conducido exclusivamente por el demandante, explica René Foignet en sus "Elementos de la Historia del Derecho Francés": el demandado no puede oponerse a su adversario". Y dicho profesor añade: "Es ejecutivo (el Procedimiento), porque el actor ejecuta realmente, esto es, pone en movimiento al agente de la ejecución. Y es formalista, porque saca su fuerza, diríamos, y su propia virtualidad, su naturaleza jurídica, del empleo de formas determinadas."

Este procedimiento extrajudicial por su índole, sui géneris, como institución jurídica, según Sohm, no se encuentra organizado sino en la Ley Sálica.

"El derecho del más fuerte, entre los germanos, añade el citado maestro, ha podido transformarse y disciplinarse antes de someterse a las reglas fijadas por la Sociedad para recibir su aplicación en el procedimiento judicial propiamente dicho". Alegato que ha sido replicado a Sohm por el investigador Thevenin en su mencionado ensayo historiando las instituciones teutonas y su evolución, en estos términos: "De aceptar la hipótesis de Sohm, escribe, el reinado del procedimiento formal o ejecutivo faltaría en la Historia del Derecho Germánico, para quedar sólo el período intermediario entre el reinado de la fuerza bruta y el hecho de una legalidad relativa."

De donde podemos asentar como conclusión que, entre los francos como entre los quiritas, las manifestaciones de la conciencia jurídica estaban fijadas y como encerradas en un formalismo estrecho y duro.

En el primitivo procedimiento franco prevaecía el sistema de la forma y en el Derecho Germánico posterior desde la quinta centuria hasta fines de la Edad Media, el formalismo era distinto: en materia

civil, en los contratos, los germanos distinguían los actos reales y los formales, conforme enseñan Brunner y Schwerin: “El acto formal existe desde que la *festuca* (derivada de *fetu*, *stipula*) transmitida por uno de los contratantes es recibida por el otro; el acto formal entre ellos consiste en la acción de una parte de dar, y de la otra parte, de recibir “la *festuca*” o “*waicem*”. “Este acto, según Sohm, se llama “*adhamire*” en la antigua lengua jurídica de los francos. Tal acto es la “forma” en la cual se desarrolla, manifiéstase y toma cuerpo jurídico la promesa obligatoria: el acto formal es así la base en Derecho sobre la cual ha de descansar con todo su peso la teoría del procedimiento de ejecución. Sostiene por el contrario, Thevenin, en su magistral “Historia del Derecho Germánico”, que dicho **procedimiento ejecutivo no ha existido en el Derecho Franco.**

10. **Sentido del término “adhamire” en los textos merovingios y carolingios, y división de estos últimos textos jurídicos (Leyes, Capitulares, Documentos Judiciales y Fórmulas).**—Sohm ha extraído de los textos jurídicos merovingios y carolingios 25 pasajes en los cuales figura el término “adhamire”: en 21 significa: “comprometer solemnemente su fe”; “prometer mediante la *festuca*”; en suma: contratar formalmente. Tal sentido resulta de la identidad de las expresiones “adhamire” y “*fidem facere*”, o ya, directamente, de la otra expresión: “*per festuccion adhamire*”. En los otros 4 textos tiene el mismo significado, aunque algo más dudoso. Thevenin exterioriza sus dudas de que fueran idénticas “adhamire” y *fidem facere*. Esta última se traduce en **dar fe** u ofrecer su persona moral en garantía. Empero hay que distinguir, para Loening, entre la *festuca* y el *wadium* que son idénticas para todos los tratadistas alemanes.

En verdad los germanistas no están de acuerdo en general, acerca del sentido amplio y común que se da a la palabra **adhamire**: de un significado muy vago por su etimología deducida del primitivo Derecho del Rhin.

En cuanto a los textos jurídicos merovingios y carolingios aludidos, los investigadores los dividen en tres grupos principales: **Leyes y Capitulares; Documentos Judiciales; y Fórmulas.**

11. **LEYES PRINCIPALES: “Lex Sállica”; “Lex Ripuar”; “Lex Wisigothe” (CODEX EURICI); CODEX REVISUS LEOVIGILDI; Capítulos Gaudezianos (510-536).**—Las leyes principales que regían entre los francos eran, en el mismo orden en que figuran en los tratados: Ley Sállica (**lex Sállica**), en la cual, en el texto que trae Behrend en el capítulo XXXVII (página 45), figura la reivindicación mobiliaria que está consagrada de antemano: no hay Tribunal, ni demandado ni demandante: se trata de poseer de nuevo un mueble de que se ha des-

pojado furtivamente a su verdadero dueño: se busca la traza del objeto hurtado y se encuentra, devolviéndose sin más trámites al antiguo propietario.

Después hay que hacer mención de la Ley ribuaría de que habla Ealter en la página 177 de su monografía en torno de la misma (**De Vestigio Minando**): si se pierde un animal y se halla en la casa de otro o en un sitio cualquiera: se puede tomar en nombre del amo anterior.

La Ley visigoda (lex Wisigothe) o Código de Eurico (**Codex Eurici**) es el tercer texto de importancia en la legislación de los bárbaros. En caso de litigio entre visigodos y galo romanos imperaba la ley visigoda, excepto que fuese derogada por escrito por el rey Eurico: de ahí que el Código de los visigodos lleve el nombre de su rey.

“San Isidoro de Sevilla (636) probó, dice Zeumer en **Monumenta Germania**, que el rey Eurico fué el primero en formular leyes escritas a los visigodos: (**Leges Wisigothorum**).”

El mismo San Isidoro nos refiere como en el siglo VI, cuando la monarquía visigoda es desplazada en España, el rey Leovigildo cuyo reinado duró desde el 569 al 586, revisa el Código de Eurico.

Zeumer en su tratado de “Ley Visigoda” establece, igualmente, que el rey Leovigildo ordenó una revisión de la Ley de Eurico, e incorporó en ella sus propias Constituciones y las de sus predecesores.

Las transformaciones operadas en el reinado de los visigodos produce una nueva legislación conjunta, como refiere Torres en su “Historia del Derecho Español”. Los visigodos arianos convertidos al catolicismo desconocían el sistema de la personalidad de las leyes que ya había desaparecido: romanos y visigodos estaban sometidos a las mismas leyes. Se había preparado un verdadero Código por el rey Chindasvint (642-653), y promulgado por su hijo Recesvint (649-672), probablemente en 654, según Esmein, que es la redacción de la **Lex Recesvintiana** la cual da a la ley visigoda su forma definitiva al mismo tiempo que la Ley Romana Visigoda había sido revocada por godos y romanos.

“Estos ya debían vivir bajo el mismo Código, aclara Thevenin, cuyos elementos habían tomado al Derecho Romano y al Derecho bárbaro de los visigodos: sólo debía recibir algunas adiciones de los reyes Egica (687-702) y Witiza (700-710). Tal es la **Lex Wisigothorum vulgarata**.”

Por éso, es la ley visigoda vulgar, la forma más completa de la legislación bárbarica. Divide al Código en 12 libros, subdivididos en títulos, y cada uno contiene un número de leyes o capítulos. Están escritos al modo del tipo de los Códigos romanos y la división en 12 libros evidencia que es el Código mismo de Justiniano el que ha servido de modelo. De todas las leyes es la que más influencia ha recibido del Derecho Romano y del Derecho Canónico.

Debemos anotar que esas dos primeras redacciones del **Codex Eurici** y el **Codex revisus Leovigildi**, ya se han perdido, y no se conservan sino fragmentos cuya identidad no se ha podido establecer de modo inequívoco. Hay un palimpsesto en París que contiene una redacción antigua de la ley de los visigodos que Bluhme ha publicado en 1847 con el nombre de **Antiqua**.

Después, M. Gaudenzi, ha descubierto y publicado en Boloña, sucesivamente, en 1886 y 1888, dos series de fragmentos jurídicos, en donde la segunda serie podría bien pertenecer a una redacción de la ley de los visigodos según el mismo Bluhme.

Estos textos se han reproducido en la "Nueva Revista Histórica de Derecho Francés y Extranjero", en los años 1886 y 1889 (páginas 325 y sigts., y 430 y sigts.).

M. Gaudenzi y Esmein creen advertir en los textos que se han publicado fragmentos del Edicto mismo de Eurico y en la **Antiqua** de Bluhme, una parte del texto revisado por Leovigildo. Brunner sustenta una opinión muy antigua de los eruditos; lo que vale decir, que la **Antiqua** de Bluhme atribuída al rey Recaredo no es sino el Edicto mismo de Eurico.

En relación a los textos publicados por M. Gaudenzi, los maestros Brunner y Schwerin, en su tratado de "Historia del Derecho Germánico", sugieren que deben considerarse como una compilación privada para completar y dilucidar la "Antiqua" de Bluhme.

12. **La ley del demandado determina las reglas aplicables en Derecho Privado y en Derecho Criminal, y en cuanto al procedimiento propiamente dicho se establecen formas comunes para todos los individuos sean cuales fueran las razas a que pertenezcan.**— "Entre los francos existen dos razas hasta fines del reinado de Clodoveo: los francos sálicos y los romanos, dice Esmein, la ley sálica se aplica en los conflictos entre uno y otro ante los Tribunales; pero bajo el mismo rey, ya en sus postrimerías, cambian las cosas: acumuladas bajo un mismo rey diversas tribus: sálicas, ripuarias, por la conquista de la Borgoña, los sometimientos sucesivos de los alemanes bávaros y otros pueblos germanos ellos comprendían razas distintas: entonces la idea de la personalidad se implanta."

Con efecto, en estos conflictos judiciales entre francos sálicos y otras razas dominadas, se admitía por la ley bárbara que cada raza conservara sus costumbres propias: hay prueba de ello, según Sohm, en el capítulo XXXI de su **Lex Ripuariorum**. Pero desde este momento, en caso de esos procesos mixtos en que figuraran razas diversas, no podía dársele igual solución: la ley del demandado, en caso de dudas, era el camino legal que indicaba el buen sentido y la equidad. "La ley del demandado, consigna Sohm en su **Lex Rip.**, (LXI, 2).

determinará las reglas aplicables en Derecho Privado y Derecho Criminal". Era admisible, sin embargo, toda prueba en contrario para determinar que las partes convinieron en someterse a otra Ley. Ahora bien, en materia de actos extrajudiciales, contratos, conflictos de propiedad, etc., esto es, en cualquier convenio en que varias partes se obligaren a dar, a no ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa, es la ley de aquel que se obliga, vende o afecta de algún modo su propiedad la que determinará la forma y los elementos esenciales del acto.

En cuanto al Procedimiento propiamente dicho, había establecidas formas comunes para todos: una sola organización se hizo indispensable, dentro del sistema personal de las leyes, "tanto para los actos extrajudiciales como para las sentencias, cualesquiera que fueran las razas a que pertenecieran las partes, explica Esmein. El proceso debía comenzar por esta pregunta al demandado: *¿Sub qua lege vivis?* No se podía, no obstante, crear por una simple declaración la ley que le placiera a cada cual que se le aplicara. La ley del nacimiento era la que prevalecía: la ley del padre, y si el hijo era ilegítimo: la ley de la madre."

Esta regla que traen los tratadistas tenía sus excepciones. La esposa de un bárbaro casada bajo el régimen del "mundium" estaba regida por la ley de su marido que conservaba hasta después de su viudez. A los libertos no se les reconocía la ley de su nacimiento: al nacer eran esclavos. Como carecían de personalidad jurídica había que atenerse a la ley del amo que les hubiera emancipado. Y por último, el bárbaro que entraba en el clero podía recobrar su ley de origen.

**13. El sistema de la personalidad de las leyes en vigor bajo los merovingios y carolingios, su complejidad y su difícil aplicación en la práctica.**—Este sistema de la personalidad de las leyes en vigor, entre los francos, bajo los merovingios y carolingios, es complejo y de difícil aplicación. Agobardo en el siglo IX se lamenta de que se vivía bajo leyes diferentes. Es entonces cuando se forman las costumbres locales y rige la ley territorial bárbarica.

"Los bárbaros comunican sus costumbres a los romanos, y éstos adoptan las leyes romanas", escribe Esmein en su citada "Historia del Derecho Francés", y explica que las causas de que ellos adoptaran la legislación latina eran, en primer término, el uso de los actos escritos en las convenciones: los notarios no sabían redactar sus instrumentos sino de acuerdo con el Derecho Romano y sus fórmulas; y, después, la influencia de la Iglesia que se dirigía a los sectarios de todas las razas, recomendaba la ley romana que era más conocida en todos los países. No empujó algunos usos rudimentarios consagrados por la legislación de los bárbaros eran aplicados a los galo romanos. "El sistema de

las composiciones pecuniarias en los delitos, agrega Esmein, sustituye al de las penas afflictivas: eran las costumbres rudas pero eran costumbres simples. Respondían a la necesidad del estado social puesto que la comunidad de los galo romanos se había mezclado y se descomponía, retrocediéndose a la barbarie: era natural así que acogieran favorablemente las costumbres bárbaras."

**14. LAS COSTUMBRES GERMANICAS ANTES DE LA INVASION DE ROMA:** el Derecho Germánico en la época de las leyes "Barbarorum", y las costumbres de los pueblos de esa raza germánica se dividen en grupos.—Estos germanos que invaden el Imperio Romano Occidental y le desplazan de las Galias, han de introducir en estos territorios conquistados, las costumbres bárbaras, en el seno de esa sociedad galo romana refinada y de más avanzada civilización. Pero estas costumbres habrán de ser ya imperecederas en la comunidad vencida porque inoculaban nuevos elementos de cultura, "y de mucho más valor de lo que comunmente se cree", dice Waitz en su estudio de la "Constitución política germánica".

Confirman el mismo criterio Roth en su obra acerca de la "Constitución militar de los germanos", y el mencionado Sohm, en su magistral ensayo en que trata de su **Organización Judicial**.

Este Derecho consuetudinario deriva en gran parte de fondos primitivamente comunes de los pueblos indo-europeos; y, que, en su conjunto, quedaron siendo primitivos: se ha comprobado que el Derecho germánico en la época de las leyes bárbaras era menos avanzado en su desarrollo que el Derecho Romano de las XII Tablas.

Ese Derecho Germánico en la época de las "Leges Barbarorum" se ha podido reconstruir por los eruditos e investigadores y por los testimonios de los autores latinos que han descrito sus costumbres antes de las invasiones. Julio César en su libro, "De Bello Gallico", reconstruido entre otros por Glasson en la "Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia" (tomo III, p. p. -1- 98): el cual tiene el valor de un testimonio ocular, ya que fué escrito por César en la campaña de las Galias. Cayo Cornelio Tácito en su tratado "Desitu, Moribus et Populis Germania", historia de carácter filosófico a la cual la crítica le concede el valor de obra de observación dogmática e institucional.

Además, sirven de fuente del Derecho que estamos estudiando, las relaciones de los autores que después de los reinados bárbaros, han escrito la historia de las razas que habían fundado a los mismos. Gregorio de Tours en su "Historia Francorum" publicada en la segunda mitad del siglo VI. Isidoro de Sevilla en su "Historia Sive Chronica Gothorum" que dió a la luz en la quinta centuria. Procope, escritor griego contemporáneo de Justiniano, en su obra "De Bello Vandálico, De Bello Gothico".

Las Costumbres de los pueblos de raza germánica o franca constituyen la tercera y última fuente.

Dividense esas costumbres en dos grupos, según Dareste en "Estudio de la Historia del Derecho (p. 279)". **Leges Barbarorum**, redactadas desde el siglo V, en latín (dice), en reinados fundados por los bárbaros a fines del Imperio de Occidente. Y **antiguas leyes o costumbres danesas, suecas, islandesas**, etc.

**15. El sistema de la personalidad de las leyes y el reinado de los burgundios.**— Como hemos expuesto ya el sistema al cual se había llegado por obra de las necesidades de la práctica, tanto en el Derecho Privado como en el Criminal, ha recibido el nombre de **sistema de la personalidad de las leyes**. Así ha pasado a la historia de las instituciones jurídicas de los pueblos. Era, incidimos, simple en apariencia y complejo en realidad, atravesado de dificultades y fecundo en conflictos al ser aplicado a distintas razas. Aunque fué ejecutado por todas las legislaciones barbáricas como demuestra el crítico Stouff en su "Estudio sobre el principio de la personalidad de las leyes después de las invasiones bárbaras hasta el siglo XII."

Durante el reinado de los burgundios, en caso de conflicto entre razas diferentes: por ejemplo, burgundios y galo romanos, el problema era de fácil solución: los romanos conservaban el uso de sus leyes en sus mutuas relaciones; y, en los procesos mixtos en que figuraban junto con los burgundios, se aplicaba invariablemente la ley burgundia, según Salies, en "Lex Burgundionum".

**16. Fuentes del Derecho de la Monarquía franca (Textos de las leyes y documentos de la práctica).**— En la monarquía franca hay dos categorías de documentos: 1o. **textos de las leyes**; y 2o. **documentos de la práctica**.

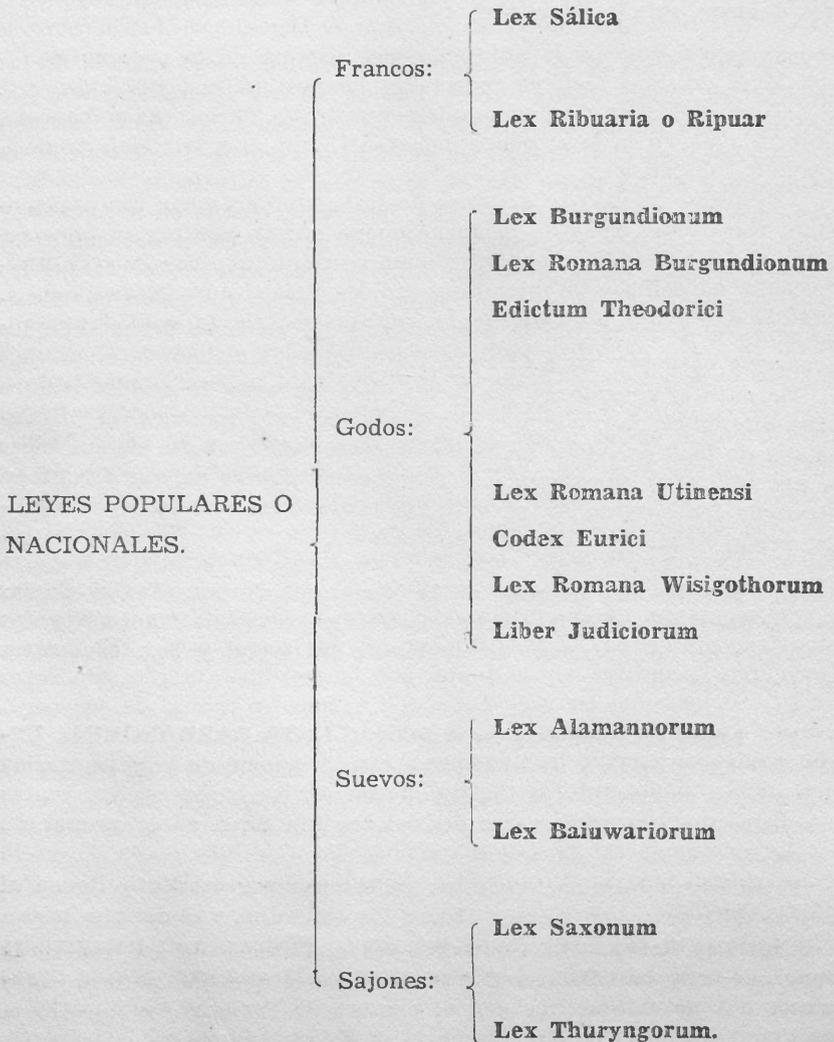
**17. Leyes germánicas y su división (LEGES BARBARORUM, LEGES ROMANORUM, y Ordenanzas).**— En el sistema de la personalidad de las leyes establecido por la legislación de los bárbaros, hay tantas leyes o costumbres como razas diversas se fundieron en la monarquía franca.

Estas costumbres nacionales se redactaron por escrito y llevan el nombre de leyes germánicas en todos los opúsculos y obras que tratan de la historia de las instituciones jurídicas. Se dividen en tres grandes grupos. Leyes bárbaras. Leyes romanas. Ordenanzas de los reyes francos o Capitulares.

**18. Leyes populares o nacionales.**— En el período carolingio de los francos rigen las llamadas leyes populares o nacionales que contienen el derecho de los distintos pueblos de raza germánica.

Las **leges barbarorum** llevan varios nombres: **lex pactus, ewa, edictus**, etc. Cada una tenía contenido diverso y fijación normativa ya judicial, ora consuetudinaria o principios creadores de nuevo Derecho, según M. Torres.

El cuadro sinóptico de estas leyes populares es el siguiente:



19. **Leyes Bárbaras (LEGES BARBARORUM)**. Ordenanzas de los reyes francos o Capitulares.— Antes de la invasión de los bárbaros, el

mundo galo romano vivía bajo las leyes del Imperio o por simples costumbres fijadas por el uso y la tradición secular, esto es, las conocidas como leyes locales. Pero luego del establecimiento de las razas invasoras, la mayor parte de estas costumbres se redactaron por escrito desde el siglo V al VIII. Fueron varias las causas que obligaron a la redacción de estas costumbres: los romanos vivían bajo el régimen de la ley escrita y había necesidad de fijar el Derecho de los bárbaros en estos medios nuevos; la aplicación del sistema de la personalidad de las leyes era más fácil ya redactadas las costumbres; etc.

A menudo Ordenanzas propiamente dichas de los reyes francos se intercalaban en la **Lex**: denominábanse Capitulares por emanar de los propios soberanos.

Respecto de esas redacciones de las costumbres hay que adicionar que eran hechas en latín, la única lengua que se escribía en tal época; pero el latín vulgar o popular, idioma corriente que contenía múltiples vocablos germánicos en sus formas propias o latinizadas. Redacciones sucesivas se hicieron por faltas de los copistas al formular estas leyes: alteraban el texto auténtico para hacerlo más claro o incorporaban documentos extraños para completar a dicho texto o hacerlo más útil.

Todas las **leges barbarorum** no han sido redactadas en la monarquía franca o en los países sometidos por aquélla: gran parte de ellas han provenido de Italia (**Edicta** de los reyes lombardos); otras de España, Austria, y las leyes de los anglosajones.

Hay cuatro tipos de leyes bárbaras: ley sálica, ley ribuaría, ley burgundia y ley visigoda. Las primeras son diversas por su estructuración a la última.

Como se ve, en sus orígenes, el Derecho Germánico no era escrito sino transmitido por la tradición oral y las costumbres. "El Derecho Germánico primitivo no se fijaba por la escritura, escribe M. Torres en su "Historia del Derecho Español", ni aun en el caso de ser norma para el futuro, en cambio, en el período franco, entre los siglos V al IX se fija por escrito, influyendo en ésto la penetración de los germanos en el mundo cultural romano-cristiano."

Estas manifestaciones escritas del Derecho se pueden agrupar así: 1o. Leyes populares; 2o. Leyes romanas; 3o. Capitulares; 4o. Fórmulas y sus colecciones; 5o. Documentos de aplicación del Derecho; 6o. Trabajos jurídicos.

20. **Ley Sálica.**— La **lex Sálica** era el Derecho de los francos sálicos, que ocupaban Bélgica y gran parte de lo que llamamos hoy Alemania. Es de aclarar que con el nombre de Bélgica, restablecido en los tiempos modernos para designar un Estado segregado del reino de Holanda en 1830, se comprendía antiguamente el vasto espacio territorial entre los dos ríos rivales, el Rhin y el Sena, que se reparten Francia, Bélgica, Luxemburgo y la Prusia rehenana.

La fecha de la redacción de la Ley Sállica se hace remontar a Clodoveo, el más famoso de los caudillos francos sállicos, nieto de cierto Meroveo, quien, al frente de la gente de guerra de su nación, había militado bajo las banderas de Aecio en la batalla de los campos Cataláunicos. La época de Clodoveo fué del 508 al 511.

Para otros investigadores debe señalarse la data de la Ley Sállica entre los siglos VII y VIII.

Krammer indica tres partes en esta legislación correspondiente a tres momentos también distintos (486-496; 496-507; 524-558). Modificaciones posteriores se introdujeron en su texto en tiempos de Pipino el Breve (736-764).

Se compone la *lex Sállica* de prólogo, epílogo y de 65 y 99 títulos repartidos en sus dos últimas partes. Fué influida su redacción por el Código de Eurico. En fechas posteriores se les incorporaron algunas **Novelas (Pactum pro tenorem pacis)**. Probablemente del 511 al 557.

Añadiéronse a la misma Ley: un edicto de Chilperico (561-584), y un capitular de Ludovico Pío. Los textos más antiguos van acompañados de una glosa: "Glosa malobérgica (**in mallo bergo: plauta, tribunales**)."

**21. Ley Ribuaría o Ripuar.**—Indistintamente encontramos en los tratadistas las denominaciones de **Lex Ribuaría** o **Lex Ripuar**. Bluhme y otros de origen teutónico usan la primera expresión como la típicamente germana. Sin embargo, Sohm que es igualmente teutón y algunos españoles, siguen la ruta francesa (al emplear la segunda expresión en casi todas sus obras): Glasson, Viollet, Esmein, Foignet, etc. Pero es preferible en caso de duda quedarse con los alemanes que deben estar más enterados de su idioma y sus instituciones.

**Pactus legis Ribuaræ** contiene el Derecho franco-ribuario. Parte de esta Ley se redactó en el siglo VI. Consérvanse sólo textos de la época carolingia, o sea, en el ocaso de la centuria VIII, o con anterioridad al 803.

Se encuentran sus manuscritos en dos series que abarcan 89 capítulos redactados en momentos diferentes. La parte más antigua comprende desde el capítulo 1 al 28.

Después debieron redactarse los capítulos 29 al 56; y, por fin, del 63 al 64.

La ley ribuaría está influida por la Ley Sállica de la segunda mitad del siglo VI hasta sus capítulos 57-62; pero, desde los capítulos 65-79, redactados en el siglo VII, sufre la influencia de la Ley Burgundia (**Lex Burgundionum**)

En el siglo VIII influye en la redacción de los capítulos 80-89 la anterior **Lex Sállica**. Todavía en manuscritos tardíos aparece una novela del 803 (**Novalegis constitutio Karoli imperatoris, qua in lege Ribuaría mittenda est**)

22. **EXA CHAMAVORUM.**—*Exa Chamavorum* es el Derecho franco-camavo. La Noticia **vel commemoratia de illa eava, quae se ad Amorem habet**, encierra su redacción popular de acuerdo con la definición de los sapientes. Comprende 48 breves capítulos y algunas relaciones de Derecho básico. Su redacción data del 802 u 808.

23. **LEGES ALAMANNORUM.**—Las leyes alemanas comprenden cinco fragmentos que se han conservado del **Pactus alamannorum** cuya antigüedad se puede fijar según Torres en la primera mitad de la séptima centuria.

En cuanto a la misma **lex alamano**, su primera redacción la fijan, Brunner y Schwerin, en los comienzos del siglo VII (717-719). No se admite hoy la triple redacción de que habla Bluhme. Sus fuentes son la ley merovingia perdida, el Código de Eurico y en cierta medida el **Pactus**, escribe M. Torres.

24. **LEX BAIUWERIORUM.**—*Lex Baiuweriorum* es el Derecho bávaro. Fué redactada esta legislación bajo el **dux Odilo** (743-748). “Sus fuentes fueron: la **Lex Alamannorum** o la fuente común perdida de una u otra legislación, dice Torres, o varias leyes de la época merovingia; la legislación visigótica y probablemente la **Lex Sállica** y el Edicto de Longobardo.”

Complemento de esa ley bávara son algunas Novelas: **Decreta** del 770-771; disposiciones sinodales de Ascheuner (755-760); **Capitulare Baiuwarorum** del 810 y **Capitula ad legem Baiuwarorum addito** (801-803)

25. **LEX SAXONUM.**—*Lex Saxonum* contiene el Derecho de los sajones. Fué redactada de los años 802 al 803. Se utilizó para la misma **lex Ribuaría**, según Ealter, y el **Capitular Ribuario** del 803, de acuerdo con otras opiniones, entre las cuales figuran las valiosísimas de Bluhme y de C. von Schwerin en sus respectivos tratados de Historia del Derecho Germánico.

Precedieron a las leyes sajonas la **Capitulare Saxonum** (797) y la **Capitulatio de partibus Saxoniano** (780-785).

Se discute si su redacción se hizo al mismo tiempo o en partes anteriores a la **Capitulatio**, consigna Torres en su “Historia del Derecho Español”.

26. **LEX THURINGORUM.**—“*Lex Angliorum et werinorum hoc est Thuringorum*” o simplemente “*Lex Thuringorum*”, contiene el Derecho de los anglios y warnos en la Turingia.

“Esta **lex** mantiene estrecha relación, escribe Torres, con la **Lex Ribuaría** y la **Lex Saxonum**.”

La ley de Turingia fué redactada en 802 y 803.



27. **Ley Burgundia o LEX GUNDEBALDA.**—*Lex Burgundionum* llamada también ley Gundebalda por el rey de ese nombre que le mandó a redactar. Contiene una serie de reglas formuladas en el año 505. Se le agregaron luego varias Novelas que modificaron su texto primitivo y que revelan que fueron elementos introducidos en su redacción en épocas diversas visigoda y romana. No es ley germánica pura y sus normas se aplican a los nacionales y extranjeros en los procesos mixtos.

28. **LEGES LANGOBARDORUM (legislación longobarda).**—Esta legislación longobarda es extensa y varia; de gran importancia en el Derecho germánico. Utiliza el texto del **Edictus Rotari** (Edicto de Rotario) del 643. Está influenciada por el **Codex revisus Leovigildi**; pero su precedente más directo está en el Derecho Romano. Fuente germana de gran pureza en muchas ocasiones. Contiene fragmentos del Edicto de Rotario y de otras leyes de Grimoaldo (668), Liutprando (713-735), Ratchio (749) y Astulfo (755).

29. **LEX FRINONUM.**—*Lex Frinonum* no es una Ley: un trabajo privado. Está compuesto de varios materiales que corresponden a distintas épocas. Epoca pagana. Tiempos cristianos. Su redacción es del siglo VIII o de principios del IX. Tal vez fué sólo un proyecto de ley futura como sugiere M. Torres. Utiliza su redactor la **Lex Alamannorum** y la **Thuringorum**, aunque en corta medida según Zeumer. Tiene un apéndice: "**Additio sapientium**". Son compilaciones de consultas jurídicas de dos famosos juristas: Wlemar y Saxmundo. Tal es la opinión de Weishimer.

30. **Leyes anglosajonas.**—Los anglosajones no llegaron jamás a redactar una ley única que contuviera su Derecho. Su legislación está vertida a su idioma nacional y popular.

Las leyes de Etelbertul se aplican en el reino de Kent (601-604), y en otras regiones las de Hlodhearío y Eadnar (685-686); las de Wihtraedo (690-695); y las de Inal en el reino de Wexsex (688-695).

31. **Leyes Romanas (LEX ROMANA WISIGOTHORUM, LEX ROMANA CURIENSIS, LEX ROMANA BURGUNDIONUM).**—De las leyes romanas que se aplicaron en los tiempos de los bárbaros las más importantes fueron la **Lex romana Wisigothorum**, **Lex romana Curiensis** y **Lex romana Burgundionum**. Proceden de textos escritos por los romanos, aunque reflejan, dice Glasson, el Derecho Romano vulgar.

32. **Breviario de Alarico y su contenido en el orden que se presentan sus diferentes partes.**—**Lex Romana Wisigothorum** fué redactada por orden de Alarico II, rey de los visigodos, uno de los pueblos

bárbaros que desplazaron al Imperio Romano en Occidente de todas las comarcas incluidas en las prefecturas de Italia y las Galias, o sea, Italia, las Galias, España, Ilirias, la isla de Bretaña, el Africa occidental y las islas occidentales también del mar Mediterráneo, cuando se desplomó ese imperio con la deposición del último César Rómulo Augústulo.

A la cabeza del acto de promulgación de la Ley romana Visigoda figuraba el nombre del glorioso monarca que había extendido sus dominios en las Galias situadas al mediodía del Loira y toda España, fuera de Galicia, y gran parte de Lusitania, donde dominaban los suevos. Esta promulgación o **auctoritas** era la historia abreviada de su redacción.

Alarico confió a una Comisión compuesta de sacerdotes y de **nobilis viri** hacer los extractos y resúmenes de las Leyes Romanas para evitar toda oscuridad y mala interpretación. Redáctase entonces un proyecto por los "prudentes" y se somete el texto a una Asamblea Popular compuesta de provinciales electos que le aprobarán tomando como patrón la **Concilia Provincial**, según explica Sohm.

Esta ley romana visigótica se promulgó de seguido por órgano de su refrendatario Aniano: la **auctoritas** de Alarico II "fué dada en Tolosa a los 22 años de su reinado que corresponde al año 506", al decir de M. Torres. Pero hay aquí error. El año 503 el rey de los visigodos Alarico había muerto en la batalla de Vugle, que libró con el rey de los francos Clodoveo, y a consecuencia de la cual perdieron los primeros vastas regiones de las Galias. Sucedióle Teodorico, a quien la Historia ha aplicado el sobrenombre de Grande, y quien estando en posesión de Italia desde hacía 14 años, llegó a ser, de hecho, el rey también de esos visigodos, hasta su muerte en 526, habiéndose extendido durante su reinado el dominio de los godos sobre Italia, Panonia, Dalmacia, el mediodía de las Galias y gran parte de Italia. De manera que en el año 506 era Teodorico y no Alarico quien gobernaba en la Galia narbonesa cuya capital era la ciudad de Tolosa.

Esa ley de Alarico abrogaba las otras leyes romanas. **Lex Romana Wisigothorum** está reflejada en grupos de textos que en el siglo V constituían la ley escrita de los romanos: el **Jus** y las **Leges**.

Estas leyes romanas visigodas de Alarico figuran en forma de extractos, o sea, en un breviario propiamente dicho.

He aquí el contenido, en el orden que presentan sus diferentes partes: Código Theodosiano. Novelas de los emperadores Teodosio II, Valenciano III, Marciano, Mayoriano y Severo. **Institutas** de Gayo (breviario intitulado **Liber Gaius**). Sentencias de Pablo. Código Gregoriano. Código Hermogeniano representado por dos Constituciones. Responsas de Papiniano representadas por un solo extracto del libro primero. Ulpiano y Modestino no están representados en el Breviario.

33. **Edicto de Teodorico.**—*Edictum Theodorici* se redactó en el reino de los ostrogodos antes del 508. Se utilizó Derecho pre-justiniano. Comprendía 155 capítulos. Se incorporaron a este edicto de Teodorico otros edictos breves, de análogo contenido ya del mismo Teodorico o de Alarico su antecesor.

Este Derecho romano-ostrogodo, fué reemplazado en Italia por el Derecho de Justiniano, cuando la caída del Estado bárbaro.

34. **Capitulares.**—Explicamos ya lo que eran estas Capitulares emanadas de los monarcas. Contenían material religioso o profano. Se denominaban así: Capitularia Eclesiástica o laica (Capitularia Munda-na). A veces comprendían una y otra materia y se llamaban Capitularias Mixtas.

Ordinariamente se aplicaban las normas de estas Capitulares para regular el Derecho Público y rara vez afectaban el Derecho Privado.

Se dividen las Capitulares en **Capitularia legibus aedenda** que eran el contenido de las leyes; **Capitularia per se escribenda** cuyo contenido era independiente. Se dictaban por el monarca con el auxilio de los magratos.

Además había la **Capitularia Missorum** que consistía en las instrucciones dadas por el Rey a los **missi dominici**.

Hasta Carlomagno esas Capitulares llevaron el nombre de **auctoritas, decretio, decretum, edictum y praeceptio**, y desde este ilustre personaje de la Historia, ya en el siglo octavo, es cuando reciben el nombre definitivo de **capitulares, capitula y capitulatio**.

35. **Fórmulas y sus colecciones.**—En la época franca se utilizaban en la redacción de los documentos formularios y colecciones de fórmulas. Se redactaron ya utilizando documentos auténticos o ya los trabajos de los juristas privados. Influyeron estas fórmulas en la vida jurídica y transformaron paulatinamente la legislación de los bárbaros y de los pueblos subyugados. Existen vínculos entre sí, que unen esas verdaderas familias de formularios:

A) **Formulae Andecanenses.**—Redactadas en Angers en el siglo VII. Su contenido es mixto: franco y romano.

B) **Formulae Marculfo.**—Redactada en el siglo VII. Debe su nombre al monje Marculfo. Se utiliza para cartas reales y documentos privados (**cartae pagenses**). Contiene el Derecho sálico y el del siglo VIII completo: **Supplementum formulae Marculfo**.

C) **Formulae Turonenses.**—Redactada en Tours a mediados del siglo VIII. Se hacen alusiones en ella a la **Lex romana Visigothorum**.

D) **Formulae Flaviriacenses.**—Deriva el nombre de Flavigny su autor. Redactada en el siglo VIII. Es una reforma de las fórmulas de Marculfo y Tours, con algunas adiciones.

E) **Formulae Bituricensis.**—Debe su nombre a su redactor Bourges. Su texto es de épocas distintas. Falta sistema en su elaboración. En su mayor parte fué escrita en el período de Carlomagno y tal vez mucho antes del siglo VIII.

F) **Formulae Arrernenses.**—Redactada en Clermont (Auvernia), antes del 761.

G) **Formulae Senonenses.**—También llamada “Apéndice de Marculfo (**Appendix Marculfo**)”. Redactada en Lens en dos etapas diferentes. La primera parte anterior al año 773, y la segunda en tiempos de Ludovico I.

H) **Formulae Salicae Bignonianae.**—Es anterior al 775. Deriva de la “terro salicae”.

I) **Formulae Salicae.**—Llamada también **Merckellanae**, derivado de Merckel: su primer editor. Influenciada por el Derecho Sábico. Redactada el 775.

J) **Formulae Salicae Lindenbroginae.**—Obedece su nombre a Lindenbruch su primer editor. Está bajo la influencia del Derecho sábico de fines del siglo VIII.

K) **Colección de Pithou.**—Se conserva sólo un fragmento del manuscrito del humanista Pithou. Es una colección de origen sábico del siglo VIII.

L) **Formulae Imperiales.**—Fué redactada en la Cancillería para la redacción de los documentos imperiales. Probablemente es del 830.

M) **Formulae Morbacenses y tres fórmulas de Estraburgo.**—Se originaron en el siglo VIII.

N) **Formulae Augienses.**—Está compuesta de colecciones de distintas épocas del monasterio de Reichenau. Influenciada por la fórmula de Marculfo. Se compone de tres cartas.

O) **Formulae Sangalienses Miscellanae y libro de formulae del obispo Salomón III de Constanza.**—Es de fines del siglo IX. Se compone de diversas fórmulas mezcladas que le han dado el nombre de misceláneas, y del libro de fórmulas redactadas por el obispo Salomón III en Constanza.

36. **Fragmentos de San Emerano (restos de tres colecciones del siglo IX).**—Se deben a San Emerano. Son parte de tres colecciones de la centuria nona.

Fueron redactadas bajo la influencia de las fórmulas **Senonenses y Lindenbroguinas**. Surgieron en el territorio bárbaro.

37. **Pequeña colección de Passau (Formulae Patavienses).**—Se le llama también **Cartularium Langobardicum**. Redactada por Passau an-

tes del 1070. Se editó en las **Formulae extravagantes**, en las fórmulas redactadas para la Justicia de Dios (**Ordines Judiciorum Dei**). Han sido estudiadas estas colecciones por el erudito Schwerin.

38. **Los Documentos (sistema documental germánico).**—Estos Documentos germánicos arraigan en el mismo sistema documental romano; pero en su evolución histórica han presentado rasgos originales.

Es de advertir que sólo los Documentos Reales (**diplomata, capitularia, placita**) tenían fuerza probatoria en sí y no necesitaban de la prueba testifical complementaria, según nos enseña H. Brunner y C. von Schwerin en su "Historia del Derecho Germánico".

Estos eran los documentos privados constitutivos o sea, la "**traditio cartae**" del régimen jurídico y los informativos ("**notitia**"): testimonios futuros de los asuntos o pleitos judiciales.

La confirmación del documento se hacía en diversas formas; pero la típica consistía en recoger del suelo el documento arrojado al mismo por la otra parte contratante ("**levatio cartae**").

39. **Literatura Jurídica.**—Hay que mencionar como literatura jurídica de la época la "Glosa Malobergia" de la Ley Sállica y las pequeñas glosas de la legislación bárbara: "Leges Alamannorum", "Leges Bacuwavorum" y "Edictus Rotari".

LIBRO TERCERO  
HISTORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO FRANCES  
Y  
DE LAS LEGISLACIONES MODERNAS



## CAPITULO I

### LOS TRES PERIODOS DEL DERECHO FRANCES. DIVISION DE FRANCIA EN PAISES DE COSTUMBRES Y DE DERECHO ESCRITO. PRIMERAS TENTATIVAS DE CODIFICACION

1. División histórica del Derecho francés. 2. El Derecho Romano seguido en las Galias y el régimen de la personalidad de las leyes, después de la invasión de los bárbaros. 3. **División territorial del Antiguo Derecho Francés**: legislaciones locales anteriores a la Revolución; línea de separación geográfica; las Costumbres y las Divisiones secundarias; redacción de las Costumbres y sus efectos; recopilación de las Costumbres. 4. Preponderancia de la Costumbre de París y reforma de las Costumbres. 5. Diversos factores en la unidad del Antiguo Derecho. 6. **Derecho Canónico** (textos, **Corpus Juris Canonici**): Tribunales Eclesiásticos, apogeo de la legislación canónica (s. XIII); su sustitución por las Ordenanzas Reales. 7. **Ordenanzas Reales**: el Poder Legislativo de los monarcas francos (**Edictas, Capitulares**); el Feudalismo y la autoridad de los Reyes (s. IX); países de "la Obediencia del Rey"; variedades de las Ordenanzas (Ordenanzas propiamente dichas; Edictos; Declaraciones; Letras Patentes); recopilación de las Ordenanzas y lista de Ordenanzas principales. 8. **Doctrina y Jurisprudencia**: jurisconsultos notables; precursores; antiguas recopilaciones de Jurisprudencia y tentativas de Codificación. 9. Demandas de los Estados Generales. 10. Obra de Colbert. 11. Decretos de Lamoignon. 12. Obra de d'Aguesseau. 13. Obstáculos con que se tropezó la Codificación (s. XV). 14. Caracteres del Derecho Consuetudinario, sus fuentes y su incertidumbre. 15. **Caso en que la costumbre no era conocida por el Tribunal**: cómo se hacía la prueba de la Costumbre; Informativo Ordinario; Informativo por turbas ("inquisitiones por turbam"); inconvenientes de los Informativos como medios de pruebas de las costumbres; Cartas de costumbres para evidenciar las costumbres locales; autoridad de las costumbres generales y su redacción oficial; Ordenanza de Montilz-lez-Tours del 1453; poderes que usaron los redactores; uniformidad; interrupción de la unidad de las costumbres y conversión de éstas en Derecho escrito. 16. Terminación de la influencia del Derecho Romano, y derogación de la costumbre por el uso contrario. 17. Diversidad y número de las costumbres. 18. **Unificación del Derecho Francés** (Dumoulin, Lamoignon); Estados Generales; Estados de Blois (1576); Estados del 1614; Parlamento de París; fracaso de las tentativas de unificación. 19. **Derecho Común** (Gui Coquille, Pothier y Derecho Común extraído de los intérpretes; etc.) 20. Actos legislativos emanados del Rey (Edictos, Declaraciones, Letras Patentes, Pragmáticas). 21. Codificación de las Ordenanzas por

Bernabé Brisson (1603); Código de Enrique III; Ordenanzas de Colbert: **Código Negro**. 22. **Código Michaud** (1629). Ordenanzas de d'Aguesseau (Ordenanza de las Donaciones; Ordenanza de los Testamentos; Ordenanza sobre Sustituciones fideicomisarias; Ordenanza de la Falsedad principal y de la Falsedad accidental (reconocimiento de firmas en materia criminal). 23. Influencia del Derecho Canónico sobre la uniformidad del Derecho Antiguo y aplicaciones de ese Derecho Canónico por las jurisdicciones seculares (Matrimonio; Separación de Cuerpos; cuestiones de Estado y de legitimidad). 24. Características del Antiguo Derecho Francés: diversidad de las reglas según el territorio; desigualdad de las personas y de los bienes; influencia de los dogmas y de la legislación canónica.

**BIBLIOGRAFIA:** Baudry-Lacantineri y Houques-Fourcade (M), "Tratado de Derecho Civil (Introducción)"; Berriat-Saint-Prix, "Historia del Derecho Romano"; Bonnier (E), "Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal (1913)"; Camus, "Profesión de Abogado (1775-1782)"; Esmein (A), "Historia del Derecho francés (1919)"; Foignet (R), "Elementos de la Historia del Derecho francés (1908)"; Glasson, "Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia (1887-1903)"; Gavet, "Fuentes de la Historia de las Instituciones y del Derecho (1899)"; Klimrath, "Trabajos sobre la Historia del Derecho francés (1843)"; Laurent (F), "Principio del Derecho Civil (ed. española, 1917)", **Introducción**; Loaré, "Legislación Civil, etc"; Schrader, "Atlas Histórico de Francia"; Viollet (P), "Historia del Derecho Civil francés (3a. ed., 1905)".

1. **División histórica del Derecho francés.**—El Derecho francés se divide por su evolución histórica en tres períodos perfectamente caracterizados. Derecho Antiguo. Derecho Intermediario o Revolucionario. Derecho Nuevo o Moderno.

El Derecho Antiguo existió con anterioridad al 17 de junio del 1789, o sea, el momento en que las **Comunas** se declaran constituidas en Asamblea Nacional. Derecho Intermediario o Revolucionario comprende todos los actos legislativos posteriores a esa fecha, del 17 de junio del 1789 que inaugura la Revolución francesa, en la famosa Asamblea de Versalles, en que los tres estados se reunieron por separado, de acuerdo con el doble principio de "Libertad e Igualdad", y que complementado con el de "Fraternidad" consagraron el inmortal lema que debía legar un nuevo orden democrático al mundo. Además abarca este Derecho los actos que antecedieron a la promulgación del **Título Preliminar** del Código Civil del 24 ventoso, año XI, esto es, del 15 de marzo del 1803.

El Derecho Nuevo o Moderno empieza en esta postrera data hasta el presente: está integrado así por el Código Civil, los otros Códigos y los ulteriores actos legislativos.

"Esta división en tres períodos, escriben Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade, no tiene nada de artificial. En sus puntos de se-

paración, el Derecho francés ha sufrido las transformaciones más profundas a que puede hallarse expuesta una legislación”.

**2. El Derecho Romano seguido en las Galias y el régimen de la personalidad de las leyes, después de la invasión de los bárbaros.**— Es un hecho ya establecido en la historia de las instituciones jurídicas de Francia, que cuando los bárbaros desplazaron de las Galias al Imperio de los césares latinos, los galo-romanos conservaron su Derecho nacional. No era posible una inmediata asimilación de las costumbres de los conquistadores por parte de los vencidos o una adaptación de los primeros al Derecho escrito de estos últimos. Tampoco podía ser instantánea la fusión entre dos civilizaciones y razas tan diversas. “La diferencia de las razas y de las civilizaciones que la invasión había puesto en frente de otras será demasiado fuerte, agregan Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade en la **Introducción** de su tratado de “Derecho Civil”, para que fuera posible una asimilación inmediata entre los pueblos conquistadores, regidos por la costumbre, y los pueblos conquistados, sometidos al Derecho Romano. Cada individuo, por lo tanto, sea cual fuere la raza a que perteneciera, y sin distinción entre vencedores y vencidos, debió vivir bajo el imperio de su ley o su costumbre de origen, con la condición de que por ésto no atentara a la unidad de los nuevos reinos, o de que no fuera invocada contra el mismo conquistador”.

Sabemos que entonces se implantó en el país galo sometido el régimen de la personalidad de las leyes de que nos hablan los citados maestros: **cada individuo debía vivir bajo el imperio de su ley o su costumbre de origen**, siempre que no atentara la unidad de los nuevos Estados, o de que no fuera esgrimida contra el propio bárbaro invasor. Este sistema no debía desaparecer en Francia hasta los siglos X y XI, según consigna Esmein en su “Historia del Derecho francés”. **La monarquía franca cuenta tantas leyes como razas sometidas.**

Pero estas leyes de consuetudinarias como fueron en sus comienzos, refiere Viollet en su “Historia del Derecho Civil francés” se convierten en leyes escritas.

Vimos en el capítulo precedente al historiar el Derecho germánico, como las leyes bárbaras (“Leges barbarorum”) se aplicaban a los conquistadores del Rhin, y las leyes romanas (“leges romanorum”) seguían rigiendo a los galo romanos. “Estas leyes eran recopilaciones a veces profundamente alteradas de la legislación de Roma, dice Esmein, con el fin exclusivo de conciliar los textos antiguos con las necesidades que iban surgiendo en la práctica.” Hemos estudiado estas leyes antes y sólo enunciaremos las principales para hacer memoria en esta ocasión.

Ley romana Visigoda o Breviario de Alarico II, la cual extendía su autoridad en toda la monarquía de los francos, y sólo fué reemplazada por la compilación de Justiniano.

Ley romana Burgundia, menos completa que la anterior, aun bajo Gundebaldo, y que se aplicaba en todos los casos en que no existiera un texto legal que pudiese ser invocado, lo que vale decir, en todos los puntos no reglamentados.

Las leyes más importantes a que estaban sometidos los germanos y de que también dimos razón en otra oportunidad, fueron las siguientes: ley sálica, ley ribuarria, ley burgundia o **Gombette** y ley visigoda.

La regla era que la ley era personal en este período que estamos analizando. Pero debemos consignar algunas excepciones a este principio de la personalidad de las leyes.

Algunos actos emanados del soberano que ejercía el poder legislativo en toda su plenitud, se aplicaban a todos los súbditos indistintamente, escriben Lacantinerie, Viollet, Esmein, Foignet, etc. Tales eran las **Decreta** o **Edicta** de los merovingios. Las **Capitula** o mejor, **Capitulares** (nombre genérico), de los carolingios.

La excepción que resultaba del papel general supletorio de la costumbre: **a la costumbre incumbe colmar las lagunas de todas las leyes escritas; pero no tenía fuerza contra ellas.**

Otra excepción constituía la vigencia general en ciertas materias, del Derecho Canónico, según explica Glasson y repiten todos los tratadistas modernos. Gavet, en su documentada obra intitulada, "Fuentes de la Historia de las Instituciones y del Derecho", publicada el 1899, nos da las fuentes que contribuyeron a formar esa materia religiosa.

Al lado del Derecho general levantó su edificio jurídico la legislación propia de la Iglesia: el Derecho Canónico surgió del uso y de las decisiones de las autoridades del poder legislativo eclesiástico. "Tuvo como fuentes este Derecho Canónico, añade Gavet, los textos de la Escritura, los escritos de los Padres de la Iglesia, las costumbres de la misma Iglesia, los decretos de los Concilios y las decretales de los Papas. También algunas de sus reglas fueron tomadas al Derecho secular, principalmente de los Derechos Germánicos y Romano. Implantando Capitulares eclesiásticas de monarcas francos."

Había un hecho cierto que era indispensable acatar: la impracticabilidad progresiva del principio de la personalidad de las leyes. Glasson enumera las causas que contribuyeron a aniquilarle. La principal para este esclarecido jurista fué el nacimiento de las costumbres territoriales. "El sistema de la personalidad de las leyes, dice, acabó por ser impracticable: estorbaban las transacciones entre personas de razas diferentes, sobre todo, después de la fusión de las razas. Era complicado averiguar el origen del demandado y la ley que podía

invocar. Además la ignorancia del juez que estaba incapacitado para conocer tantas leyes diferentes”.

De modo que poco a poco fueron cayendo en desuso las normas de las *leges* y las capitulares, como leyes escritas, para trocarse en reglas consuetudinarias. A fines de la oncenava centuria la Costumbre campea sola y extiende su imperio sobre todos: de personal la ley se transforma en territorial: **cada Justicia soberana tuvo la suya**. Predominó la ley de la raza más numerosa, apunta Esmein, más o menos influida según los países, por el Derecho Romano o el Derecho Germánico.

Sin embargo, desde la misma época del apogeo de las leyes bárbaras, no habían escapado por completo los dominadores del influjo de las instituciones romanas: bajo la sugestión de la Iglesia y de los patricios, los galos no dejaron de hacer uso del testamento y de instrumentar actos escritos para la verificación de hechos jurídicos importantes de la vida cotidiana en sus relaciones con los negociantes dominadores que trataban por su propia cuenta, y sometíanse voluntariamente a las formas del Derecho latino. De tal contacto y prácticas jurídicas de los vencidos, brotó el renacimiento del Derecho Romano en pleno siglo XI, tanto en Francia como en Italia, y que irradió e hizo sentir profundamente su estudio sobre el Derecho Público, en el sentido de impulsar hacia la unidad del Estado. “En el dominio del Derecho Público la influencia del estudio del Derecho Romano tuvo como resultado, dicen Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade hacer restituir al Rey el poder legislativo, el que había ejercido cada barón en su señorío como un atributo de soberanía, del cual no estaba investido el mismo Rey sino en su calidad de barón y sólo en la extensión del dominio de la corona. Paso entre paso el Rey conquistó, con ayuda de los legistas, el derecho de dictar leyes obligatorias para todo el reino. Bajo el nombre de establecimiento u Ordenanzas emanadas del Rey o de los grandes feudatarios, la ley escrita vuelve a ser así una fuente del Derecho, y por reunión de los grandes a la Corona de Francia, el poder real entra en posesión exclusiva de la prerrogativa de legislar.”

**3. División territorial del Antiguo Derecho Francés: Legislaciones locales anteriores a la Revolución; línea de separación geográfica; las costumbres y las divisiones secundarias; redacción de las costumbres y sus efectos; recopilación de las costumbres.**— Empero no sólo influye el estudio del Derecho Romano sobre el Derecho Público, sino que se reflejó en el Derecho Privado y la nueva interpretación de los textos de Justiniano tuvo mayores efectos: “la doctrina y la Jurisprudencia encontraron principios en que apoyarse y un mejor método lógico para desenvolverse”, y hasta la misma legislación francesa, dice Viollet, según las regiones más o menos violenta, “recibió el choque que la modificó profundamente”. En el Mediodía las leyes romanas que se

habían estado aplicando, aunque más o menos alteradas por los usos, se practicaron como verdadero Derecho escrito con la aquiescencia de las poblaciones y sin autorización del soberano. Sustituyóse entonces en esos países el Derecho Romano a la costumbre por sólo la fuerza del uso. La Costumbre resistió mejor según Coquille en el norte y centro de Francia, en donde había permanecido más rebelde a la influencia del Derecho Romano: “éste no fué recibido allí sino como razón escrita para remediar la insuficiencia de las reglas consuetudinarias, bien que a veces fué poderoso para enmendar las costumbres.” Tal fué el origen de la división de Francia, desde el punto de vista legislativo, en países de costumbres y de Derecho escrito.

Esta división marcada netamente subsistirá desde los comienzos del siglo XIII hasta la promulgación del Código Civil.

“Circunstancias históricas contribuyeron a dividir a Francia en una multitud prodigiosa de sociedades pequeñas, dice Laurent, de las que cada una tenía su Derecho diferente. Sábese el papel considerable que representaba en la historia de la Codificación, la división de la antigua Francia en países de **Derecho escrito** y en países de **Derecho no escrito**. En los primeros se seguía el Derecho Romano; en los otros las costumbres de origen germánico.”

Los trabajos de Savigny acerca de la Historia del Derecho Romano en la Edad Media explican la causa de esta célebre división. Dominaba el Derecho Romano en el Mediodía de las Galias porque las ideas y las costumbres latinas habían dejado allí sus profundas raíces, según observa el mismo Laurent en su **Introducción** al “Derecho Civil”, mientras que en las provincias del norte la civilización edificada por Roma había sido socavada y destruída por los bárbaros y sustituida por la cuasicivilización germánica. Berriat-Saint-Prix en su “Historia del Derecho Romano” da la repartición exacta de los países de Derecho escrito por provincias y departamentos.

Estaba Francia partida en dos: Mediodía: Derecho Romano: Derecho escrito; norte: costumbres de formación posterior en fecha y de espíritu germánico. Los países de Derecho escrito eran Guiena, el Languedoc, la Provenza, el Delfinado, el Leonés, el Beaujolais, el Forez y la Auvernia, de acuerdo con el citado Saint-Prix. En las Cartas Patentes de San Luis del 250, se hallan las más remotas huellas de tal estado de cosas, y allí se habla de varias provincias del Mediodía: “Esta tierra se rige desde tiempo inmemorial y rígesse todavía por el Derecho escrito, escribe Laferrière en su “Historia del Derecho francés”. El monarca Luis IX sanciona esta división legal de Francia, mandando que se siga el Derecho Romano en esos países, pero no define cual fuera tal Derecho escrito. Laurent aclara ese Derecho: “Cuando la caída del Imperio, el Derecho Romano era el Derecho de las Galias. Se mantenía como fuero en las provincias del Mediodía.

Era el Derecho de Roma, tal como existía antes de Justiniano, esto es, el Código Teodosiano y los escritos de los jurisconsultos. El Digesto no penetró en las Galias sino hacía el siglo XI".

"Antes de la Revolución existían, pues, en Francia, gran número de legislaciones locales que con cierto aire de familia, agrega Planiol, diferían notablemente en algunos puntos".

Como explican los autores en el origen de esa división encontramos no una, sino varias causas históricas. El Derecho Romano que provenía de Italia se había aplicado a las provincias meridionales que habían sido latinizadas y conquistadas más profundamente que el resto de las Galias. "Los bárbaros que ocuparon las provincias meridionales, expone Planiol en su **Introducción** al Derecho Civil, esto es, los visigodos y burgundios, dejaron la mitad en poder de los romanos, los francos que conquistaron las Galias enteras no ocuparon sino el norte: descendieron del bajo Rhin en que habían penetrado por los valles del Loira y del Rhone, en menor número a medida que se alejaban de su comunidad primitiva."

Eran así varias las fisonomías de las dos mitades de Francia desde el siglo VI y su Derecho tenía que tener radicales directrices: el Mediodía era latino y su Derecho escrito; el norte era casi germano y se regía por su Derecho no escrito o costumbrista. Durante largo tiempo se aplicó el sistema de las leyes personales: cada individuo estaba regido por su ley nacional, como consignamos: se declaraba la ley como profesión de fe: "Vivens lege salica, lege romana, etc." Pero de manera insensible la fusión de las razas se opera en el crisol de la Historia, y sustitúyense entonces a las leyes personales las leyes territoriales. En ese momento era natural que dada la composición étnica de las Galias, prevalecieran las tradiciones romanas en el Mediodía y los usos germánicos en el norte como ya asentamos. Esta división es muy antigua: pero ha tomado un delineamiento y rigidez con el tiempo que no tenía primitivamente.

Ya nos dijo Laurent que el Derecho Romano seguido en las Galias no era el de Justiniano, emperador bizantino del siglo VI: las Galias no habían recibido tal legislación en su aparición porque se separaron del Imperio en el curso de la quinta centuria, y el Derecho que estaba en vigor cuando se hicieron provincia Romana o se reincorporaron luego, estaba representado por las obras de los jurisconsultos clásicos del siglo III y por el Código Teodosiano del 438, como señaló el brillante comentarista belga. Es mucho más tarde que la obra justiniana, promulgada en Constantinopla del 529 al 534, se introdujo en Francia y penetró allí principalmente, por el influjo de las universidades, en los siglos XII y XIII.

Hay una línea de repartición geográfica entre esos dos grupos de países de Derecho escrito y de costumbres. Es frecuente indicar el

curso del río Loira como esa línea de separación entre unos y otros; pero es un error como le demuestra Schrader en su "Atlas histórico de Francia". Los países consuetudinarios van más allá del sud del Loira." El límite partiría, completa Klimrath en sus "Trabajos sobre la Historia de las Instituciones de Francia", desde Génova hacia el punto sud del Condado francés. Entonces la línea se dirigiría del este al oeste, abarcando el mar y siguiendo el curso de la corriente a partir de Saintes. L' Aunis, una parte de la **Saintonge**, Poitou, Berry, y una parte de la Mancha eran países costumbristas. Además los tratadistas refieren que los países de costumbres comprendían dos puntos hacia el sud: L' Angoumois y Auvernia, por lo menos, el valle de L' Allier, entre Saint-Flour y Puy.

En cuanto a los países de Derecho escrito sólo se extendían en las dos quintas partes de Francia, sin contar Alsacia que practicaba el Derecho Romano como todo el Santo Imperio. Algunos autores como Berriat-Saint-Prix aumentan la demarcación de esa línea de los países de Derecho escrito. Pero aceptando tales límites, como observa Planiol, "algunas provincias consuetudinarias quedarían regidas por el Derecho Romano".

A más de esa gran división en países de Derecho escrito y de costumbres, hay otra división secundaria consagrada por los expositores. En donde quiera que existía una jurisdicción independiente, los usos de esta región terminaban por constituir un cuerpo de doctrina y de resoluciones que se distinguían de los demás usos de las regiones vecinas. Así nacieron las costumbres. Lo más extraño en esto era que no sólo la porción territorial de Derecho no-escrito tenía costumbres, sino que el mismo Mediodía tenía también las suyas: hay una costumbre de Bourdeos, una Costumbre de Tolosa, etc. Pero estas costumbres meridionales tenían menos importancia que las del norte, "menos rica en soluciones, dice Planiol; y, sobre todo, menos lejos de las tradiciones romanas".

Entre las costumbres algunas tenían una jurisdicción extensa: se aplicaban a una provincia entera: costumbres de Anjou-Maine, de Borgoña, de Bretaña, de Nivernais, de Normandía, de París, de Poitou, etc. Se les llamaba costumbres generales: se cuentan hasta 60. Las otras eran costumbres particulares aplicadas a casos concretos por derogación de una costumbre general, y reducidas a una región determinada, y acaso a una villa o aldea. Eran las llamadas costumbres locales: se cuentan hasta 300. "Es propio de la naturaleza del Derecho no escrito, nos enseña Laurent, cambiar de una provincia a otra, de una a otra ciudad. Contábanse cerca de sesenta Derechos no escritos y de caracter general, llamados así, porque eran observados en una provincia entera, y trescientos locales, que no eran obligatorios más que en una ciudad, una villa o una aldea."

Las antiguas costumbres diferían de lo que hoy se llaman simples costumbres.

“Desde que se codificó el Derecho, agrega Laurent, las costumbres forman un Derecho no escrito: se entiende por eso un Derecho que no emana del legislador, que no está publicado, ni auténticamente justificado. Nuestras antiguas costumbres, por el contrario, formaban un Derecho escrito. Si se daba ese nombre por excelencia a las leyes romanas, era porque durante siglos no existieron las costumbres más que en la tradición”.

La carta de las costumbres ha sido publicada por Klimrath en sus “Trabajos sobre la Historia del Derecho francés”, en 2 volúmenes, el año 1843. Existe gran confusión en tal materia. Debemos separar primero los países de Derecho escrito, luego las provincias fronterizas costumbristas del norte y este: antiguas posesiones españolas y teutónicas, tardíamente adquiridas por Francia. Por último, apartemos las jurisdicciones de los parlamentos de Borgoña, de Normandía y de Bretaña, regidas cada una por una costumbre homogénea: v. g. forma de la jurisdicción del Parlamento de París.

De acuerdo con el mencionado “Atlas histórico de Francia” de Schrader, trazaremos una diagonal del N. O. al S. E. que atraviese por Dreux, Etampas y el Sena. La porción S. de esta línea representará el bajo Loira, más vasta que la otra del N. pero en donde las costumbres son menos numerosas. Por el contrario, en esa región al norte de la diagonal Dreux-Sena, esto es, en los bajos Sena y Somme, las costumbres superabundan.

Cambió la naturaleza del Derecho consuetudinario con la redacción oficial de las costumbres. “El Derecho no escrito, se convirtió en Derecho escrito, escribe Laurent.” Estas costumbres recopiladas y aprobadas formaron Códigos locales: no se podían proponer otras costumbres que las que se habían mandado a confeccionar a pedimento de los Estados y por orden del Rey.

Carlos VII resuelve su redacción por la Ordenanza de Montilz-les-Tours, el 17 de abril del 1453; pero no comenzó a ejecutarse esta disposición hasta Carlos VIII: la mayor parte de las costumbres datan del siglo XVI.

Los Estados Generales de Tours, en 1483, piden que la Ordenanza de Carlos VII se ejecute, según Isambert. Las primeras costumbres redactadas fueron las de Pothieu, de Perche, de Mortagne, de Bellesme, de Noguent-le-Rotrou y de Boulenois, sancionadas por el monarca el 28 de enero del 1488, de acuerdo con los historiadores del Derecho: Viollet, Glasson, Gavet, Esmein, Foignet. La Costumbre de París se redactó el 1510, exponen Laurent, Planiol, Baudry-Lacantinerie.

El principal efecto de la redacción de estas costumbres es que la fijación oficial del texto suprime la incertidumbre y variabilidad de

las mismas. Una vez redactada ya la costumbre dejó de ser un Derecho consuetudinario y se transformó en una verdadera ley. Pero esta redacción oficial no obstante no modifica el espíritu de la Costumbre: se contenta en consignar por escrito las reglas ya admitidas, anota Planiol.

“Pero la incertidumbre es la esencia del Derecho no escrito, apunta Laurent. Quéjase de ello Francia desde el siglo XIII. Pedro de Fontaine dice que su país casi carecía de costumbres y que apenas se encontraban asegurados algunos usos. Esto era un manantial de procesos y de dificultades para los jueces. Para remediar este mal tan grande, se dedicaron los legistas a recopilar las costumbres de su provincia o de su ciudad”.

Esta recopilación de las costumbres apareció en numerosas ediciones separadas. La mayor parte fueron compiladas en las **Costumbres Generales**, de Bourdot de Richebourg, que se publicó en París, 1724 (8 volúmenes). Conócense las **costumbres del Beauvoisis**, por Beaumanoir, “obra maestra de precisión y claridad”, según Laurent. Se encuentra una enumeración completa de esta colección de costumbres en Warnkonig, en el tomo II de su obra en alemán: “Französische Staatsund Rechtsgeschichte”.

Tales compilaciones no remediaron totalmente esa constante incertidumbre del Derecho por su falta de autenticidad. Por éso los Estados Generales congregados en Tours, demandaron una redacción oficial de las Costumbres. Carlos VII, por Real Cédula del 28 de junio del 1453, ordenó que se escribieran todas las Costumbres y se sometieran a la aprobación del Parlamento. El Rey declara: “que quiere abreviar los procesos y litigios entre sus súbditos, y descargarlos de los gastos que ocasionan los pleitos, poniendo, tanto como sea posible, firmeza en los juicios”.

**4. Preponderancia de las Costumbre de París y reforma de las costumbres.**—La Costumbre de París adquiere gran preponderancia entre las costumbres franceses por el prestigio que tenía la capital sobre las provincias y por ser centro de la alta cultura jurídica en esta época de donde se irradiaba al resto de la nación. “Entre todas las costumbres francesas, escribe Planiol, hay una que obtiene rápidamente la preponderancia: la de París. Su jurisdicción directa no es muy extensa, algunos lugares sólo alrededor de la Ciudad; pero París era la capital del reino: su Parlamento tenía una jurisdicción muy vasta y ejercía en la jurisprudencia de las otras provincias una influencia considerable. Era, además, el foco principal de los estudios de Derecho, sobre todo en el siglo XVI”.

En verdad esta supremacía de la Costumbre de París se la dieron sus famosos legistas, entre los cuales figuraba a la cabeza el íntegro y clásico Dumoulin.

Pero estas costumbres que empezaron a redactarse en el siglo XVI debían ser revisadas: a ésto se le llama la "reforma de las costumbres". Se hizo tal reforma bajo la piqueta de las críticas de Dumoulin y d'Argentré enderezadas a la primera redacción.

Fué pedida la reforma de las costumbres de su país por los Estados de Bretaña: en su sesión del mes de octubre del 1574. Le siguieron los Estados de Blois, en 1576, formulando la misma demanda para el resto de Francia.

Las primeras costumbres reformadas fueron las de Bretaña y de París, el año 1350. Después se reformaron las costumbres de Normandía y Orleans el 1583. Se denominó entonces "antigua costumbre" a la redacción anterior.

**5. Diversos factores en la unidad del Antiguo Derecho.**— El Antiguo Derecho francés tiene diversos factores que forman su unidad o son verdaderos aglutinantes del mismo en su formación histórica. Derecho Canónico. Ordenanzas reales. Doctrina y Jurisprudencia.

**6. Derecho Canónico (textos, CORPUS JURIS CANONICI): Tribunales eclesiásticos; apogeo de la legislación canónica (s. XIII); su sustitución por las Ordenanzas Reales.**— Es el Derecho Canónico el conjunto de reglas por las cuales se rige la Iglesia Católica. Se aplicaba a Francia y los otros países que profesaban dicha religión. Sus fuentes principales eran los textos y el "Corpus Juris Canonici".

Esos textos eran la Escritura Sagrada, los estatutos de los Concilios, las **Decretales** de los Papas y las sentencias de los Patriarcas. Sus cánones son recopilados por el "Corpus Juris Canonici" y aplicados por sus doctores, sus Tribunales, los "oficiales" o Tribunales del Obispado. Estos últimos desempeñaron muy importante papel y extendieron su jurisdicción a muchos asuntos ahora de los Tribunales Ordinarios: el sacramento del matrimonio les había servido para intervenir en casi todos los convenios de la familia y sus vinculaciones: donaciones, testamentos, filiación, adulterio, etc., y hasta en todos los contratos que entraban en su competencia con motivo del juramento que garantizaba su ejecución.

El Derecho Canónico está ahora confinado al orden religioso. Tuvo su apogeo y mayor desenvolvimiento en el siglo XIII, en pleno medioevo; pero paulatinamente fué sustituido por las Ordenanzas Reales, aun dentro del dominio restringido que le quedaba.

**7. Ordenanzas Reales; el Poder Legislativo de los monarcas francos (EDICTAS, CAPITULARES); el Feudalismo y la autoridad de los Reyes (s. IX); países de "la Obediencia del Rey"; variedades de las Ordenanzas (Ordenanzas propiamente dichas; Edictos; Declaraciones; Letras Patentes); recopilación de las Ordenanzas; Lista de Ordenanzas**

**principales.**— Los monarcas francos tenían en sus manos el Poder Legislativo como los Emperadores romanos: dictaban **edictas** y **capitulares**. Perdieron esas facultades cuando el Feudalismo arruinó la autoridad real con la creación de los pequeños señores feudales que campearon en el siglo IX. Cuando declinó el sistema feudal y la monarquía se reconstruyó, los sucesores de los antiguos Reyes recobraron la primitiva autoridad legislativa. De modo distinto que el Derecho Canónico, la legislación real siguió una trayectoria ascendente desde el siglo XIII.

Esa legislación se aplica primero a los países de “la obediencia del Rey” y se expande luego a toda Francia cuando la realeza abate el poder de los “señores” y absorbe sus feudos: Borgoña en 1477; y Bretaña, en 1491-1532.

Las Ordenanzas Reales en los últimos siglos de la monarquía francesa, forman una legislación uniforme, aunque la negativa de registro de las mismas por parte del Parlamento en ocasiones hace que muestre todavía algunas irregularidades entre sí y su imposibilidad de ejecución. Con frecuencia estas Ordenanzas eran registradas en una jurisdicción pero resultaban letra muerta en otras jurisdicciones en que no podía obtenerse la misma formalidad en esos registros por la autorización parlamentaria.

Existían variedades en las Ordenanzas Reales. Ordenanzas es un término genérico. Se distinguían tres en los postreros tiempos. **Ordenanzas propiamente dichas:** abarcan un conjunto de materias diversas. **Edictas:** se refieren sólo a un asunto especial. **Declaraciones:** interpretan edictos u ordenanzas. **Letras Patentes:** atañen exclusivamente a los intereses privados (concesiones, donaciones o privilegios).

Son numerosas las Ordenanzas Reales. Su colección forma recopilaciones considerables, aunque muy pocas son de Derecho Privado. Hay algunas Ordenanzas que podrían satisfacer a la crítica moderna más severa.

Podemos mencionar la gran colección de las **Ordenanzas de los Reyes de Francia de la Tercera Dinastía**. Esta es conocida como la **Colección del Louvre**. Fué impresa en el 1723 por Laurrière, y continuada por la Academia de Inscripciones. Comprende sólo las Ordenanzas Reales hasta el 1514. Forma 23 volúmenes in-folio.

Otra colección notable es la llamada **Recopilación de Isambert** que fué publicada en 1827, en 29 volúmenes in-8o., por M. M. Jourdan Decrusy e Isambert. Su título oficial es el de “Recopilación General de antiguas leyes francesas”: data desde los orígenes de la monarquía franca hasta 1789.

La lista de las Ordenanzas es como sigue:

**Ordenanza de Villers-Cotterets** de agosto del 1539. Obra del canciller Poyet que trata de la materia judicial.

**Edicto sobre matrimonios clandestinos** de febrero del 1556 (celebrados por hijos que no tienen el consentimiento de sus padres).

**Edicto sobre segundas nupcias** del mes de julio del 1560. Es dada bajo Francisco II. Es obra del canciller del Hópital.

**Ordenanza de Orleans de enero del 1561** (nuevo estilo). Es dada por el mismo canciller del Hópital a los requerimientos de los Estados de Orleans.

**Ordenanza de Orleans de enero del 1561** (nuevo estilo). Es dada la Justicia.

**Ordenanza de Blois** de mayo del 1579; firmada en París; pero a los requerimientos de los propios Estados de Blois.

**Edicto abrogando S. C. Vellén** y concediendo capacidad a las mujeres casadas para obligarse con la autorización de sus maridos. Es firmado el mes de agosto del 1606. Renovado en 1683 por Bretaña. Extendido en 1703 al Franco-Condado.

**Declaración que conlleva poder para suceder en materia de hipotecas de antiguos acreedores sin cesiones de dichos créditos:** creación de un modo de subrogación legal. Es de mayo del 1609.

**Ordenanza de Marilhac o Código Michaud** de enero del 1629. Es obra del canciller Michel de Marilhac.

**Abrogación de la Ley Julia** sobre inajenabilidad de los fondos dotales (del mes de abril del 1665).

**Ordenanza sobre la reforma de la Justicia** de abril del 1667 que es llamada "Ordenanza Civil". Es obra de Colbert.

**Edicto creando secretarios especiales para registrar las oposiciones de los acreedores hipotecarios.** (Tentativa de Colbert para establecer la publicidad de las hipotecas).

**Ordenanza sobre las Donaciones** de febrero del 1731.

**Ordenanza sobre los testamentos** de agosto del 1735.

**Ordenanza sobre las sustituciones fideicomisarias** de agosto del 1747.

**Ordenanza sobre la gente de mano muerta** (esclavos, cuerpos eclesiásticos, etc.). Es de agosto del 1749. Estas últimas cuatro Ordenanzas son la obra del canciller d'Aguesseau.

**Edicto creando un procedimiento nuevo para la purga de las hipotecas** y a la vez revocando los decretos voluntarios. Es de junio del 1771.

8. **Doctrina y Jurisprudencia:** jurisconsultos notables; precursores; antiguas recopilaciones de Jurisprudencia y tentativas de Codificación.— La doctrina la forman las opiniones emitidas por los legistas en sus obras. Estos juristas han querido en todos los tiempos conse-

guir la unidad de la legislación; pero "es dudoso que ese espíritu existiera antes del siglo XVI", según Planiol.

Están de acuerdo los autores en que dos grandes influencias sociales se movieron para formar ese espíritu de unificación del Derecho francés: la enseñanza de las universidades que tendían a difundir las legislaciones unitarias tales como el Derecho Canónico y el Derecho Romano. Sobre todo este último, el cual poseía en sus preceptos "un poder lógico que crea la imperiosa necesidad de la unidad del Derecho", como asegura René Foignet en "Elementos de la Historia del Derecho francés".

La segunda influencia que se menciona es el régimen monárquico que por su índole centralista trata de unificar la legislación. "El régimen monárquico cada vez más centralista, dice Planiol, y que tiende a la monarquía absoluta, influyó poderosamente en la unificación del Derecho; los legistas han sido los servidores devotos de los reyes en esta obra. El monarca lo absorbió todo; ya la persona real ha desaparecido; pero la organización unitaria ha quedado".

Es de anotar aquí los principales jurisconsultos y sus obras cumbres. No podemos hacer aparte de las obras escritas para una provincia, las cuales no ofrecen sino un interés meramente local: v. g.: las de Gui Coquille para Nivernais; de Thaumás de la Thaumassière para Berry; de Pedro Hévin para Bretaña; de Chabrol para Auvernia; de Basnage para Normandía, etc. "Estos escritores, dice Planiol, podían tener méritos personales igual a los más eminentes; pero actuaron en un pequeño escenario y sus obras no le interesan a toda Francia".

Empecemos a hacer el cuadro de los grandes legistas por los precursores que tendieron a la unidad del Derecho francés, y presentaron una fórmula general.

El primero que desfila en la historia de las instituciones jurídicas de la antigua Francia, es Camilo Dumoulin. Nació en París el 1500. Murió en la misma ciudad del Sena el 1566. Escribió la mayor parte de sus tratados en latín. Tenía gran vigor dialéctico y estaba repleto de ciencia; pero era de difícil lectura por su estilo oscuro y a veces de plomo. Su vida fué interesante por demás. Activa. Militante. Orgullo y mérito brillaban a la par en ese anticuado personaje que tanto combatió por la unificación de su Derecho patrio. Atacó la feudalidad jurídica con su memorable comentario del título I de la Costumbre de París, intitulado: **De Fiefs**. Y quebró lanzas contra el poder de la Iglesia representada por los Tribunales eclesiásticos, las decisiones de los Papas y los Concilios. Tuvo Dumoulin profunda influencia en la Historia del Derecho francés: comentó todas las costumbres, en especial la de París que tomó por tipo y relacionó con las otras. Pidió la unidad del Derecho consuetudinario en su libro más famoso: "Oratio de concordia et unione Consuetudinum".

El segundo de los jurisconsultos de que debe hacerse mención es Bertrand d'Argentré, senescal de Rennes y Presidente del Presidio. Nació en Vitré el año 1519. Murió en 1590. Es émulo de Dumoulins en las instituciones del Antiguo Derecho francés pero nunca coexistieron. Cuando d'Argentré publica su obra el 1568, Dumoulins ya había fenecido.

Era d'Argentré noble y defendía la realeza y sus privilegios. Encarna mejor que ningún otro legista antiguo el espíritu conservador y de resistencia de la Bretaña que perdura hasta nuestros días de modo admirable. Escritor espiritual, chispeante e ingenioso: Bertrand d'Argentré como Dumoulins pide la reforma de las costumbres que critica, y redacta la demanda de los Estados de Bretaña de octubre del 1574.

El tercero es el célebre Antonio Loisel (1536-1617): discípulo de Cujas. Sus **Máximas o Institutas costumbristas** (que eran sentencias o proverbios jurídicos que se grababan fácilmente en la memoria): no se olvidarán ya más. Son imperecederos.

El más ilustre de todos es Juan Domat. Es abogado en el Presidio de Clermont. Nació en el mismo Clermont (Auvernia): 1635. Murió en París: 1696.

Es Domat amigo de Pascal y de Arnauld. Espíritu clásico y filológico. Boileau dice de él "que era el restaurador de la razón en la Jurisprudencia". Publicó en 1694 su libro célebre de "Las leyes civiles en su orden natural" que le coloca, dice Viollet, entre los juristas "de primer rango que prepararon la vía del Código Civil".

Eusebio de Laurière (1650-1728): anotador de las Máximas de Loisel. Erudito. Historiador. **Juez seguro y de gran saber** le pintan sus biógrafos. Sus obras fueron: "Notas sobre la Costumbre de París", editada el 1696; "Tratado de las instituciones contractuales", 1715: en 2 volúmenes; "Glosario del Derecho Francés", 1704: 2 volúmenes.

Bourjon publica en 1747 su conocido tratado: "El Derecho Común de Francia y la Costumbre de París reducida a principios". Es aportación "útil y seria", aunque vulgar comparada con las obras de Domat. Tiene el libro de Bourjon un mérito excepcional: su método al dividir en títulos, capítulos y secciones el Código, y además en que da numerosos principios y soluciones a los problemas jurídicos.

Dejamos para último a Pothier que con Domat son los padres del Código Civil Francés, según Laurent. Nació Pothier en Orleans en 1695, y falleció allí mismo el 1772. Consejero del Presidio de aquella Orleans y profesor de la Universidad del mismo lugar. Es el que deja una obra más perdurable y completa. Sus tratados forman una colección que integran el Derecho Civil por materias separadas. El Código Civil le adoptó en gran parte por su sentido jurídico y claridad, aunque le falta espíritu crítico y verdadera originalidad. Espíritu clásico

como Domat; pero de gran simplicismo: aclara toda la materia jurídica destinada al Código. Queda Pothier extraño al movimiento filosófico del siglo XVIII. Sus obras han sido reeditadas por M. Bugnet, con Notas, en 11 volúmenes: del 1861 al 1862.

Pasamos ahora a enumerar las más conocidas de las antiguas recopilaciones de Jurisprudencia, de acuerdo con la "Profesión del abogado" de Camus: Douet, "Recopilación de Decretos del Parlamento de París (1602)", ediciones numerosas hasta 1712 (2 vols., in-fol), con notas de Julio Brodean.

Blondeau, etc., "Diario de Palacio (1a. ed. 1672, reeditada varias veces, especialmente en 1755)". 2 vols., in-fol.

Bouchel, "La Biblioteca" o "Tesorero del Derecho Francés" (in-fol., París, 1629): 3 vols.

Dufresne, etc., "Diario de las Audiencias del Parlamento de París (después del 1622)"; se comenzó su publicación en 1680 y fué reimpressa en París, 1754 (7 vols., in-fol.). Esta Recopilación se detiene en 1722.

Bardet, "Recopilación de Decretos del Parlamento de París (París, 1630, 2 vols., in-fol.)" (reeditada en Avignon, 1773, por La Laure).

Brillon, "Diccionario de Decretos (París, 1727, 6 vol., in-fol)".

Richer, "Causas célebres" (22 vols.).

Denisart, "Colección de resoluciones nuevas (1a. edic., 1771, 4 vols., in-4)", y "El Nuevo Denisart", por Camus y Bayart (1783-1790): 9 vols. in-4.

Guyot, "Repertorio Universal y Razonado de Jurisprudencia (1a. edic., 81 vol., in-8; 1775-1785, 2a. edic. 1784-1785, 17 vols., in-4)".

"Recopilación de Plaidoyers": especialmente las de: d'Aguesseau y Cochin (obras completas, 8 vols., in-8, París, 1821).

"Anales de la Audiencia francesa (Lemaistre y Patru)": 26 vol., in-8. París (1823-1831).

La primera idea de la unificación del Derecho francés para poner fin a la diversidad de la legislación es muy antigua. Commynes la atribuye a Luis XI. Pero vimos a Dumoulin señalar la Codificación como providencia indispensable y de posible ejecución.

**9. Demanda de los Estados Generales.**— Los Estados Generales reclaman la gran reforma de la legislación en el sentido de codificar las leyes existentes. Primero es pedida por los Estados de Orleans en 1560. Thiers quería que fuese hecha la "recopilación de todo lo que debía ser respetado y observado entre los individuos en sus mutuas relaciones, y para que se evitara así por este modo la afluencia y abundancia de los procesos y las malicias de las partes y de los Ministros de la Justicia (art. 243)". La nobleza se expresa en igual forma.

El Rey promete la Codificación pero no la ordena. Los Estados de Blois demandan lo mismo en 1576: "Estos Estados piden que todos

los Edictos, Ordenanzas y costumbres sean revisados por personas experimentadas e ilustradas que se comisionaren al efecto, y para evitar la confusión que produce la multiplicidad de las leyes, se compilen en un volumen las que deban ser conservadas, por ser útiles y necesarias al reino, a fin de abrogar todas las otras." La ordenanza de Blois, dictada el 1579, contribuyó a hacer Derecho a ese respecto. El artículo 207 prometía la Codificación de las Ordenanzas pero no de las costumbres. Este trabajo le fué confiado a un magistrado del Parlamento de París: el presidente Barnabé Brisson, quien clasificó metódicamente, por orden de materias, todas las ordenanzas entonces en vigor; pero esta recopilación nunca obtuvo la sanción real. Brisson fué suspendido en 1591 por orden de los **Dieciseis**, y su colección legislativa quedó como obra privada, y publicada como tal en 1603 por Charondas (Carón), con el nombre de "Código del rey Enrique III (1 vol. in-fol)". Las demandas de los Estados no se habían, pues, cumplido.

Los Estados del 1614, los últimos que se reunieron antes de la Revolución, renovaron por tercera vez la petición de las reformas de las leyes y su unificación, aunque vanamente, en el fondo, puesto que el canciller Michel Marilhac en 1629 no hizo sino dar cierta satisfacción a las demandas, ordenando una codificación parcial. Algunas de las disposiciones de esta Ordenanza eran contrarias a los privilegios de la nobleza y de los magistrados, y se les dió rechazamiento: la mayoría del Parlamento se negó a registrar tal Ordenanza y quedó como letra muerta. Es conocida también esta Ordenanza de Marilhac como **Código Michaud** (nombre que le dieron los parlamentarios derivado del apellido del Canciller).

10. **Obra de Colbert.**—Bajo Luis XIV es cuando se hace la tentativa más seria de Codificación, de acuerdo con los expositores de la Historia del Derecho. Viollet explica como Colbert concibe el proyecto, y hace participar de la idea al Rey. "Se nombra una Comisión compuesta exclusivamente de Consejeros de Estado y prácticos o postulantes, dice, presidida a veces por Luis XIV. Pero ambos no eran populares en el Parlamento, y su presidente primero, Guillermo de Lamoignon, entretuvo al monarca con un proyecto semejante, asociándose después a los trabajos de preparación de las Ordenanzas".

Esta Comisión de que habla el citado Viollet celebra su primera sesión en el Louvre el 25 de septiembre del 1665. De ahí salieron grandes Ordenanzas: verdaderos Códigos, bien que comprendían materias diferentes al Derecho Civil.

Estas Ordenanzas tales como las clasifica Foignet fueron las siguientes:

Ordenanza de abril del 1667, llamada **Código Luis u Ordenanza Civil**, y a veces **Código Civil**, aunque sólo regula materias del Procedimiento Civil;

Ordenanza de agosto del 1669 (acerca de aguas y bosques):

Ordenanza de agosto del 1670 (Procedimiento Criminal), llamada

**Código Criminal;**

Ordenanza de marzo del 1673 (acerca del Comercio marítimo);

Ordenanza de agosto del 1681 (acerca de la Marina).

Todas estas Ordenanzas de Colbert habían sido bien meditadas y preparadas: eran modelos de Códigos especiales en las materias que trataban.

11. **Decretos de Lamoignon.**— Es probable que el primero que intentó un trabajo de codificación del Derecho Civil fué el presidente Lamoignon. “Desde antes del 1665, con la aprobación del Rey dice Planiol, organizó en su propia residencia, conferencias con magistrados y abogados, para buscar el medio de reducir el Derecho francés a fórmulas generales. Estas discusiones no dieron ningún resultado. Pero más tarde Lamoignon repite sus esfuerzos y trabaja con carácter privado. Entonces ayudado por los abogados Auzanet, Fourcroy y otros, hace la redacción de un texto mejorado de la Costumbre de París, y termina en 1672 sus Decretos en donde son formulados, en cortos artículos, las principales resoluciones que creía que debía contener. Esta obra permaneció algún tiempo manuscrita, y no estaba aun impresa en 1697. Fué publicada en 1702 con el título de: “Decretos de M. el P. P. de L. que contienen las leyes proyectadas en las conferencias del primer presidente de Lamoignon para los países costumbristas de Francia y para los países que se rigen por el Derecho escrito. (París, 2 vols., in-4o., sin nombre del lugar ni de la librería en que fué impresa. Heimpresa en 1776 y 1783)”.

Estos Decretos de Lamoignon son considerados por los historiadores como trabajos jurídicos privados de gran valor. Han de servir al canciller d'Aguesseau y a los propios redactores del Código Civil.

12. **Obra de d'Aguesseau.**— Empero es a Enrique Francisco d'Aguesseau, Procurador General del Parlamento de París, Canciller en tres períodos sucesivos, del 1717 al 1750, a quien se debe la única obra legislativa de la monarquía reglamentando materias capitales del Derecho Civil, como consigna Esmein en su “Historia del Derecho francés”. Redactó y publicó tres Ordenanzas ya famosas en la historia de las instituciones jurídicas de su patria y de que hicimos mención anteriormente. Ordenanza sobre donaciones (1731). Ordenanza sobre testamentos. (1735). Ordenanza sobre sustituciones fideicomisarias (1747). “Son superiores estas Ordenanzas a las de Colbert, escribe Glasson, por su sentido jurídico, y mejor preparadas y redactadas: sus disposiciones pasaron al Código Napoleón. Hacen honor a su autor. Pero como las

del mismo Colbert son parte sólo de lo que se quiso hacer: se intentaba en realidad una refundición general del Derecho francés”.

Era d'Aguesseau un funcionario laborioso y austero; pero falto de energías y de verdadero carácter lo que impidió que su obra tuviera verdadera influencia en su época. Nació en Limoges el 1668, y murió en París, 1751, a los 83 años, después de una larga carrera pública y una vida privada de hombre de ciencia.

**13 Obstáculos con que se tropezó la Codificación (s. XV).**— Fueron múltiples los obstáculos con que se tropezó la Codificación en Francia. A excepción de las materias unificadas por las Ordenanzas de Colbert y de d'Aguesseau, observa Foignet, el Derecho Privado de Francia quedó intacto hasta el siglo XV, anterior a la redacción de las costumbres. Estaba ese Derecho dividido en exceso. “Se cambia de leyes tan a menudo como de camisas, dice Voltaire”. No se había en verdad realizado una tentativa seria para unificar el Derecho francés hasta el fin de la Edad Media. La política en Francia consumía todas las energías de la nación según expone elocuentemente Glasson en su “Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia”. Obstáculos principales fueron, “las tradiciones locales y el espíritu de resistencia de las provincias”. Otro brillante historiador de las instituciones jurídicas francesas, F. Laurent, profesor de la Universidad de Gante, enseña como fué posible esa Codificación “por la falta de independencia y libertad política”. **Las provincias tenían sus costumbres como privilegios. Los parlamentos provinciales eran celosos guardianes del Derecho local, y repudiaban con energía toda innovación. Los tratadistas refieren como en ciertos lugares como Bretaña, por ejemplo, “la menor reforma parecía como la violación de los tratados bajo la fe de los cuales se había hecho la unión a la Corona”. Faltaba, pues, poner la mano sobre los Parlamentos mismos, y este fué el comienzo de la Revolución que conmovió todos los cimientos de la Francia y aniquiló todas las instituciones monárquicas.**

**14. Caracteres del Derecho Consuetudinario, sus fuentes y su incertidumbre.**— Hemos dado las directrices de ese Derecho Antiguo Francés, entremos en este momento en sus detalles, en los contornos de sus instituciones, una por una, antes de pasar a estudiar el Derecho Intermediario.

Expusimos en los temas precedentes que ese Derecho Antiguo conocía dos mundos galos distintos: la zona de los países de Derecho escrito y la de los países de Derecho consuetudinario. La línea divisoria de esas dos zonas “casi coincidía, dice Esmein, con la línea de separación de los dialectos de *langue d'oc* y de los dialectos de *langue d'oïl*, tal como ha sido fijada en nuestros días.”

“Esa línea partía del oeste, bordeaba entonces el límite septentrional de la Santonga, del Périgord y del Limousin; y, después, descendía hacia el sud, cortando la Auvernia, a la altura de Murat y de Saint Flourt. Remontaba luego al penetrar en el Ducado de Borgoña y englobar el Maconnais: pasaba de seguida al norte de la Bresse y remataba al fin en Gex.”

“Las provincias que se encontraban al N. de esa línea eran países de costumbres. Las que se encontraban al sud eran países de Derecho escrito. Sin embargo, existían islotes de Derecho escrito en la zona consuetudinaria. Así, por ejemplo, la Alsacia, aunque comprendida en esta última, era país de Derecho escrito”.

En esa zona de los países de Derecho escrito, el Derecho Romano era la base de la misma legislación: formaba el Derecho Común. “Las diversas partes de la compilación de Justiniano, refieren BaudryLacantinerie y M. Houques-Fourcade, eran recibidas en los países de Derecho escrito como verdaderas leyes, y, en caso de conflicto entre sus disposiciones, las más recientes prevalecían sobre las más antiguas. Pero esas leyes no debían ser aplicadas sino a falta de costumbres. Numerosas costumbres, redactadas del siglo XII al siglo XV, extendían su autoridad sobre ciudades o burgos, a veces aun sobre toda una diócesis, como la Costumbre de Burdeos, y los Estatutos de Provenza que tenían un carácter de generalidad aun más acentuado. Es verdad que bajo la acción de los juristas y de los Parlamentos, quienes veían en sus disposiciones otras tantas excepciones censurables a las reglas del Derecho Romano, de todas esas Costumbres no subsistieron al fin y al cabo sino aquellas que fueron objeto de la redacción oficial ordenada en el siglo XV”.

Como vemos las diversas partes de la legislación de Justiniano se aplicaban en estos países de Derecho escrito. Pero a veces estaban en conflictos dichos textos y entonces se aplicaban los más recientes sobre los más remotos: se presumía que eran derogatorios de los que le habían precedido. Esto podía no ser así, en puridad; pero era la regla para dirimir toda pugna entre las diversas partes de la legislación justiniana.

Este Derecho Romano recobró de este modo toda su elasticidad de los siglos XVI al XVIII, más o menos deformado por la Jurisprudencia y adaptado a las necesidades de su tiempo.

Esa adaptación, no obstante, fué imposible respecto de ciertas materias feudales: estas quedaron reglamentadas según las regiones, por los “Libri Feudorum”, compilación del Derecho Feudal lombardo, considerado entonces como anejo o parte del **Corpus Juris Civilis**, o por la costumbre general exteriorizada en las resoluciones de los Parlamentos.

Por el contrario, el Derecho Consuetudinario formaba el Derecho Común en los países de costumbres, su **verdadero Derecho Civil** como

dice Baudry-Lacantinerie. "Interpretando **in extenso**, cada costumbre imperaba sobre una extensión más o menos grande de territorio: unas, las más generales, rigiendo sobre una **bailia** o aun sobre una provincia; otras, seguidas en una pequeña localidad".

Otra excepción a la autoridad de las costumbres era la materia de las Obligaciones, en que se habían suplantado a los principios propios de ese Derecho consuetudinario, desde el siglo XIV, los del Derecho Romano, cuya influencia ya dijimos que se hizo sentir en esta parte de Francia.

Por el contrario, el Derecho consuetudinario formaba el Derecho Romano, puesto que la costumbre podía ser incompleta o no contener reglas en cuanto a algún punto jurídico, y era necesario considerar a aquél "obligatorio como la misma Costumbre", a menos que sus cánones fuesen "repugnantes al uso general de Francia", dice Loyseau. En cambio, otros jurisconsultos como Dumoulin o Coquille, creían que en los casos referidos se debía acudir, en primer término, a las costumbres vecinas o a la Costumbre de París que era superior a las demás, y si unas y otras guardaban silencio acerca del asunto consultado, era entonces cuando se debía buscar la solución en el Derecho Romano sólo como "razón escrita", por conveniencia y como homenaje a la misma razón, y "no por necesidad". Pero aun en este caso el Derecho Romano no debía tener carácter imperativo, tal como lo reconocía la escuela opuesta. Empero, este carácter obligatorio al Derecho Romano había sido expresamente reconocido por algunas costumbres que reenviaban de modo formal al Derecho Romano para la solución de todos los asuntos que no estaban por completo resueltos por el Derecho consuetudinario.

Ese Derecho consuetudinario empezó por ser un Derecho no escrito "que nació del uso y de la práctica", por lo cual permaneció con frecuencia "en ese estado de incertidumbre propio de esa clase de Derecho", consignan Baudry-Lacantinerie y Hourques Fourcade. "Esa incertidumbre tenía muchos inconvenientes, agregan, los que fueron especialmente visibles en la época en que las apelaciones se intentaron con más frecuencia, porque aumentaban con la extensión de tal jurisdicción del juez, ya que las partes podían ser regidas por costumbres diferentes, con lo cual era imposible al juzgador conocerlas todas para poderlas aplicar."

15. Caso en que la costumbre no era conocida por el Tribunal: cómo se hacía la prueba de la costumbre: **Informativo Ordinario**; **Informativo por turbas** ("inquisitiones por turbam"); **inconvenientes de los Informativos como medios de pruebas de las costumbres**; **Cartas de costumbres para evidenciar las costumbres locales**; **autoridad de las Costumbres generales y su redacción oficial**; **Ordenanza de Montilz-les-**

**Tours de 1453; poderes que usaron los redactores; uniformidad; interrupción de la unidad de las costumbres y conversión de éstas en Derecho escrito.**—En ciertos casos la costumbre no era conocida por el Tribunal o no resultaba lo bastante establecida para hacer Derecho y había que probarla por testigos.

La forma de como se hacía la prueba de la costumbre era por Informativos Ordinarios o por Informativos por turbas, según las regiones: su organización varió de acuerdo con las épocas como establecen los autores.

**Inquisiciones per turbam** constituían verdaderos plebiscitos en los cuales se consultaban a los más esclarecidos vecinos de un lugar determinado en donde se quería evidenciar la existencia de una costumbre, y el resultado de esa “deliberación colectiva era un veredicto, dice Baudry-Lacantinerie, pronunciado a unanimidad de votos, mediante el cual la costumbre era declarada existente o inexistente. Pero esas consultas acabaron por ser ya en los siglos XIV y XV, meros informativos muy parecidos a los Informativos Ordinarios, excepto que, en aquellos, los testimonios eran más numerosos. Caía turba, con efecto, debía constar de diez testigos, y la costumbre no quedaba establecida sino por las disposiciones concordantes de dos turbas.”

Este medio de prueba tenía sus ventajas y era útil pero no podía ser más primitivo. Entre sus inconvenientes podemos señalar el que fueron aprobadas costumbres contradictorias en una misma jurisdicción. Además era muy costoso para los litigantes que debían indemnizar a los testigos por la pérdida de tiempo y sus traslados si vivían en ese momento fuera del asiento del Tribunal que practicaba la múltiple prueba testifical. Tal prueba tenía cierta similitud con la posesión inmemorial admitida en otro tiempo por algunas costumbres, con el fin de evidenciar las servidumbres, por más que “no se fundaba únicamente, como se imagina de ordinario, en la fama común”, dice Bonnier en su “Tratado de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal”. Era indudable, sin embargo, que era práctico en su finalidad virtual ese medio de expresión humana: conservar por escrito la evidencia de las reglas consuetudinarias. Esto fué el objetivo de las llamadas **Cartas de Costumbres** concedidas por el “señor” a algunas ciudades y burgos y confirmadas con frecuencia por el mismo Rey. También era el resultado secundario de las “Cartas Municipales”, puesto que al mismo tiempo que reconocían las franquicias comunales, comprobaban con harta frecuencia, en disposiciones especiales, la existencia de ciertos usos, según explica Glasson.

De este modo se establecían las costumbres locales en textos precisos; pero continuaba reinando la incertidumbre acerca de las costumbres generales que eran las más importantes. Para evitar ésto, algunos países adoptaron como expresión jurídica más exacta, los denomi-

nados "consuetudinarios", obras doctrinarias particulares en las cuales se reflejaba más o menos ese Derecho costumbrista. Tales fueron los casos de la Normandía, en donde el **gran consuetudinario** tenía la autoridad de un texto oficial, y de la Bretaña, en donde la **muy antigua Costumbre** tuvo una fuerza incontrastable semejante. Pero en otros lugares, como en Artois, por ejemplo, la costumbre se redactó oficialmente en 1315.

Estas Costumbres fueron redactadas en general, por orden de la autoridad, en la primera mitad de la centuria décimoquinta. Los funcionarios judiciales emprendieron esa redacción oficial de las costumbres con la ayuda de los conocidos como "prácticos", en Maine, Anjou, Poitou y Berri. Hasta que recogiendo ese anhelo de certidumbre y de precisión que existía en ese momento, Carlos VII dictó su célebre Ordenanza de **Montilz-les-Tours** del mes de abril del 1453, en que ordenó la redacción de las "costumbres, usos y estilos de todos los países" que estaban bajo su poder", al tenor del artículo 125 de la misma ordenanza.

Fué esa obra gigantesca realizada en siglos, según refieren los expositores de la Historia del Derecho, aunque variaron sus reglas conforme los tiempos y los sitios en que debían exteriorizarse por escrito las costumbres. Al principio se recorrió esa tarea con paso lento y un tanto incierto, pero después se afirmó y tuvo gran impulso en el alborar del siglo XVI, en el curso del cual quedaron redactadas la mayoría de las costumbres de esos países del Derecho consuetudinario, entre ellas la muy notable Costumbre de París, delineada casi definitivamente en el ocaso de tal centuria, aunque en verdad concluida en el siglo XVIII.

Muchas de esas costumbres redactadas en los comienzos del siglo XVI, se reformaron en los tiempos del propio siglo.

Los redactores de las costumbres usaron con gran discreción de ese derecho de revisión que les fué acordado por el soberano; pero así y todo, el Derecho consuetudinario dejó de ser tan diverso y algunas aisladas costumbres no fueron invocadas como debieron serlo por las localidades en donde imperaban, a la hora de la publicación de la Costumbre General.

**16. Terminación de la influencia del Derecho Romano, y derogación de las costumbres por el uso contrario.**—De este modo el Derecho fué más uniforme, "puesto y escrito en líneas"; pero su evolución progresiva tendente a una fusión más completa y definitiva fué paralizada, puesto que las reglas peculiares de cada región recibieron una forma de expresión más permanente y estacionada." El Derecho cambió de naturaleza, escribieron Baudry-Lacantinerie y M. Housques Fourcade, y, en lugar de un Derecho fundado en el uso de las poblaciones, imperó un verdadero Derecho escrito, cuya fuerza había

de residir en la **autoridad soberana del Rey**, quien daba a esas reglas su sello y vigor. El Derecho consuetudinario quedó así sustraído, desde entonces, a la influencia directa del Derecho Romano. Sin embargo, pudo seguir siendo modificado por usos contrarios, pero a condición de que esos usos no fueran posteriores a la redacción de la costumbre, y de que resultaren esos usos ciertos e inmemoriales. Ese Derecho consuetudinario también pudo ser abrogado por el desuso, de igual modo que en la misma época lo podía ser la ley escrita. En esa medida, pues, conservaron su utilidad, los primitivos Informativos por turbas, hasta el momento en que la Ordenanza del 1667 (título XIII) substituyó, a tal antiguo medio de prueba, la prueba por actos de notoriedad."

Así, como lo exponen los citados maestros, terminó esa influencia del Derecho Romano en los países costumbristas, y fué derogada la costumbre por un uso contrario, aunque con la condición de que el mismo no hubiera surgido después de la redacción oficial de aquella que le había dado su fisonomía inmutable y cierta estabilidad de cosa permanentemente establecida.

**17. Diversidad y número de las costumbres.**— Cuando se rompió el estable equilibrio de esa división histórica de Francia en países de Derecho escrito y países de costumbres la unidad legislativa de estos últimos quedó arruinada por la multiplicidad y heterogeneidad de esas costumbres que imperaban por dondequiera. Ferrière, muy de acuerdo con Laurent como ya indicamos, evalúa el número de ellas en no menos de trescientas sesenta: 300 especiales, y 60 generales. Aunque a veces esas costumbres de carácter especial sólo eran seguidas en aldeas o burgos.

**18. Unificación del Derecho Francés (Dumoulin, Lamoignon); Estados Generales: Estados de Blois (1576); Estados del 1614; Parlamento de París; fracaso de las tentativas de unificación.**— Cuando trazamos las líneas generales de este capítulo que se refiere a la **Historia de las fuentes del Derecho Francés**, dijimos que Carlos Dumoulin, primero, y el presidente del Parlamento francés Lamoignon, después, fueron los autores de la unificación de ese Derecho, bien que este último fué el verdadero padre de la idea de la Codificación del Derecho Civil.

Guillermo de Lamoignon, animado por el mismo Luis XIV, uniformó por lo menos la Jurisprudencia del Parlamento de París, ya que esta caracterizada tentativa de unidad del Derecho Francés no tuvo éxito en este período histórico de las instituciones jurídicas que estamos ahora confrontando.

**19. Derecho Común (Gui Coquille, Pothier y Derecho Común extraído de los intérpretes; etc.)**— En medio de la confusión que produjeron esas costumbres tan diversas de Francia, brotó como un mila-

gro extraído de ellas por los intérpretes, “una especie de Derecho Común”. Tal había sido el fruto de los trabajos de Guido Coquille en el siglo XVI, con su famoso libro: “Institución del Derecho Francés”, y dos siglos después, en pleno siglo XVIII, recogido en los más maduros tratados de Bourjon y Pothier, sobre todo de este último quien tuvo influencia decisiva en el momento de confeccionarse el Código Civil y que “todavía constituyen un excelente comentario de sus disposiciones” al decir de Baudry-Lacantinerie.

**20. Actos legislativos emanados del Rey (Edictos, Declaraciones, Letras Patentes, Pragmáticas).**— En el antiguo régimen de Francia, sólo los actos emanados directamente de la autoridad real (Ordenanzas, Edictos, Declaraciones, Letras Patentes, Pragmáticas), imperaban sobre todo el territorio nacional. Empero en menoscabo de ese poder legislativo del soberano, durante los postreros cuatro o cinco siglos de la monarquía francesa, los Parlamentos y las otras Cortes, a veces con tolerancia y cierta aquiescencia del Rey, se atribuyeron el derecho de Registro y de verificación de las decisiones.

Estos cuerpos judiciales hacían leer públicamente las nuevas ordenanzas u actos que resolvían alguna materia de sus competencias respectivas, pero antes de transcribirlos en sus Registros y de que fuesen puestos en vigor en sus correspondientes circunscripciones, “a fin de recordarla en el tiempo futuro”, convirtieron dichas publicaciones, de modo insensible, en una verificación previa, la cual podía culminar con el rechazo de ese registro acompañado de observaciones. Entonces tal acto legislativo no tenía fuerza obligatoria, hasta que “su registro fuese impuesto a la Corte por letras de jussion, con frecuencia seguidas por nuevas observaciones, o por una sesión de Justicia que el mismo Rey celebraba en su Parlamento, cuya omnipotencia se desvanecía “**le maistre present**”.

Este era el estado de cosas a que se había llegado en cuanto a los actos legislativos, ya porque el monarca no se decidiera a quebrar lanzas con la magistratura de los Parlamentos, ora porque ya la misma “se hubiese alzado casi abiertamente contra la voluntad real”. Pero en realidad se quedaban algunas Ordenanzas sin registrar o con modificaciones esenciales en sus textos, y en muchas oportunidades todavía no quedara mutilada la resolución, podía, no obstante, dejar de ser ejecutada en algunas jurisdicciones o ser sometida para ello a ciertas alteraciones por parte de la autoridad judicial.

En suma: el derecho que se irrogaron los Parlamentos de modificar esas decisiones en su Distrito era contrario a la uniformidad de la legislación francesa. Por más que tendieron siempre a tal uniformidad, en ciertas materias especialmente, esos actos que provenían del poder real: edictos, declaraciones, letras patentes que tenían la parti-

cularidad que conferían privilegios a ciertas personas o que imponían a los Tribunales la ejecución de una sentencia del Consejo de Estado. Hemos definido cada uno de ellos y no vamos a incurrir en el feo vicio de la repetición.

21. **Codificación de las Ordenanzas por Barnabé Brisson (1603): Código de Enrique III; Ordenanzas de Colbert: Código Negro.**—Explicamos como las Ordenanzas fueron clasificadas por el magistrado Brisson, miembro del Parlamento de París, siguiendo el orden de materias, y como nunca obtuvieron la sanción del Rey, quedando por último rezagadas a la categoría de trabajo privado que se publicó por Charondas adoptando la denominación de **Código del rey Enrique III**,

En relación con las Ordenanzas de Colbert que ya enumeramos o hicimos glosas al margen de cada una de ellas, sólo nos resta adicionar el **Código Negro**.

Esta legislación destinada a reglamentar la esclavitud y la Policía de las islas situadas en América que eran colonias francesas, fué sancionado el mes de marzo del 1685.

Pero, en general, estas Ordenanzas de Colbert en materia civil, criminal, de comercio, de marina y de aguas y bosques, etc., resultaban insuficientes para resolver la mayor parte de los asuntos del Derecho Civil y del Derecho Penal, cuyas reglas había que abreviar aun en las costumbres.

22. **Código Michaud (1629). Ordenanzas de d'Aguesseau: Ordenanza de las Donaciones; Ordenanza de los Testamentos; Ordenanza sobre sustituciones fideicomisarias; Ordenanza de la falsedad principal y de la falsedad accidental (reconocimiento de firmas en materia criminal).**—La Ordenanza del 1629 de Miguel de Marilhac, llamada comúnmente **Código Michaud** por su insigne autor, realizó parcialmente la codificación que quedó frustrada en la obra legislativa de Brisson, y llevada al cabo de modo más completo por Colbert: diferentes ramas del Derecho fueron codificadas en forma de Ordenanzas, después de una revisión minuciosa de las antiguas reglas por prácticos, negociantes, magistrados y miembros del Consejo del Rey.

Esta obra de los comisarios de Colbert no tocaba sino algunos puntos de la legislación civil como referimos y para los demás había que recurrir al Derecho consuetudinario o al Derecho Romano. Respecto del Derecho Penal ocurría otro tanto, repetimos, puesto que estaba el mismo esparcido en las antiguas ordenanzas, y, continuaba "siendo arbitrario, porque muchas infracciones no estaban expresamente previstas ni por una ley positiva ni por la costumbre, y las penas que sancionaban los delitos especiales eran susceptibles de ser modificadas por el juez, casi a su veleidat". Entonces bajo Luis XV, el canciller

d'Aguesseau concibió el proyecto de la unidad del Derecho Francés reuniendo en un cuerpo todas las leyes, lo cual no pudo lograr a toda cabalidad por la incomprensión de los tiempos porque atravesaba su patria; pero dejó el legado de algunas Ordenanzas ya célebres en la historia de las instituciones jurídicas, las cuales han servido de inspiración al legislador moderno para la formación de los Códigos vigentes. Ya las hemos enumerado anteriormente. La Ordenanza sobre las Donaciones del 1731. La Ordenanza sobre los Testamentos del 1735. Esta a pesar de la idea fundamental de la empresa dejó subsistir la vieja distinción entre los países del Derecho escrito y países de costumbres. La Ordenanza sobre las subsistencias fideicomisarias del 1747. La Ordenanza concerniente a la falsedad principal y a la falsedad incidental, y al reconocimiento de las escrituras y firmas en materia criminal del 1747. Tales disposiciones últimas se han vaciado sin cambio sensible en los Códigos franceses.

**23. Influencia del Derecho Canónico sobre la uniformidad del Derecho Antiguo y aplicaciones de ese Derecho Canónico por las jurisdicciones seculares (Matrimonio, Separación de Cuerpos, Cuestiones de Estado y de Legitimidad).—**La uniformidad penetró en el Antiguo Derecho francés por uno de sus elementos ya analizados anteriormente: el Derecho Canónico.

Esta legislación canónica fué aplicada no sólo en su jurisdicción por los **oficiales**, sino que tuvo fuerza de Ley ante los Tribunales ordinarios o seculares en todas las materias de cuyo conocimiento habían sido sucesivamente despojados los Tribunales eclesiásticos, por las jurisdicciones reales. Había cambiado sólo la competencia pero la regla era igual. A veces quedó modificada un tanto por la costumbre, la Jurisprudencia o por los actos reales en materia de préstamos a interés, testamento, y prescripción; pero los principios del Derecho Canónico servían para la recta interpretación de los cánones o las reglas nuevas. Entre otras materias su mayor autoridad se reflejó como verdadera ley imperativa en los Matrimonios, Separación de Cuerpos y litigios sobre el estado de las personas y la Legitimidad.

**24. Características del Antiguo Derecho Francés: diversidad de las reglas según el territorio; desigualdad de las personas y de los bienes, influencia de los dogmas y de la legislación canónica.—**Eran características de ese Antiguo Derecho Francés de acuerdo con los tratadistas que hemos frecuentado para historiar sus instituciones jurídicas y sus principales fuentes, la diversidad de las reglas que le constituían y que se aplicaban según la parte del territorio nacional en que debían regir, a más de la desigualdad profunda de las personas y de los bienes. Y, sobre todo, la influencia de los dogmas y de las normas de la

Iglesia Católica sobre el Derecho Civil que es ese el rasgo más sobresaliente que caracteriza el Antiguo Derecho de Francia. De ahí que el legislador de la época intermediaria o revolucionaria tuvo que derrocar todas esas antiguas instituciones jurídicas para fundar el nuevo Estado moderno francés que debía servir de molde irrompible a todo el sistema estatal europeo.

## CAPITULO II

### RENOVACION DEL DERECHO FRANCES, LA CODIFICACION Y FORMACION DE UN NUEVO DERECHO.

1. **Obra legislativa de la Revolución:** el Derecho Intermediario como una transición entre el Derecho Antiguo y el Derecho Moderno; límites del Derecho Intermediario. 2. **Características del Derecho revolucionario:** Feudalidad civil; la memorable noche del 4 de agosto y su labor fecunda para las instituciones jurídicas (leyes numerosas); esfuerzo de los hombres de Estado anteriores a esta Revolución. 3. **Resultados principales de las reformas de este período:** enmiendas radicales en Derecho Público y Derecho Político; progresos del Derecho Privado. 4. **La labor sucesiva de las diversas Asambleas:** contenido de la legislación de la Asamblea Constituyente; Constitución política y religiosa; revisión de leyes civiles; un Código general para la nación y su aplazamiento; leyes importantes que comprenden dos reformas trascendentales (libertad de las tierras y reorganización de la propiedad; principio de la igualdad en las Sucesiones que influyó en el estado social y político de este momento). 5. Las principales leyes de la Asamblea Legislativa (1791-1792). 6. Leyes diversas de la Convención. 7. Primer proyecto de Código Civil de Cambacérés. 8. Segundo proyecto del Código. 9. **Comentario minucioso del Derecho Intermediario:** órganos que formaban la Asamblea Nacional; reacciones de la época revolucionaria; cómo se reflejó sobre el Derecho la revolución política, económica y social; desaparición de los privilegios y su influencia sobre la unidad del Estado; separación de la Iglesia y del Estado y su consecuencia sobre la Legislación. 10. Necesidad de Codificar las nuevas disposiciones relativas al régimen de la familia y de los bienes. 11. **El Directorio y su Derecho:** Leyes nuevas; tercer proyecto del Código Civil (24 **pradial**, año IV). Cuarto proyecto de Código Civil de Jacqueminot. 13. **El Consulado y el Código Civil:** Comisión de redacción; Observaciones de los Tribunales. 14. **Organización legislativa del año VIII** (Constitución del 22 **frimario**): Consejo de Estado; Tribunado; Cuerpo Legislativo; Senado Conservador. 15. La Obra portentosa legislativa de la Revolución. 16. La discusión del Código Civil en el seno del Consejo de Estado. 17. Contenido de ese Código. 18. Fuentes del Código Napoleón. 19. Elemento romano del Código Civil. (Elogios de Portalis y de Bigot de Préameneu). 20. La equidad de costumbres en las fuentes del Derecho Francés superior al Derecho lógico de los romanos. El Derecho Romano ya no es la razón escrita sino la Historia. 21. Materias tomadas del Derecho latino (acción pauliana; acción en reivindicación con modificaciones; obligaciones contractuales; obligaciones naturales; prueba testimonial; traslación de propiedad entre las partes y los terceros; reserva. 22. Innovaciones de las leyes revolucionarias francesas (Adopción; Tutela Oficiosa; Sucesiones; Sustituciones fideicomisarias; etc);

no abrogación de esta legislación. 23. Abrogación del Antiguo Derecho. 24. Bibliografía de los Trabajos Preparatorios. 25. El Código Civil como una verdadera compilación de las leyes que atañen a la familia, la propiedad y las obligaciones. 26. El Código y su división. 27. Ediciones y nombres del Código. 28. Espiritu transaccionista de los autores del Código Civil y puntos en que se muestran reaccionarios. 29. Conflictos entre el Derecho escrito y el Derecho consuetudinario. 30. Principios que sirvieron de base del Código Civil y que constituyeron generalmente su espíritu. 31. Los autores del Código. 32. Papel de Bonaparte. 33. Principales doctrinas del Código. 34. Cualidades, defectos y lagunas del Código. 35. **Código de Procedimiento Civil:** su contenido, cuestiones que han quedado fuera de ese cuerpo legal; conflictos entre el Código Civil y el de Procedimiento Civil. 36. **Código de Comercio:** su objeto; Comercio terrestre y Comercio marítimo; reglas de Procedimiento; fuentes del Código de Comercio; conflictos entre disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil; modificaciones introducidas en Francia al Código de Comercio. 37. Código Penal; 38. Código de Instrucción Criminal y adopción del nombre de Procedimiento Criminal en nuestra legislación dominicana. 39. Fuentes en que se inspiró el legislador para la preparación de los Códigos Penal y de Instrucción Criminal. 40. Código Forestal y su contenido. 41. Código de Justicia Militar para el Ejército de tierra, y Código de Justicia Militar para la Marina, 42. Ramas del Derecho Público y del Derecho Privado que quedaron en Francia fuera de la Codificación. 43. Insuficiencia de la Legislación francesa para resolver todas las dificultades que surgen en la práctica y desenvolvimiento por la Jurisprudencia de los principios consagrados en esa Legislación. 44. **Elaboración de la Jurisprudencia en Francia:** paralelo entre la Costumbre y la ley escrita: Revolución del Derecho a pesar de la Codificación: Nuevo Derecho del porvenir.

BIBLIOGRAFIA: Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade (M), "Tratado de Derecho Civil" (**Introducción**). Dalloz, "Repertorio de Jurisprudencia". Dard, "Conferencia del Código Civil y de las leyes antiguas (4a. edic., 1827)"; D'Espinau, "De la influencia del Derecho Canónico sobre la Legislación francesa (París, 1857). Esmein (A), "Historia del Derecho Francés (1919)". Flach, "Estudios críticos de la Historia del Derecho Romano en la Edad Media (1890)". Foignet (R), "Elementos de la Historia del Derecho Francés (1908)". Glasson, "Historia del Derecho y de las instituciones de Francia (1887-1903)". Gavet, "Fuentes de la Historia de las instituciones y del Derecho (1899)". Laurent (F). "Principios de Derecho Civil". (**Introducción**). Loaré, "Legislación Civil". Meija Ricart (G. A.), "Debe abolirse el derecho a la reserva en las sucesiones de los hijos legítimos y de los ascendientes, consagrado por el sistema seguido en la legislación dominicana (1914)". Planiol (M). "Tratado elemental de Derecho Civil (**Introducción 1915**)". "Pandectas Francesas (bajo la dirección de Riviére)", 1892. Pothier, "De las Obligaciones". Proud-hon, "Tratado de estado de las personas". Sañac (M), "La Legislación Civil de la Revolución francesa". Sirey, "Códigos Anotados". Toullier, "Derecho civil francés".

1. **OBRA LEGISLATIVA DE LA REVOLUCION:** el Derecho Intermediario como una transición entre el Derecho Antiguo y el De-

**recho Moderno; límites del Derecho Internacional.**— El movimiento de renovación del Derecho Francés tiene como punto de partida la Revolución, y se completa y termina en el Consulado y el Imperio. Por más que la evolución jurídica ha de proyectarse hasta nuestros tiempos.

La obra legislativa revolucionaria es, sin embargo, un tránsito entre el Antiguo Derecho y el Derecho Nuevo que se forma bajo el dictado de Bonaparte.

Este período del Derecho Intermediario aunque muy criticado y elogiado, dice M. Sañac en su "Legislación Civil de la Revolución francesa" es poco conocido. Sus límites lo fijan el 17 de junio del 1789 en la famosa Asamblea en que se declaran los **Derechos del Hombre y del Ciudadano**, fecha inicial de un nuevo orden jurídico, y el 30 ventoso, año XII, o sea, el 21 de marzo del 1804, día en que se promulga el Código Civil, y empieza así la era moderna de las instituciones universales.

**2. CARACTERISTICAS DEL DERECHO REVOLUCIONARIO: Feudalidad civil; la memorable noche del 4 DE AGOSTO y su labor fecunda para las instituciones jurídicas (leyes numerosas); esfuerzo de los hombres de Estado anteriores a esta Revolución.**— La Revolución se inspira desde el punto de vista de las instituciones en el odio a la feudalidad jurídica, ya que el Feudalismo como sistema político había sido ya abolido desde hacía mucho tiempo por los reyes cuando abatieron a todos los pequeños "señores" en el período anárquico medieval. El odio del Derecho revolucionario es, pues, contra esa Feudalidad Civil que la formaban el conjunto de derechos y usos que nacieron a ras del mismo Feudalismo y establecieron el sistema que debía regular durante diez siglos las relaciones particulares, en la Edad Media, y que sobrevivió al régimen político feudal derrocado en la décimoquinta centuria: hería esa Feudalidad instituida en sistema los propios sentimientos de Igualdad que acababa de proclamar enfáticamente la Asamblea de los Estados Generales de la Francia.

Por éso, la abolición de los derechos feudales es la primera obra de la Revolución como consigna Planiol. La memorable noche del 4 de agosto del 1789 al consagrar en su famoso Decreto una nueva legislación con copiosas leyes revolucionarias, cambia radicalmente el rumbo del Derecho; pero en puridad no hace sino aprovechar los esfuerzos de los hombres de Estado anteriores a este período y sus críticas acerca de los inconvenientes de los derechos feudales, sobre todo, los trabajos producidos en tal sentido en el año 1776, como indica Gavet en las "Fuentes de la Historia de las Instituciones y del Derecho (1889)".

Los historiadores señalan como en Francia la realeza pudo evitar esa Revolución si hubiera realizado las reformas de las leyes tan demandadas por los Estados Generales y por sus legistas más connota-

dos, dando un espectáculo semejante al del vecino reino de Cerdeña en que se llevaron al cabo con la implantación de nuevas normas jurídicas que impidieron todo movimiento popular.

De todos modos, de ahí, de la sesión inaugural de esa célebre Asamblea, parten las líneas de la historia de las instituciones modernas, pues tan sólo en tal noche se hizo una labor legislativa tan fecunda que habría de perdurar a todas las tormentas políticas y que sería legado de gloria que debía recoger el Derecho nuevo que inmortalizó en sus Códigos el torvo corso que impuso la ley al mundo.

**3. RESULTADOS PRINCIPALES DE LAS REFORMAS DE ESTE PERIODO: enmiendas radicales en Derecho Público y en Derecho Político; progresos del Derecho Privado.**— Esa Revolución tan portentosa y que condujo entonces de la mano a la humanidad hacia un nuevo orden de cosas en que debían regir la igualdad, la fraternidad y la libertad, la trilogía imperecedera de esa trascendental evolución política, no dejó tras sí en cuanto a las instituciones se refiere sino un Derecho Público distinto. Empero, el Derecho Privado sólo había realizado progresos evidentes respecto de la libertad y el respeto de la propiedad particular mejor garantizada en el flamante régimen: la igualdad de las personas y la igualdad de las tierras imperaban en el Derecho post-revolucionario. Los privilegios desaparecieron y los franceses se habían confundido desde el 1789 en una sola clase que llevaba el honroso título de ciudadanos. Pero el Derecho Interno moderno debía ser hijo del Consulado y del Imperio. Napoleón Bonaparte iba a legar su nombre a esa legislación proyectada hasta nuestros propios días.

**4. LA LABOR SUCESIVA DE LAS DIVERSAS ASAMBLEAS: contenido de la legislación de la Asamblea Constituyente; Constitución política y religiosa: revisión de leyes civiles, un Código general para la nación y su aplazamiento; leyes importantes que comprenden dos reformas trascendentales (libertad de las tierras y reorganización de la propiedad; principio de la igualdad en las Sucesiones que influyó en el estado social y político de ese momento).** — Comencemos por dar el contenido de la Legislación de la Asamblea Constituyente. Esta transcurre desde el 17 de junio del 1789, en que las Comunas se declaran constituídas en Estados Generales, hasta el 30 de setiembre del 1791 en que este areópago popular ha de ceder su puesto a la llamada Asamblea Legislativa. Realiza la Constituyente una doble reforma. Reformas administrativas que le dan a Francia una nueva organización política: el Derecho Público queda afectado profundamente con la supresión de las antiguas divisiones territoriales: se sustituyen las provincias (bailías, generalidades), por los departamentos (leyes del 22 de diciembre del 1789, del 26 de febrero y 4 de marzo del 1790). Relativamente al orden judicial, las antiguas magistraturas fueron supri-

midas. Los parlamentos fueron declarados "en vacaciones"; pero por tiempo "indefinido". En reemplazo de los mismos se crearon los Tribunales de Distritos, los cuales se transformaron después en Tribunales civiles de jurisdicción, y por último, en Juzgados de Primera Instancia que se han prolongado hasta la organización judicial de estos tiempos.

Además, se estableció el Jurado criminal por el Decreto del 30 de abril del 1790, y se creó la Corte de Casación por el de 12 de agosto del propio año, bien que su verdadera organización es del 27 de noviembre al primero de diciembre de este año del 1790. Pero la reforma más trascendental se hizo con la separación de los poderes inspirada en el "Espíritu de las Leyes" de Montesquieu en el siglo XVIII. "Para que no pueda hacerse uso del poder es necesario, escribe, que por la disposición misma de las cosas, el poder detenga al poder". La ley del 24 de agosto del 1790 reza en su texto: "Los funcionarios judiciales son distintos y permanecerán siempre alejados de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de exceso de poder, perturbar de cualquier manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones (título II, art. 13)".

De esta manera se impidió que la Administración quedara controlada por la autoridad judicial en sus funciones, lo cual "constituyó la mejor salvaguarda de los derechos ciudadanos", como alega Glasson en su citada obra acerca de la "Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia".

La organización judicial fué así objeto de la admirable ley del 16 al 24 de agosto del 1790, reafirmando el principio de la **Separación de Poderes**. La Asamblea Constituyente votó la primera Constitución escrita de Francia del 3 al 14 de setiembre del 1791, precedida de la célebre **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Sustituía a la Constitución civil del Clero (ley del 12 de julio al 24 de agosto del 1790).

La Constituyente provee de gran número de leyes de orden público en los asuntos más heterogéneos.

Respecto de reformas del Derecho Privado trató la Constituyente de intentar la empresa de codificar las leyes de Francia: decide por su Decreto del 5 de octubre del 1790, que "las leyes civiles sean revisadas y reformadas". Se proponía en dicho proyecto legislativo "un Código General para la nación de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución". Tal promesa fué renovada por la Constitución del 1791. Pero la Asamblea no pudo ocuparse de este Código y su labor se redujo a preparar leyes de gran importancia que comprendían dos reformas básicas: **libertad del suelo o tierras y reorganización de la propiedad**.

La Feudalidad había recargado la tierra de derechos: rentas, censos, etc. Había el dominio útil y el dominio directo o eminente. Derechos

inajenables e irrevocables se encontraban por todas partes: la facultad de retracto impedía la circulación de los bienes. Entonces la Constituyente "hace tabla rasa" de estos derechos: la propiedad queda libre, desgravada, plena, como era el **dominium** romano. "Esta noción que es fácil comprenderla ahora, dice Planiol, era muy difícil de ser concedida antes del 1789".

La segunda reforma introducida fué el principio de la igualdad en las Sucesiones: influyó decisivamente en el estado político del pueblo: **el espíritu nobiliario y aristocrático de la antigua Francia**, según el mismo Planiol, **se apoyaba en la ley sucesoral**. Las casas nobles no alimentaban las Industrias ni el Comercio sino que se mantenían gracias a sus caudales, respaldadas en la concentración de bienes que significaban los privilegios de masculinidad y de primogenitura: los secundones estaban reducidos a entrar en las órdenes religiosas o seguir la carrera de las armas. Para desmembrar esas grandes riquezas la Constituyente suprime ese derecho de primogenitura y todo otro privilegio sucesoral y proclama el **principio de la partición por igual entre los hijos** (Decreto del 8 de abril del 1791).

Pueden citarse, además, entre otras reformas: la **libertad de préstamo a interés** (L. 3-12 de octubre del 1789); **libertad del derecho de caza sobre sus propias tierras** (L. 28-30 de abril del 1790); **abolición del derecho de aubania** (L. 6-18 de agosto del 1790); **creación de patentes de invención** (L. diciembre 1790-7 de enero del 1791) y **Código Rural** (28 de setiembre-6 de octubre del 1791).

**5. Las principales leyes de la Asamblea Legislativa (1791-1792).—** Reemplaza la Asamblea Legislativa a la Constituyente. Dura desde el 30 de setiembre del 1791 al 21 de setiembre del 1792. Tiene la vida efímera de un año. Apenas instalada pide en una encuesta pública dirigida a los ciudadanos y extranjeros que den sus opiniones acerca del futuro Código; pero la carrera vertiginosa y agitada de esta nueva Asamblea no da tiempo a realizar la anunciada Codificación. Aunque lleva al cabo una tarea legislativa notable con la formación de ciertas instituciones que habían de servir luego para ser incorporadas al Código Civil. La ley del 18 de enero del 1792 establece la Adopción. El 23 de agosto del mismo 1792 se instituyen las Sustituciones fideicomisarias. Se organiza el estado civil por la ley del 20 de setiembre del 1792. Se fija la mayoría en 21 años y se suprime la **Patria Potestad** o Potestad Paterna por la ley del 28 de agosto del 1792. Se innova con el contrato del matrimonio y el divorcio por la ley del 20 de setiembre del 1792.

**6. Leyes diversas de la Convención.—** El órgano que sustituye a la Asamblea Legislativa es la Convención. Su existencia se prolonga más a pesar de sus luchas políticas: desde el 21 de setiembre del 1792

hasta el 26 de octubre del 1795. Saca tiempo para realizar una labor diversa legislativa por cima de las tempestades, desórdenes y violencias de aquellos tiempos tan enconados. La ley del 17 **nivoso**, año II (6 de enero del 1794), **sobre sucesiones**: "ley célebre que lega a las generaciones, escribe Esmein, un orde nuevo creado por la Revolución". Decreto del 5 de **brumario**, año II (26 de octubre del 1793) que se relaciona con la ley anterior: **sobre cláusulas contrarias a las leyes insertadas en donaciones y legados**. Decreto del 12 de **brumario**, año II (2 de noviembre del 1793): sobre derechos sucesorales de los hijos naturales en pie de igualdad con los legítimos. Ley hipotecaria del 9 **messidor**, año III (27 de junio del 1795): **Código Hipotecario**. "Idea excelente, anota Foignet, pero mal dispuesta en detalles y mal organizado el procedimiento". **Código de Delitos y penas** (integrado por 646 artículos): demasiado largo: votado el 3 de **brumario**, año IV. Sustituye los dos Códigos acerca de idénticas materias que había lanzado la Constituyente. Tal es la labor fundamental de esta Convención que cuando no se perpetuara en la Historia por sus inmortales rencillas y odios políticos, viviría por siempre en nuestro recuerdo por su trascendente tarea legislativa.

7 **Primer proyecto de Código Civil de Cambacérés**.— Esta Convención debía intentar algo más serio. Ordena a su Comité de Legislación presentarle un proyecto de Código Civil. Fíjale un mes. "Lo extraordinario, expone Planiol, es que el Comité realiza su cometido en este corto plazo". Fué hecho en el mes de agosto del 1793. Cambacérés, en nombre de ese Comité, presenta su proyecto de Código Civil. Los tratadistas le critican "su excesivo laconismo". Sólo contenía un artículo acerca de las actas del Estado Civil; otro para regular el domicilio; y así, sucesivamente, en total: 695 artículos.

En tal Código quedaban sin solución gran número de asuntos: los jueces estaban sin orientación en ellos. Pero esto había sido hecho exprofeso por la Convención que profesaba profunda aversión por el Derecho Romano y el Derecho consuetudinario de las legislaciones bárbaras y corrompidas, como hacen constar los expositores de la Historia del Derecho. "Se quería, dice Barrére, realizar el ideal de los filósofos: hacer leyes simples, democráticas y accesibles a todos los ciudadanos".

Esto es en cuanto a la forma. Ahora respecto del fondo del proyecto se hacía eco de las ideas reinantes; pero los miembros de la Convención no encontraron el mismo lo bastante revolucionario y de su agrado y rechazáronle. Nombróse entonces una Comisión de filósofos encargados de redactar un nuevo Código más conforme a ese espíritu de los tiempos, según comenta Sirey en los "Códigos Anotados". La vida tormentosa de la Convención le impidió ocuparse más de ésto.

8. **Segundo proyecto del Código.**—Atravesaba la Convención su segunda etapa después de la derrota de Robespierre cuando Cambacérés deposita su segundo proyecto de Código Civil. Es el 23 fructidor, año II (23 de agosto del 1793).

Se pusieron en discusión sólo algunos artículos votados; pero el resto ni siquiera se revisó. Era este Código más breve aun que su predecesor: 297 artículos, con una redacción demasíadamente sobria.

9. **Comentario minucioso del Derecho Intermediario: órganos que formaban la Asamblea Nacional; reacciones de la época revolucionaria; como se reflejó sobre el Derecho la Revolución política, económica y social; desaparición de los privilegios y su influencia sobre la unidad del Estado; Separación de la Iglesia y del Estado y su consecuencia sobre la Legislación.**—Retrocedamos un poco al tema que confrontamos anteriormente, para explicar en detalles el Derecho Intermediario. Se extiende este período del 1789 al 1795, como enseña Foignet, esto es, “desde el día de la convocatoria de los Estados Generales hasta la restauración definitiva de los Borbones en el trono”. Subdividese en dos fases: primera, etapa revolucionaria, hasta el Consulado: la tormenta política; segunda: la época reconstructiva “del edificio sobre nuevas bases, agrega Foignet, que existen en el presente”.

Este Derecho revolucionario comprendió todos los actos provenientes de la Asamblea Nacional que tomó el nombre de Constituyente cuando dió a Francia una Constitución política, y después se metamorfoseó en Asamblea Legislativa y Convención Nacional, de los dos Consejos de los Ancianos y de los Quinientos; y, por fin, los actos del Poder Legislativo bajo el Consulado pero con antelación a ser promulgado el título preliminar del Código Civil. “Los actos emanados de éstos órganos, explican Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, se inspiraron frecuentemente en un violento deseo de reacción contra el estado de cosas desaparecido”. Lo que vale decir, adoptaron tales actos con un verdadero espíritu revolucionario; su conjunto suele denominarse, pues, **Derecho Revolucionario**, en tanto que la época a que pertenece es llamada **Intermediaria** por los autores, porque es una transición, como referimos, entre el antiguo régimen y el nuevo régimen establecido por Bonaparte.

Esta revolución política, económica y social que fué la obra de tales tiempos que ahora comentamos, indudablemente que debía ejercer y ejerció así una influencia primordial sobre toda la legislación francesa. “Desconocidos los privilegios a algunas partes del territorio, escriben los citados maestros Baudry-Lacantinerie y M. Houques-Fourcade, a los “órdenes” más elevados en jerarquía de la época, en ciertos individuos favorecidos, hacíase más deseable y realizable la unidad legislativa, imagen visible de la unidad del Estado e igualdad de todos ante la Ley”. Era evidente, por otra parte, que la abolición del ré-

gimen de la feudalidad jurídica y afirmada ya la libertad de personas y de cosas, como una base nueva, se imponía una revisión integral del Derecho que descansaba sobre zócalos derruidos o sea, principios diametralmente opuestos. Y para acabar el nuevo delineamiento de las instituciones jurídicas de la época, la separación del poder temporal y del poder espiritual, trocaba en un imperativo "la secularización completa de una legislación que inspirada con frecuencia en dogmas de una religión del Estado, había incorporado a la ley civil preceptos del Derecho Canónico, e investido los Ministros del Culto Católico con verdaderas funciones públicas".

**10. Necesidad de Codificar las nuevas disposiciones relativas al régimen de la familia y de los bienes.**— La constitución de la familia y el régimen de los bienes, en cuanto al Derecho Privado se refiere, quedaron profundamente modificados en el estado de cosas creado por la Revolución. A veces se extendió este Derecho revolucionario llevado de su fervor político en reformas extremas que trataron de derrocar de un solo golpe todo el pasado que se contaba por centurias. Pero en general la obra jurídica de tal época es excelente. Aunque era muy vasta la labor por realizar y había que hacerla en parte y no festinarla: la medida era la necesidad. Hubo entonces el choque de principios opuestos entre un Derecho que moría y otro Derecho que nacía: su repercusión se sintió en plena Asamblea Nacional. Pero al fin y al cabo el Derecho nuevo se impuso y urgía codificar las flamantes disposiciones. Por éso, el Decreto del 6-24 de agosto del 1790 (en su título II, artículos 19-21) consignó la necesidad de formar "un Código General de leyes simples y claras". La Constitución del 3-14 de setiembre (título I, *in-fine*) consagra solemnemente en una disposición el proyecto de hacer "un Código de las leyes civiles comunes a todo el reino". Y la Constitución del 24 de junio del 1793 (art. 85), renovó esa promesa. Pero los tiempos no eran propicios a ese estado maduro del Derecho, y la Asamblea Legislativa que sucedió a la Constituyente cesó sin haber realizado esa verdadera obra de Codificación.

La abolición de la realeza, la promulgación de leyes nuevas, cuyo número aumentaba cada vez más, y las contradicciones entre las legislaciones monárquica y republicana, hacían indispensable una Codificación para evitar el caos jurídico que se había engendrado: El Directorio que va a suplantarse a la Asamblea Legislativa no tendrá más fortuna en la formación del Código, a pesar de sus esfuerzos en ese sentido y de sus leyes nuevas.

**11. El Directorio y su Derecho: leyes nuevas; tercer proyecto de Código Civil (24 pradiel, año IV).**—El Directorio reina del 27 de octubre del 1795 al 9 de noviembre del 1799. Como duró más que los regímenes anteriores influenciados por la Constituyente, la Asamblea

Legislativa y la Convención, pudo establecer mejores instituciones jurídicas. No impidió a la corrupción del Directorio su labor legislativa espléndida: emprende reformas originales: la ley del 11 de brumario, año VII, que organiza la transcripción que da publicidad a las ventas inmobiliarias y que el Código Civil ha de abandonar y luego restablecer, y la ley del frimario, año VII, sobre Registro y derecho de mutación de inmuebles que impera todavía en el Código.

En este Directorio se inicia una reacción jurídica. René Foignet dice: "Después de la derrota de Robespierre (9 thermidor, año II), la era de la reacción comienza. Esta tendencia se acentúa en el Directorio. Poco a poco se suprimen las providencias excesivas del régimen anterior; la mayor parte de las Iglesias pudieron de nuevo profesar su culto católico; la ley del 16 fructidor, año V, abroga las leyes de rigor".

Reformó, pues, el Directorio, las disposiciones excesivas o débiles de los órganos legislativos precedentes. Restituyó el apremio corporal (2-24 ventoso, año IV). Consignó el antiguo principio de la retroactividad de las leyes (4 germinal, año VI). Restringió el derecho de los hijos naturales en la sucesión (4 floreal, año VI). Suprimió muchas causales del Divorcio que había autorizado la Asamblea Legislativa.

En este período el Poder Ejecutivo estaba confiado a un Directorio de cinco miembros, designados por el Consejo de los Ancianos; y según los términos de la Constitución directorial del 5 fructidor, año III, el Poder Legislativo se repartía en dos Asambleas: **Consejo de los 500, y Consejo de los Ancianos.**

Este Poder Legislativo se ocupó también del Código Civil. Un tercer proyecto presenta Cambacérés al **Consejo de los 500** el 24 prarial, año IV. "Bajo el Directorio, escribe Foignet, un tercer proyecto fué presentado por Cambacérés al Consejo de los 500; pero los acontecimientos políticos impidieron discutirlo". Como expresa Foignet el estado político porque atravesaba Francia impidió conocer de este tercer proyecto del Código.

12. **Cuarto proyecto del Código Civil de Jacqueminot.**—De un cuarto proyecto del Código Civil hablan los tratadistas. Fué presentado por Jacqueminot en el intervalo entre la supresión del Directorio que ocurrió el 19 de brumario, año VIII, y la organización del Consulado el 22 frimario, del mismo año VIII. "Destinado a satisfacer la opinión pública, escribe Planiol, no fué nunca examinado". Y agrega Foignet: "Otro proyecto, preparado por Jacqueminot, no fué discutido".

De modo que este cuarto proyecto de Código Civil de Jacqueminot que no fué examinado hace que el que se presentara luego al Consulado, ocupase el quinto lugar en el orden cronológico.

13. **El Consulado y el Código Civil; Comisión de Redacción; Observaciones de los Tribunales.**—Es la obra del Consulado la labor jurídica

cumbre de Francia. La Constitución consular del 22 frimario, año VIII, organizaba el Poder Ejecutivo en un primer Cónsul y dos Cónsules adjuntos que sólo tenían voz consultiva. Bonaparte que ocupaba el primer rango en este Gobierno, y era el todopoderoso de la nación, se propone dar a su patria el Código Civil que en vano se le había prometido desde hacía tanto tiempo!

En este régimen el Gobierno propone la Ley. El Proyecto sometido al Consejo de Estado es discutido, y designa tres de sus miembros para sostenerlo ante el Tribunado. Este último órgano lo trasmite al Cuerpo Legislativo que lo aprueba o impugna en definitiva. Por último, el Senado Conservador vela porque el proyecto no sea contrario a la Constitución. Tal es en esta época el procedimiento legislativo.

El Primer Cónsul por su Decreto del 24 thermidor, año VIII (13 de agosto del 1800), nombra una Comisión de cuatro miembros para la redacción de ese proyecto de Código Civil. Tronchet, presidente del Tribunal de Casación de Francia; Malleville, juez de Casación; Bigot de Préameneu, Procurador General del Gobierno en la misma Corte; Portalis, Procurador del Gobierno en el Presidio.

Esta Comisión se reunió en la casa del presidente Tronchet. El trabajo fué dividido en materias: cada cual debía redactar una parte. Se terminó el Código en cuatro meses: conócese en la **Historia del Derecho** con el nombre de "Proyecto del año VIII". Fué impreso por Fenet y difiere del proyecto presentado al Tribunado el año 1801.

Sometióse dicho proyecto a los Tribunales. La Corte de Casación y el Tribunal de Apelación hicieron observaciones atendibles que contribuyeron a la preparación del texto. Pero todo ésto se hizo a la mayor brevedad posible: Bonaparte no quería dilaciones a su Código.

**14. Organización legislativa del año VIII (Constitución del 22 frimario): Consejo de Estado; Tribunado; Cuerpo Legislativo; Senado Conservador.**—La organización legislativa del año VIII comprendía un Poder compuesto de cuatro cuerpos: Consejo de Estado, Tribunado, Cuerpo Legislativo y Senado Conservador. El órgano inicial era el Consejo de Estado. Se componía de 80 miembros nombrados por el Primer Cónsul. Dividíase en cinco Secciones: Legislación, Interior, Finanzas, Guerra, Marina.

Este Consejo discutía técnicamente los proyectos de leyes preparados por la sección competente que ordinariamente era la de legislación. No podía ser convocado sino por ese Primer Cónsul quien con frecuencia lo presidía.

La misión del Consejo de Estado no era votar las leyes: exclusivamente confeccionaba los proyectos que remitía al Cónsul. Este podía proponerlos al Cuerpo Legislativo o desecharlos: sólo el Primer Cónsul tenía la iniciativa de la leyes. Cuando quería designaba tres

consejeros de Estado como Comisarios encargados de defender el Proyecto ante el Cuerpo Legislativo. Entonces el primer comisario redactaba la Exposición de motivos.

El Tribunado estaba formado de una centena de miembros elegidos por el Senado. Discutía los proyectos preparados por el Consejo de Estado y presentados por el Gobierno pero no los votaba: emitía sólo su opinión en conjunto en favor o adversamente al Proyecto, y encargaba a tres comisarios para defender sus dictámenes ante el Cuerpo Legislativo.

El Cuerpo Legislativo lo integraban trescientos. Sus componentes eran escogidos por el Senado pero de las listas aprobadas por el cuerpo electoral. Votaba las leyes pero no las discutía. Ha sido llamado **Cuerpo de mudos**. Tampoco podía adoptar o repudiar el proyecto en bloque.

El Senado Conservador no participaba en la formación de las leyes: vigilaba sólo la Constitución para que no fuera violada y anulaba los actos que la infringían. Estaba integrado por ochenta senadores inamovibles.

El Senadoconsulto del 28 floreal, año XII, le confirió el derecho de pronunciar de oficio la anulación de las leyes.

Tal era el mecanismo que se ponía en movimiento para la creación de las leyes. Su procedimiento era complicado. Ya trataremos de su funcionamiento.

15. **La Obra portentosa legislativa de la Revolución.**—Recogió el Consulado la obra portentosa de la Legislación revolucionaria. La idea germinal de la misma Codificación fué un legado glorioso del 89. Portalis en su célebre "Exposición de los motivos" de la ley del 30 ventoso, año XII", que inserta en su "Legislación civil, criminal y comercial de Francia" el glosador Locré, **confiesa que el Código es una idea de la Revolución**. "Entre todos los planes, dice Portalis, que fueron presentados para mejorar las cosas y los hombres, la idea de una legislación uniforme fué una de las que desde luego ocuparon más particularmente a nuestras asambleas deliberantes".

Empero Laurent hurga la genealogía de la unidad legislativa en los Príncipes antecesores de los hombres de la Revolución francesa. "El Rey que decía: **El Estado soy yo**, refiere Laurent, tenía ciertamente en alto grado la ambición de la unidad. Así escribía al calce de sus leyes: **Tal es nuestra voluntad**".

Commines refiere que Luis XI quería que en su reino "hubiera unas solas costumbres, un solo peso y una sola medida; que todas las costumbres fuesen puestas en francés, en un gran libro, para evitar la sutileza, y el latrocinio de los abogados, que es tan grande en este reino que no tiene igual en ningún otro". "La realización de ese deseo, dice Laurent, es el Código de Napoleón".

La obra legislativa de la Revolución destruyó los parlamentos y reemplazó "la garantía ilusoria del Registro con la intervención regular de la nación". La Revolución tuvo la ambición de sustituir el Derecho heterogéneo del período con una ley común o Código igual para todos.

En la inmortal noche del 4 de agosto del 1789, la Asamblea Nacional pidió un Derecho nacional. La libertad y la igualdad fueron la doble base de la Constitución política francesa que iba a crear esa Legislación. Sin embargo, tocó al Consulado la ventura de realizar la obra que quedó en esta época tumultuosa perfectamente delineada. El Feudalismo fué abolido en sus últimos vestigios; pero **la pasión por la igualdad y la libertad hizo que el legislador revolucionario traspasara los límites de una innovación legítima.** "El Consulado debía ser más afortunado", escribe Foignet en sus "Elementos de la Historia del Derecho Francés".

**16. Discusión del Código Civil en el seno del Consejo de Estado.**— Como ya expusimos, el Gobierno proponía la Ley por medio de su Primer Cónsul al Consejo de Estado. Este preparaba su texto, esto es, redactaba su texto en artículos. "La preparación de la Ley por esta Asamblea, escriben Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, abarcaba dos fases. La primera, a la que podría llamarse preparación provisional, era obra de la Sección del Consejo en cuyas atribuciones entraba el proyecto de ley, y que para el Código Civil era la Sección de Legislación.

Esta Sección examinaba el Proyecto en presencia de los miembros de la Comisión de redacción; y, después de haberle hecho las modificaciones pertinentes lo devolvía al Primer Cónsul, quien podía retirarlo, o reproducirlo, (modificado o aceptado). Si lo aceptaba, lo reenviaba al Consejo de Estado, y entonces comenzaba la segunda fase de la preparación, que se puede denominar definitiva. Entraba ese proyecto en las atribuciones del Consejo de Estado íntegro, lo que vale decir, reunidos todos sus miembros en Asamblea General.

La Asamblea, presidida por Bonaparte o por Cambacérés, y a la cual asistían los miembros de la Comisión de redacción designados, discutía el Proyecto, el cual había sido previamente impreso y distribuido entre todos sus miembros. Si se proponían enmiendas y el Consejo las adoptaba, se ordenaba el envío a la Sección de Legislación, para que procediera a una nueva redacción.

Después el Consejo de Estado preparaba la redacción definitiva del proyecto de ley. Su misión había ya terminado".

Tal era ese mecanismo en el Consejo de Estado. Devuelto el proyecto al Primer Cónsul, si este decidía que siguiera su curso, daba traslado de él al Cuerpo Legislativo. Tres oradores de ese Consejo,

escogidos por el Gobierno, sostenían el proyecto ante esta Asamblea, haciéndose una Exposición de los motivos de la Ley por el primer consejero designado.

Pero con antelación a pronunciar su fallo acerca del proyecto, el Cuerpo Legislativo le comunicaba al Tribunalado. Designaba esta nueva Asamblea una Comisión para que lo estudiara y presentara un informe, el cual luego de haberlo leído permitía su discusión en Asamblea General.

Esta Asamblea adoptaba o no el proyecto pero no podía presentar ninguna enmienda.

Escogía el Tribunalado de su seno tres oradores o "tribunos" encargados de mantener su criterio de rechazamiento o aceptación ante el Cuerpo Legislativo. Entablábase entonces un debate contradictorio entre los oradores del Gobierno y los del Tribunalado. Terminaba la lucha tribunicia y el Cuerpo Legislativo resolvía por voto secreto, y sin deliberación previa ni tener derecho de modificación alguna de la Ley, que era admitida o repudiada en conjunto.

En caso de que la votación fuera favorable, el proyecto se transformaba en ley. Pero no era ejecutoria sino hasta que hubiese sido promulgada por el Primer Cónsul. Esto se hacía diez días más tarde. Durante ese plazo el derecho podía ser referido al Senado Conservador por inconstitucionalidad.

"La complicación y la imperfección de ese mecanismo, comentan los citados Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade, especialmente la imposibilidad en que se hallaban el Cuerpo Legislativo y el Tribunalado de enmendar el proyecto, hicieron abortar una vez más la obra tan reiteradas veces emprendida. Con efecto, el primer proyecto presentado no fué aceptado por el Cuerpo Legislativo, conforme el voto del Tribunalado, el cual se preparaba a la impugnación del segundo, en razón de las disposiciones que contenía concernientes a la muerte civil y el derecho de **aubana**, cuando los Cónsules, por decreto del 12 nívoso, año X, retiraron todos los proyectos enviados al Cuerpo Legislativo".

Bonaparte que quería a todo trance ese Código que respondía también a su ideal de la unidad absoluta de Francia, se valió de una estrategia muy propia de los dictadores, para pasar por cima de la oposición del Tribunalado al cual juzgaba en parte desafecto a aquella situación política por quedar resabios en su seno del espíritu revolucionario. Primero, por el ardid del retiro del Proyecto, impidió su rechazamiento inmediato. El Mensaje decía: "Legisladores: El Gobierno ha resuelto retirar los proyectos de la ley del Código Civil. Con verdadero disgusto se ve forzado a dejar para otra época las leyes que con tanto interés habían sido esperadas por la nación; pero se ha convencido de que no ha llegado todavía el momento en que pongan al servicio de los debates de las mismas, toda la ecuanimidad y unánime buena voluntad e

intención que ellas reclaman". Después, realizó su verdadero golpe político para lo cual tenía pasmosa habilidad el amo de Francia en ese crítico período porque atravesaba la Historia. Resolvió mutilar el Tribunalado que le era adverso y dejarlo así en la impotencia. Con efecto, aprovechando la coyuntura de renovación a que estaban sometidos el Tribunalado y el Cuerpo Legislativo, en virtud de la Constitución del Estado, eliminó veinte de sus principales opositores en el primero, y sesenta en el segundo. Otro senadoconsulto del 16 thermidor, año X, redujo a cincuenta los tribunos, y dividió ese Cuerpo en Secciones con carácter permanente conforme a la anterior decisión del 11 germinal.

Una resolución del 18 germinal, año X, había establecido lo que se ha denominado la Comunicación oficiosa del Tribunalado, la cual debía preceder a la Comunicación oficial. Fué un expediente para evitar que la Ley fuera rechazada antes de un tanteo oficial. "Era una medida de precaución para saber de antemano la opinión del Tribunalado antes de los debates públicos, dice Planiol". El Consejo de Estado comunicaba al Tribunalado "a título oficioso y confidencial" el proyecto elaborado por el mismo: "el Tribunalado estudiábalo, y enviaba su opinión". El proyecto retornaba al Consejo de Estado el cual podía tomar en cuenta las observaciones y críticas del Tribunalado para evitar toda dificultad y hacerle viable. Poníase en relación directa la Sección de Legislación del Consejo con la Comisión del Tribunalado hasta que llegaban a un completo acuerdo extraoficial. Cuando estaban entendidos unos y otros, se reenviaba el Proyecto al Cuerpo Legislativo por el Consejo de Estado, y aquél le transmitía al Tribunalado, conforme a la Constitución: era la llamada **Comunicación Oficial**. Era, pues, la discusión del proyecto en estas condiciones una mera formalidad. Por este ardid y "el golpe de mano" anterior del Cónsul el Código se viabilizó y fué votado.

"En el intervalo entre el retiro del proyecto de Código Civil y su nueva presentación, confirma René Foignet, el Tribunalado había sido amputado de la mitad de sus miembros independientes por la Ley del 16 thermidor, año X. Gracias a este hábil expediente, el trabajo de redacción del Código siguió rápidamente su curso, y en el espacio de dos años, treintiseis leyes fueron sucesivamente votadas y promulgadas".

17. **Contenido de ese Código.**—Ese Código Civil estaba compuesto de 36 leyes pero no fueron votadas de una sola vez. Desde marzo del 1803 hasta el mismo año 1804, esto es, un año, fueron aprobadas ellas una a una —como nuevo expediente que facilitaría su sanción— ya que impedía llamar la atención sobre el cuerpo legal en conjunto: fueron después reunidas estas leyes en el Código. Su conte-

nido era de 2,281 artículos que quedaban unificados en un cuerpo legal, llamado "Código Civil de los franceses" por la ley del 30 ventoso, año XII (21 de marzo del 1804), data cierta del acontecimiento del Código. "Así fueron sucesivamente decretadas y promulgadas treintiseis leyes; dicen Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade, agrupadas luego en un solo cuerpo, en una misma serie de artículos, en ejecución de la ley del 30 ventoso, año XII (21 de marzo del 1804), para formar el **Código Civil de los franceses**. Cada una de esas leyes era ejecutoria a partir de su promulgación".

18. **Fuentes del Código Napoleón.**—Las fuentes principales que han sido utilizadas en el Código Napoleón fueron: las **Costumbres**, sobre todo la de París; el **Derecho Romano**; las **Ordenanzas Reales** y las **Leyes revolucionarias**.

El Derecho consuetudinario ha dado como aportación la mayor parte de las materias acerca de la incapacidad de las mujeres casadas, la potestad marital, la comunidad de bienes entre cónyuges, y numerosas reglas sucesorales. Para Beaumanoir, "el Derecho está fundado ante todo en la antigua Costumbre, y toda alteración, por vía de autoridad, del estado de cosas antiguo, es un nuevo establecimiento". El Derecho Romano ha servido como factor fundamental sobre la propiedad, las Obligaciones, algunos contratos, y el régimen dotal en el matrimonio.

Las Ordenanzas Reales han sido utilizadas para las **actas del Estado Civil** (Ordenanza de abril del 1667); **Donaciones, Testamentos, y Sustituciones fideicomisarias** (Ordenanzas de d'Aguesseau del 1731, 1735 y 1747); **Prueba** (Ordenanza de Moulins, del 1566, y Ordenanza de abril del 1667), y para la **Purga de las Hipotecas** (Edicto del 1771).

Las leyes revolucionarias fueron aprovechadas en materia de **mayoridad, matrimonio y régimen hipotecario en general**.

Además de estas fuentes primarias en que se abrevó para la formación del Código, hay otras dos secundarias que sirvieron a sus autores. La **Jurisprudencia de los antiguos Parlamentos** que dió el material para el título de la **ausencia** y que ha influido poderosamente en diversas partes del Derecho Romano, por ejemplo, sobre el **régimen dotal** modificado por la agregación de una "sociedad de gananciales". El **Derecho Canónico** ha servido para establecer las reglas del **matrimonio** y de la **legitimación**, según nos informa D' Espinay en su notable obra acerca "De la influencia del Derecho Canónico sobre la legislación Francesa". "El Derecho Canónico se había conservado en la antigua Francia, dice Esmein, con el valor de una ley viviente e imperativa". Y agrega: "El Procedimiento canónico, civil y criminal había ejercido una influencia profunda sobre el desarrollo del procedimiento de las Cortes seculares. Cuando el

viejo Procedimiento feudal se altera primero, y después desaparece, fué el Derecho Canónico el que provee principalmente de los elementos y las reglas de aquel que le reemplaza”.

19. **Elemento romano del Código Civil. (Elogios de Portalis y de Bigot de Préameneu).**—En el momento en que se discutió el Código Civil se censuró a sus redactores y se les echó en cara “el haberse circunscrito a formular los principios del Derecho Romano y de nuestras antiguas costumbres”, al decir de Locré. El reproche era un elogio, según Laurent. Portalis airoosamente respondió que “nunca se había entregado un pueblo a la peligrosa empresa de separarse súbitamente de todo lo que lo había civilizado, volviendo a empezar su existencia en cierto modo”. En respaldo de su defensa Portalis citó la Ley de las XII Tablas, los Códigos de Justiniano, las Ordenanzas de Luis XIV y el Código de Federico. No sentía hacia el pasado esa aversión el legislador francés de la décima nona centuria. Cuando se compara el lenguaje de Portalis con el de Barrère, arguye Laurent, se ve que Francia había entrado en una nueva era: “El Derecho escrito, dice, que se compone de las leyes romanas, civilizó a Europa. El descubrimiento que de la compilación de Justiniano hicieron nuestros antepasados, fué para ellos una especie de revelación. 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 **razón escrita** de aquellas que no eran más que instituciones particulares, extrañas a nuestra situación y nuestros usos”.

Portalis en su **Discurso preliminar** traído por Locré en la “Exposición General del sistema del Código Civil” de su obra, concede que en “las costumbres se ven las huellas de nuestra barbarie primitiva”; pero también hay que ponderar, añade, “que hacen honor a la sabiduría de nuestros padres, que han formado el carácter nacional y que son dignas de los mejores tiempos”.

Realmente el Derecho Francés le debía mucho al pasado de que la Revolución había renegado con tanta noble pasión y hasta cierto punto en el Código Civil se tuvo un espíritu que trató de reaccionar de esa ceguedad del período intermediario. El elemento romano que se tomó en cuenta por los autores de ese Código lo evidencia.

Este factor latino que se trajo como aglutinante en la confección del Código Civil Francés ha sido denunciado y alabado por otro de sus autores insignes. Bigot de Préameneu empieza su **Exposición de los motivos** del título IV, con un elogio también del Derecho Romano: “Pero es tal el orden admirable de la Provincia, que no es necesario para arreglar todas las relaciones, más que conformarse a los princios

que existen en la inteligencia y en el corazón de todos los hombres. Este es, conforme a la equidad y a la conciencia de los romanos, quienes dejaron un cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación”.

Pero recomiendan los ilustres colaboradores de las “Pandectas Francesas” no tomarse al pie de la letra lo que los oradores del Gobierno y del Tribunalado han dicho de la autoridad del Derecho Romano. La tradición jurídica representó gran papel cuando se hizo el Código Civil francés pero se crearon nuevos principios por las leyes revolucionarias y por el nuevo espíritu de la Francia de ese momento que formaron otros tantos elementos de vital importancia en la Codificación.

Conviene aclarar además cuál fué el Derecho Romano que se utilizó en ese Código. No fué el Digesto dicen los autores. “Nosotros dudamos mucho que los autores del Código Civil, escribe Laurent, hayan consultado, siquiera una vez, las compilaciones de Justiniano, pues no citan ni aun a los grandes jurisconsultos del siglo XVI, y no creemos hacerles ninguna injuria diciendo que el nombre de Doneau les es completamente desconocido”.

En verdad las fuentes romanas en que han bebido los redactores del Código Civil francés son las compilaciones de Justiniano; pero no son ellas una obra legislativa, puesto que lo que Bigot-Préameneu llama Legislación romana, se compone de fragmentos mutilados tomados en los escritos de los juristas latinos, en cuyas obras más brilla “el espíritu de equidad que el rigor de sus deducciones”, por lo cual Leinitz les compara a los matemáticos”, “pues sostienen los principios como fórmulas algebraicas”. He aquí, concluimos nosotros, porqué el Derecho Romano es un verdadero instrumento de educación jurídica. Rebasando toda otra falaz afirmación de los comentaristas, consignaremos en esta ocasión que los auténticos padres del Código fueron Domat y Pothier. Sobre todo, al título “De las Obligaciones” se le debe casi todo, bien que las **Leyes Civiles** de Domat y el Tratado de las Obligaciones de Pothier les son muy deudores al Derecho Romano.

**20. La equidad de costumbres en las fuentes del Derecho Francés superior al Derecho lógico de los romanos. El Derecho Romano ya no es la razón escrita sino la Historia.**— Ese Derecho Romano ya se había transfigurado por la equidad de las costumbres y el comentario de los intérpretes cuando sirvió de fuente del Código Civil francés. Tal equidad de las costumbres era superior al Derecho lógico de los jurisconsultos del Lacio. **El Derecho Romano ya no era la razón escrita sino la Historia** como segura Laurent. “La Corte de Casación cita dos adagios tomados de los textos romanos, escribe: uno dice lo contrario de lo que consigna el otro: “Un contrato puede continuar subsistiendo aun cuando algún acontecimiento impida el principio de su realiza-

ción". Esta es la regla que tiende a sostener el contrato. He aquí la otra que tiende a resolverlo: "El contrato queda resuelto si, mientras no se ha cumplido, algún acontecimiento impide su principio". Poco nos importa la contradicción real o aparente que existe entre dos máximas del Digesto, cuando el Código no reproduce ninguna; esto es, de la Historia, y por muy largo tiempo se ha respetado esta historia, lo mismo que cualquiera otra, como la expresión de la más absoluta verdad: la Historia es la narración de nuestros errores y de los esfuerzos que hacemos por descubrir la verdad. Dejemos pues el Digesto y atengámonos siempre al Código".

Ese Derecho lógico de los Romanos es ya una tradición muerta: Pothier no le da más valor. Domat repudia las sutilezas latinas, y prefiere casi siempre la equidad que trajeron las costumbres: fué una fuente más límpida y pura para el Derecho justo y humano que encerraron en el Código sus eminentes creadores.

21. **Materias tomadas del Derecho latino (acción pauliana; acción en reivindicación con modificaciones; obligaciones contractuales; obligaciones naturales; prueba testimonial; traslación de propiedad entre las partes y los terceros; reserva).**— Es indudable que si no se seguían con todo rigor los principios del Derecho Romano en la antigua Jurisprudencia francesa, según Rousseau de la Combe y otros, quienes llegan hasta decir que "las costumbres francesas eran del todo contrarias a las leyes romanas", es absolutamente cierto que en ciertas materias tales principios imperaron en el Código Civil.

Entre estas materias tomadas del Derecho latino podemos enumerar: **la acción pauliana; acción en reivindicación con modificaciones; Obligaciones contractuales; reserva sucesoral.**

La acción pauliana es de genealogía romana: tomó el nombre del pretor **Paul** que introdujola. Está consagrada en el artículo 1167 del Código. El guía en este asunto ha sido Domat que le dedica una sección y todo lo que vierte en ella está extraído de las leyes romanas. Pothier apenas se ocupa de dicha acción y lo hace con cierto menosprecio. Así es, pues, la acción pauliana del Derecho Romano la que reprodujo el Código Civil francés. "Los oradores del Gobierno y del Tribunado se limitan, dice Laurent, a parafrasear la Ley, sin agregar ninguna restricción". El Derecho tradicional fué el que pasó en la materia al Código Napoleón.

La acción que nace del derecho de propiedad se denomina reivindicatoria. En error manifiesto incurrieron los intérpretes queriendo introducir los principios de la **publiciana** en el Derecho Civil.

En Derecho Romano se admitía a más de la acción en reivindicación otra acción conocida por los legistas con el nombre de "publiciana". En la legislación de Justiniano es "la acción por la cual una per-

sona que ha obtenido una cosa por entrega y con justa causa, puede, si se le despoja, reivindicarla con sus accesorios, como si la usucapión estuviese ya cumplida, bien que no hubiese comenzado”, según la define Jacobo Flach en sus “Estudios críticos de la Historia del Derecho Romano en la Edad Media”. Algunos tratadistas sostienen que la publiciana existe todavía en el Derecho moderno; pero esto es inexacto. Bastará fijarse en la definición anterior sacada de la *Instituta*, para ver el error: la publiciana tiene como base una ficción puesto que supone transcurrida la prescripción, por más que no lo esté. Tratando este asunto nos explica el maestro belga citado: “¿Incumbe al intérprete crear una propiedad ficticia y dotarla de una acción? No por cierto; y ésto decide la cuestión. Nada más débil que las razones que se invocan para mantener la publiciana”.

Se invoca la autoridad de Pothier quien admitía la publiciana fundada en la equidad. Pero en el Derecho antiguo francés los juristas podían apoyarse en la equidad, porque no debían sujetarse a ley alguna; pero es distinto en el Derecho francés que sí existe. Además habría que justificar que los autores del Código Civil quisieron mantener la publiciana, y para ello se necesitaría un texto expreso por tratarse de una ficción, esto es, de una excepción. Es mudo el Código y eso es suficiente para que debamos optar por la negativa. Sin embargo la Jurisprudencia francesa se declaró en favor de una opinión intermedia, Aubry y Rau no admitían la publiciana tal cual regía en el Derecho Romano pero mantenían sus efectos compatibles con los principios del Derecho moderno: de ahí una fuente interminable de conflictos en la práctica.

De modo que lo cierto es que la acción en reivindicación romana ha sido transmitida al Código francés con profundas modificaciones.

Este mismo Código tomó mucho del Derecho Romano, repetimos, en materia de Obligaciones contractuales. En primer lugar le sirvió el patrón latino para resolver las llamadas “Obligaciones naturales” que el sabio autor de la Ley francesa no define; pero que reconoce implícitamente en sus efectos en el artículo 1235: “la repetición no es admisible respecto de las obligaciones naturales que se han contraído voluntariamente”. En el silencio de la Ley se debe recurrir a la tradición, aunque los tratadistas están de acuerdo en que esa tradición romana debe echarse a un lado. Pothier afirma que la obligación natural del Derecho Romano no existe ya en el Derecho Civil. “Los pactos, dice, llegan a ser verdaderas obligaciones”. Mientras que en Roma los pactos eran, por el contrario, “el recurso principal de esas obligaciones naturales”.

Parece ser cierto que la teoría romana es extraña al Derecho Civil francés, “porque para admitir diversas obligaciones naturales con efectos diversos, se necesitaría un texto, ya que sólo el legislador pudo

reglamentar esta materia; y ese texto no lo hay". De acuerdo ya esta opinión de Laurent con el espíritu de la Ley que está conforme con su silencio. Por más que traemos la obligación natural como materia sacada del texto romano por conservar la doctrina de la mayoría de los jurisconsultos.

La solidaridad entre acreedores se remonta al Derecho Romano, aunque no de manera total. Hay cierta innovación en el Código Civil que desecha un poco el rigor jurídico latino. Domat explica magistralmente el asunto que va a dar el contenido del artículo 1197 del Código Civil. "La solidaridad entre muchos acreedores, dice, no tiene el efecto de que cada uno de ellos pueda apropiarse la deuda íntegra privando a los otros; sino que consiste solamente en que cada uno tiene el derecho de demandar y recibir el total, y el deudor al pagar a uno solo, excluye la mora respecto de los otros". Domat concibe, no obstante, que "cada acreedor puede hacer novación", aunque termina por negar el principio romano, alegando que "uno de los acreedores nada puede hacer con perjuicio de los otros". Tal es el principio del Derecho moderno.

Es admitido por la doctrina que la prueba testimonial del artículo 1348 del Código Civil es de origen romano: la excepción de que se pueda probar por testigos el accidente que produjo la pérdida de un título. Es la teoría, entre otros, de Duranton, Larombière y Laurent.

La traslación de propiedad entre las partes y los terceros proviene de la legislación romana; es el caso del artículo 1407 del Código Civil, que dice: "El inmueble adquirido durante el matrimonio a título de cambio por el inmueble que pertenecía a uno de los esposos, no entra en comunidad, y queda en lugar del que se ha enajenado, salvo la recompensa, si hay lugar a ella".

Por último, la reserva sucesoral "tiene su origen en el Derecho Común, pero fué profundamente modificada por las Costumbres". La Corte de Casación de Francia ciertamente mantuvo una doctrina legal errónea al identificar la legítima del Derecho Romano con la Reserva del Código Napoleón. En nuestra primera tesis para optar la Licenciatura en Derecho Civil ante el antiguo "Instituto profesional", intitulada: "Debe abolirse el Derecho a la reserva, en la sucesión de los hijos legítimos y de los ascendientes, consagrado por el sistema seguido en la legislación dominicana", delineamos las diferencias entre estas dos instituciones de la **reserva francesa** y la **legítima romana**. La reserva y la legítima tienen de común el **fin jurídico** de restringir, en favor de ciertos parientes, las liberalidades hechas, ya a los extraños, ya a los parientes, y a ambas asiste también una **razón moral** idéntica; a saber: el respeto debido a los lazos de familia y la observación de los deberes que estos vínculos conllevan. El beneficio de la legítima como el de la reserva, no puede ser invocado directamente y por vía

de acción sino por los parientes investidos con la calidad de herederos y aceptantes. La legítima y la reserva, implicando ambas la calidad de herederos como causahabientes en favor de los que se declaran por la Ley, implican el embargo legal. Y en fin, la sanción para los dos derechos es la misma: la reducción de las liberalidades que traspasen la medida de lo disponible.

He aquí sus desigualdades: el origen histórico es diverso: la reserva viene del Derecho germánico y del Derecho de Costumbres; la legítima se deriva del Derecho Romano. La causa final no es idéntica: la reserva tiene por fin, dentro de un interés político y social, asegurar la conservación de los bienes en la familia; el fin de la legítima es más modesto; pero también más respetable: preservar la subsistencia de los más próximos parientes. Las personas en favor de las cuales son establecidos ambos derechos no son las mismas: la reserva concierne a todos los parientes llamados a la sucesión de los bienes del causahabiente, sin distinción de orden o de grado; la legítima no es reconocida en principio más que a los descendientes. La reserva invalida, en general, disposiciones testamentarias y donaciones; la legítima suele pactar con ciertas donaciones entre vivos. La cantidad de los derechos es diferente: la reserva oscila en Derecho Común, para los ascendientes y descendientes, de la mitad a las tres cuartas parte de los bienes sucesorales; la legítima consiste ordinariamente en la mitad de la parte que cada hijo hubiera tenido en ausencia de disposiciones a título gratuito. Y para finalizar: en tanto que el heredero reservatario no puede, en ningún caso, reclamar el beneficio de la reserva ni renunciar a la sucesión (ya por vía de acción, ya por vía de excepción), con el legitimario, ocurre todo lo contrario, puesto que puede retener la legítima por vía de excepción, renunciando a tener para sí una donación que le ha sido hecha.

Y si registramos la Ley de las XII Tablas, encontramos que la legítima era un derecho tan sólo atribuido a los parientes en su calidad de herederos (**pars bonorum**); la **reserva de costumbre** era, por el contrario, un derecho puramente hereditario, suponiéndose necesariamente entre los legitimarios la calidad de herederos (**pars hereditus**).

La transformación sufrida por la legítima romana bajo la influencia de la Jurisprudencia consuetudinaria era inevitable como afirman los colaboradores de las Pandectas Francesas. En el Derecho Romano y en las provincias de Derecho escrito, dice M. Demolombe, la legítima fué considerada como una porción de los bienes del difunto, atribuida a los legitimarios **jure sanguinis** y hasta fuera de la herencia.

**22. Innovaciones de las leyes revolucionarias francesas (Adopción; Tutela Oficiosa; Sucesiones; Sustituciones fideicomisarias; etc.): no abrogación de esta legislación. —** Expusimos que la Revolución desde

sus primeros pasos en el memorable año del 1789, tuvo el móvil de innovar la legislación francesa. Votó leyes revolucionarias en materia de Adopción, Tutela Oficiosa, Sucesiones, Sustituciones fideicomisarias; y además, la Asamblea Nacional consagró las leyes de las costumbres en estas otras materias: publicidad, potestad paterna, reserva y sucesiones.

En suma: se modificó en sus propias raíces la adopción romana. propios países de Derecho escrito no la consagraban entre sus instituciones. La proscribían expresamente algunas costumbres. "La adopción no tiene lugar", decía la costumbre de Lille (título XVI, art. 4o.). La misma prohibición se encuentra en la Costumbre de Audenardo (rúbrica XX, art. 3o.)

El Derecho Romano la admitía debido al carácter formal de la familia romana. "Los germanos, dice Laurent, ignoraban las ficciones romanas, siguiendo las leyes de la naturaleza, y por ésto escribieron en su Derecho consuetudinario: **La Adopción no tiene lugar**".

Pero el Derecho revolucionario la restableció como principio por su ley del 18 de enero del 1792. Se presentaron seis proyectos por la Sección de Legislación del Consejo de Estado que fueron sucesivamente adoptados, reprobados y rehechos.

En suma: se modificó en sus propias raíces la adopción romana. Tal como consagra el Código Civil francés fué trasladada del Código prusiano, según explica Toullier en su "Derecho Civil francés".

En la adopción latina el adoptado entraba en la familia del adoptante, mientras que en el Código Napoleón la adopción no produce cambio alguno en dicha familia. Bonaparte criticó duramente la adopción aceptada por el Código. "Si la adopción, dijo, no ha de hacer nacer entre el adoptante y el adoptado los sentimientos y afectos de padre y de hijo y llegar a ser una imitación perfecta de la naturaleza, es inútil establecerla. No es efectivamente más que una simple institución de heredero".

Los redactores del Código organizaron la Tutela Oficiosa para preparar la Adopción. Proudhon define la Tutela Oficiosa diciendo que es "un contrato de beneficencia, por el cual el tutor llamado oficioso, se encarga de gobernar y administrar gratuitamente la persona y los bienes del pupilo, obligándose, además, a educarle a sus expensas y a ponerle en aptitud de ganarse la vida".

La ley del 15 de marzo del 1790 suprimió los derechos de primogenitura y masculinidad; prevaleció la igualdad en las sucesiones que se hizo patente por la ley votada por la Asamblea Nacional del 8 de abril del 1791, cuyo artículo 1º decía: "...queda abolida de hoy en adelante, toda desigualdad entre los herederos **ab intestato**, de las calidades de primogénitos o de segundones, de la distinción de los sexos o de las exclusiones del Derecho consuetudinario ya sea en línea di-

recta, ya sea en línea colateral; todos los herederos en grado igual sucederán por partes iguales en los bienes que la ley les confiere... En consecuencia, quedan abrogadas las disposiciones de las costumbres o estatutos que excluían a las mujeres o a sus descendientes, del derecho de suceder con los varones o con los descendientes de éstos”.

Esta fué una verdadera revolución en el Derecho Privado que completaba la revolución política establecida en el Derecho Público el 4 de agosto del 1789.

La ley del 8 de abril del 1790 abroga las disposiciones de las costumbres en la partición de los bienes de un mismo padre o de una misma madre, puesto que establecía diferencias entre los hijos nacidos de diferentes matrimonios.

La ley del 27 de nivoso, año II, abrogó la regla **paterna paternis**, y puso en su lugar la división por líneas en la sucesión; tomó del Derecho Romano la unidad del patrimonio; pero lo modificó de acuerdo con el espíritu de la época revolucionaria.

“La co-propiedad de familia, escribe Laurent, nada tenía de común con el Feudalismo; y se habrían podido mantener todas las instituciones que a ella se referían”.

Esta co-propiedad de familia trataba de asegurar la unidad del patrimonio, sobre todo, a la hora de abrirse la sucesión: no tenía más objeto que conservar los bienes patrimoniales en esas familias como el llamado “retracto de linaje”. Fué, sin embargo, uno de los primeros que derrocó el hacha de la Revolución: la Asamblea Constituyente lo abolió. Merlin trata en vano de explicar esta abrogación. “El retracto, dice, tiene su origen en las costumbres germánicas, el derecho de guerra privada reinaba en las familias, y éstas imponían a cada pariente la obligación de atender a las querellas de todos. Como hacía siglos que habían cesado las guerras privadas, casi no se concebía que que les hubiese sobrevivido el derecho de retracto”.

En el fondo, la Convención Nacional que decreta que “la ley no reconoce ninguna diferencia en la naturaleza de los bienes, ni en su origen, con el fin de normar su transmisión”, lo que hace es abolir la regla **paterna paternis**, base de la transmisión de los bienes por vía de herencia. De ahí que hayan comparado a la ley de nivoso con la **declaración de Derechos** de la famosa noche del 4 de agosto del 1789; pero es una exageración porque esta ley es medio revolucionaria y medio conservadora: **el factor tradicional que ha conservado, transformándola, ha venido a ser una de las bases del orden de las sucesiones adoptado por el Código Civil.**

Además de estas creaciones del Derecho Intermediario, es un hecho en la historia de las instituciones jurídicas francesas, que las leyes revolucionarias consagraron las leyes de costumbres en varias materias ya señaladas. Trataremos ahora por separado cada una de ellas.

Apesar de que la regla fué que la ley del 30 ventoso, año XII, abrogó las costumbres, no dejaron de persistir las **costumbres de investidura**, en la Inscripción y Transcripción; y, sobre todo, las **costumbres de empeño**. En los usos denominados de **posesión y de fianza**, la propiedad de los inmuebles se transfería por la Ley o por la **realización**. Equivalía esto último a una toma de posesión comprobada por los Tribunales en registros públicos depositados en la secretaría". La fianza o garantía es en el fondo idéntica a la transcripción, dice Laurent; no difiere más que en las formalidades, que conforme a la costumbre, eran judiciales; mientras que de acuerdo con nuestro Derecho son administrativas". Tal diferencia provenía de que antes del Derecho revolucionario los Tribunales estaban investidos con la Jurisprudencia contenciosa y voluntaria.

Es cierto lo que algunos autores afirman que "los principios del Derecho germánico pasaron a las costumbres y de ellas al Código Napoleón". Tal fué el caso de la Potestad Paterna (Patria Potestad). Real asienta que esa Potestad Paterna adoptada como institución francesa "recuerda su origen salvaje". Empero, Loysel dice en su **Instituta consuetudinaria**: "No tiene lugar el derecho de Patria Potestad". Lafferrière critica la regla de Loysel. Pero el error se remonta hasta Bacquet y Dumoulin, "el oráculo del Derecho consuetudinario". Entre los bárbaros, la familia se resume en su jefe, que es quien la representa pero a título sólo de protector: la **potestad** se cambia en **tutela**; el **dominio** del padre de familia se trueca en la **guarda**: en ese sentido sería exacto decir que "los germanos ignoraban la patria potestad", Pero modificada y todo esa Potestad Paterna es de genealogía costumbrista aplicada por el Código Napoleón: el padre tiene por ella un derecho sobre sus hijos; pero un derecho que es de protección: más deber que derecho.

La reserva sucesoral es de origen consuetudinario más que romano. Ya explicamos este punto. En contra de esta interpretación hay cierta sentencia de la Corte de Casación de Francia del 17 de julio del 1854, según trae Dalloz en su **Repertorio de Jurisprudencia**, que "se diría redactada por Paulo o por Ulpiano": en la misma se habla de **legítima** cuya diferencia establecimos con la **reserva**, y de "querrela de inoficiosidad" que es expresión extraña a la legislación moderna. "Considerando, dice otra sentencia de la Corte de Bruselas, que es **evidente** que sólo a **título de herederos** los parientes del difunto a los cuales la ley concede una **legítima** o **reserva** recojan los bienes que la componen".

Esa sucesión costumbrista pasó al Código. Zacarías dice que ella estaba fundada en la idea de una co-propiedad de familia que se encontraba en el Antiguo Derecho germánico y que de allí se vació en las costumbres. Domat interpreta la toma de posesión en igual sen-

tido, y comprende la máxima consuetudinaria, formulada por Loy-sel "...el muerto hace que se apodere del vivo, el más próximo heredero hábil para heredar".

La ley del 30 ventoso, año XII, no abrogó las leyes revolucionarias, que quedaron en pie en las materias no legisladas. Tal es la buena doctrina. Es errónea la opinión contraria sostenida en el Consejo de Estado. "La promulgación, decían Portalis y Cambacérés, hace que la ley sea auténtica, y dándole toda su virtud e invistiéndola de todos sus caracteres, independientemente de su publicación, sería injusto privar de la facultad de hacer uso de ella a los que la conocen aunque sea sólo por la publicación de hecho".

**23. Abrogación del Antiguo Derecho.**— El Código Civil derogó el Derecho anterior: la ley del 30 ventoso, año XII, previene en su artículo 70: "Luego que sea ejecutorio el Código Civil dejarán de tener fuerza de Ley general o particular, las leyes romanas, las Ordenanzas, las Costumbres generales locales, los Estatutos y los Reglamentos, en las materias que forman el objeto de las referidas Leyes y forman el presente Código". La ley ventoso fué más lejos: bastaba que una materia hubiese sido tratada por el Código para que quedara derogado todo el Derecho antiguo concerniente a tal materia: abrogación total del Derecho anterior al 89. Todas las materias del Derecho Privado estaban previstas en ese Código Napoleón, excepto las de **enfiteusis y superficie**. De ahí que el Derecho Antiguo quedara en vigor en estas materias. En los Países Bajos se llenó tal vacío legislativo con la creación de una ley especial. El cónsul Cambacérés hizo en el Consejo de Estado respecto del artículo 7º la siguiente observación: "El Código Civil no contiene la solución de todas las cuestiones que puedan presentarse: los Tribunales deberán apoyar sus fallos en las leyes romanas y en las costumbres".

**24. Bibliografía de los Trabajos Preparatorios.**— Los monumentos del Derecho para ilustrar los orígenes del Código o sea, la verdadera bibliografía de los Trabajos Preparatorios, se reducen, según Esmein, a tres principales: 1o. **Obras de Merlin de Douai**, quien desempeñó un papel preponderante en la Asamblea revolucionaria y fué después Procurador General del Imperio. Es Repertorio universal y comentado de Jurisprudencia, y además compilación alfabética de asuntos jurídicos. 2o. **Recopilación completa de los Trabajos Preparatorios del Código Civil**, el cual abarca lo siguiente: a) texto del PROYECTO; b) **Observaciones** del Tribunal de Casación y de los Tribunales de Apelación; c) **Discusiones** literalmente insertadas en los procesos verbales del Consejo de Estado; d) **Exposiciones de los motivos y relaciones de los discursos pronunciados en los Cuerpos Legislativos y Tribunalado**. Fué publicada por Fenet en 15 volúmenes, in-8º, del 1827 al 1828. 3o. **Le-**

**gislación Civil, Comercial y Criminal de Francia**, por Locré, publicada en 31 tomos, in-8o., en París, del 1827 al 1832. Comprende esta obra los Trabajos Preparatorios de los cinco Códigos. Los 16 primeros volúmenes sólo se refieren al Código Napoleón, Locré omitió las Observaciones de los Tribunales insertadas por Fenet. "También se puede consultar agrega Planiol, a Malleville, "Análisis razonado de la discusión del Código Civil", en 4 vol., 1804-1805: edic., 1822; y, Portalis, "Discursos, relatos y trabajos inéditos sobre el Código Civil", publicados por Suniéro en 1845".

Los procesos verbales del Consejo de Estado se habían publicado oficialmente en edición aparte e incompleta (París, años X-XII, 5 vol., in-4o.). Otra publicación menos completa que las citadas de Merlin, Fenet y Locré, había sido autorizada bajo el Imperio por Favard de Langlade, en 10 volúmenes, in-12. (1804-1820), y de la cual apareció una cuarta edición el año 1838.

**25. El Código Civil como una verdadera compilación de las leyes que atañen a la Familia, la Propiedad y las Obligaciones.**—Es el Código Napoleón como una verdadera recopilación de las leyes anteriores que atañen a la familia, la propiedad y las obligaciones. "El Código Civil puede ser definido, dicen Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade, como la recopilación del Derecho Privado Teórico y General: **teórico**, a pesar de que contiene algunas disposiciones de Derecho Privado práctico, el que se halla principalmente comprendido en el Código de Procedimiento Civil; **general**, aunque en él encontremos disposiciones de Derecho Privado especial, cuyo mayor número están contenidas en el Código de Comercio. El Código Civil es así, el Código general de la familia y del patrimonio".

**26. El Código y su División.**—El Código Civil francés está dividido en tres libros. Está precedido de un **Título Preliminar** que comprende los artículos 1 al 6. Trata de "la Publicación, de los efectos y de la aplicación de las Leyes en general". El libro I abarca el mismo Título Preliminar y se extiende desde los artículo 1 al 515. Se subdivide en 11 títulos, se denomina: "De las Personas". El libro II, se compone de los arts. 516 al 710, intitulado: "De los Bienes y de las diferentes modificaciones de la Propiedad". Contiene cuatro títulos. El libro III, comprende de los arts. 711 al 2281, designándose: "De las diferentes maneras como se adquiere la Propiedad". En total: 36 títulos. Contiene 36 leyes esa compilación que se llama Código Civil.

Estos títulos se reparten a su vez en capítulos, y estos últimos se vuelven a dividir en secciones compuestas de párrafos. El nombre de cada división se llama rúbrica.

En cuanto a los 2281 artículos llevan una numeración corrida, lo cual facilita su búsqueda para el estudio. Es útil señalar en las citas el párrafo del artículo mencionado.

**27. Ediciones y nombres del Código.**—Se han hecho diversas ediciones del Código y ha sufrido diversas transformaciones en su nombre.

Hay que distinguir las ediciones oficiales y las privadas. La primera fué decretada por la ley del 30 ventoso, año XII. Dióle a la recopilación el nombre de “Código de los franceses” en su artículo 1o.

La segunda edición oficial fué indispensable al efectuarse el trueque del régimen republicano en imperial: la ley del 3 de setiembre del 1807, autorizóla. Adoptó entonces la compilación legal el nombre de “Código Napoleón”. Se hacía honor con este título al jefe de Estado en el pináculo de la gloria que le había ordenado.

Los cambios que se efectuaron en esta edición se referían más a la forma que al fondo. Se trataba de cambiar las expresiones de “Estado” y “Jefe de Estado” del antiguo régimen por las de “Imperio” y “Emperador”. En relación al fondo se suprimió un número del art. 17, y todo el texto del 2261, reemplazándosele por un párrafo detallado del artículo anterior; y, además, se adicionó un párrafo al artículo 896 y se modificó así, en algo, en 897.

El artículo 68 de la Constitución francesa del 1814, restituyó al Código su primitivo nombre de **Código Civil**. Esta denominación fué ratificada por el art. 59 de la Carta Fundamental del Estado del 1830.

En la Restauración una tercera edición se decretó el 17 de julio del 1816, bien que fué sólo publicada el 30 del mismo mes y año. El objeto de esta última edición oficial fué suprimir expresiones y fórmulas que ya no estaban acordes con el nuevo régimen imperante en Francia. El Derecho del 27 de marzo del 1852 manda que el Código recobre el título de Código Napoleón. “Al restablecer esa denominación, consigna el Decreto, no se hace otra cosa que rendir un homenaje a la verdad histórica”. Esto era la expresión más cabal de la verdad. Tal era el hecho: Bonaparte sólo había hecho posible el Código. “Mi verdadera gloria, decía el mismo en Santa Elena, no es haber ganado cuarentas batallas... Warteloo borrará el recuerdo de tantas victorias... Pero lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil”. Este decreto del 27 de marzo del 1852 no ha sido nunca derogado, a pesar de que se volvió a llamar Código Civil a tal cuerpo legal desde el 4 de setiembre del 1870.

Referente a las ediciones privadas se indican tres por parte de los historiadores. La primera se llama de **encuadernación de bolsillo**. Las más conocidas son las de Tripiér, la cual da en notas los textos del Antiguo Derecho francés; de Riviére, y de Carpentier, las cuales contienen citas de Jurisprudencia. **Petit Dalloz** contiene desde el 1901 un pequeño Código Civil con las principales leyes que se le relacionan.

La segunda edición privada la forman las de **gran encuadernación**. "Código Rivière". "Código Carpentier". Perfectamente hechas las dos ediciones. "Código Tripier" que es un grueso volumen in-8o., que cesó de aparecer en el año 1902.

La tercera está formada por las **grandes ediciones anotadas**. Son verdaderos repertorios hechos por los glosadores del Derecho francés, con notas al margen de cada artículo a modo de "glosas", y siguiendo el orden del Código. **Código Civil Anotado** de Dalloz (5 vols., in-4., 1900-1905): 1a. edición en 3 volúmenes, detallado del 1873-1875. **Nuevo Código Civil Anotado de Dalloz**. **Código Anotado de Sirey** (4 volúmenes in-8o.): reformado por J. Sirey (1892). **Código Civil Anotado** de M. Fuzier Hermant (4 vols. in-4o., 1881-1898), con un suplemento. **Repertorio de Dalloz**: colección de sentencias de la Corte de Casación de Francia. **Pandectas Francesas**, repertorio de doctrina, jurisprudencia y noticias históricas, tratando las materias por orden alfabético, bajo la dirección sucesivamente de Révière y de Weiss (59 vols., in-8o.).

Estas son las ediciones privadas más usuales entre abogados y jueces.

28. **Espíritu transaccionista de los autores del Código Civil y puntos en que se muestran reaccionarios.**— Los autores del Código Civil aprovecharon bien las lecciones del pasado y no lo quisieron derrocar sino trabajaron con el material de los siglos: el Derecho era la obra del tiempo. He aquí lo que olvidó la Revolución que quiso volver a rehacer la Historia. La Codificación se pudo llegar a cuajar como obra jurídica por la firme dirección que se le dió y porque en ella pusieron un espíritu transaccionista sus eminentes artífices para evitar los traspiés anteriores como advierten los redactores de las Pandectas Francesas. "El legislador revolucionario quiso hacer una cosa muy distinta de lo que hicieron los autores del Código Civil, dicen Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade, y de ahí su importancia. Quiriendo realmente recomenzar la Historia y borrar todo el pasado, no admitiendo que el régimen nuevo pudiera tomar absolutamente nada del que acababa de desaparecer, barriendo completamente con todas las instituciones seculares salidas de las mismas entrañas de Francia, arrastrado por el espíritu clásico de los filósofos del siglos XVIII, y por el abuso del método educativo, ese legislador concibió el irrealizable propósito de edificar un Derecho enteramente nuevo sobre las ruinas del antiguo. Etc". Y agregan: "A pesar de todo su ardor, los legisladores de la Revolución no pudieron violentar la Historia, y el pasado fué más fuerte que ellos".

Obra de transacción entre el pasado y el presente: amoldar a las necesidades las instituciones viejas y remozarlas con el nuevo espíritu de la época: preparar la transición entre las condenadas instituciones y las flamantes instituciones revolucionarias fué la obra de la Codificación. Hacer la unidad legislativa de tan profusa y diversas legis-

laciones: coordinar las costumbres de origen bárbaro, el legado jurídico latino y las leyes revolucionarias. Portalis habla de "ese espíritu de transacción con el pasado que animó a los padres del Código francés. "Hemos hecho, si es permitido expresarlo así, dice, una transacción entre el Derecho escrito y las costumbres, cada vez que hemos podido acomodar sus disposiciones o modificar unas por las otras, sin romper la unidad del sistema, y sin contrariar su espíritu general."

Privó en este Código, pues, un espíritu de moderación bien alabado por los tratadistas. No fué **ni revolucionario ni reaccionario** sino en algunas materias de muy corto número. Principalmente se le echa en cara este espíritu de reacción en cuanto a las mutaciones de la propiedad inmobiliaria y en la organización del régimen hipotecario en que no supieron inspirarse los autores del Código en la notable legislación revolucionaria respecto de ambas materias. "Reprodujeron varias disposiciones poco compatibles con algunos preceptos de la nueva legislación, dicen Aubry y Rau, o que, no siendo consecuencia de principios ya repudiados, carecen de base en la actualidad".

Con efecto, el Código no adoptó los principios que regulan la transcripción en la traslación de la propiedad, y la inscripción hipotecaria, organizando deficientemente ese crédito básico para la vida económica. El Derecho Intermediario estuvo más inspirado en estas materias. Leyes posteriores habían de volver sobre los pasos de la Asamblea Nacional y proveer la legislación francesa de tales instituciones no adoptadas por el Código.

29. **Conflicto entre el Derecho escrito y el Derecho consuetudinario.**— Cuando estuvieron en conflicto el Derecho escrito y las costumbres prevalecieron éstas ordinariamente, porque se consideró el Derecho consuetudinario como el que tenía el carácter nacional: **el que seguía la mayoría de los franceses**, y además era más conforme a la equidad, menos formalista que el Derecho Romano. Existió una tercera razón para esta preferencia del Derecho costumbrista: razón humana por cierto en grado extremo: la mayor parte de los miembros de la Sección Legislativa del Consejo de Estado provenían de los países de costumbres.

30. **Principios que sirvieron de base al Código Civil y que constituyeron generalmente su espíritu.**— Todo el edificio jurídico del Código descansaba, no obstante, en los principios conquistados en la Revolución: **Igualdad de todos los franceses ante la ley**: se suprimieron los privilegios, personales y territoriales. Respecto de la libertad individual: protección contra los actos arbitrarios ya de la autoridad pública ya de los mismos particulares, y contra los mismos abusos de la libertad. **Inviolabilidad y libre circulación de la propiedad privada, exclusiva y absoluta**: garantizada contra todos los atentados de los pode-

res públicos y de los mismos individuos. **Secularización del Derecho:** independencia respectiva de las instituciones civiles y de las instituciones religiosas, y hasta en ocasiones subordinación del poder espiritual al poder temporal: por ejemplo, en materia de matrimonio, en que se rompieron los lazos que “hacían del Estado un servidor laico religioso”.

31. **Los autores del Código.**— En la historia del Código dos figuras brillantes se destacan sobre las demás, según todos los relatores. Portalis. Tronchet. Es el primero el filósofo de la Comisión: inspiró la mayor parte de los principios y doctrinas del Código Napoleón. Bastará evocar sus famosos **Discursos Preliminares**. Pero no fué un espíritu filosófico original ni mucho menos, sino un vulgarizador de la Filosofía del Derecho ya consagrada por el siglo XVIII de que era un digno representante. Como escritor se le ha tildado a Portalis como demasiado mediocre. Su estilo y léxico eran propios de aquellos tiempos. No era siquiera un puro jurista; pero sí un espíritu esclarecido y abierto a todas las concepciones, aunque de gran moderación en sus ideas. Portalis y Malleville defendieron las ideas romanas, sin poder hacerlas triunfar contra las tradiciones costumbristas encarnadas en el seno de la Comisión por Tronchet y Bigot-Préameneu.

El presidente Tronchet era otro hombre. Era veinte años mayor que Portalis. Nació en París en 1726. Jurisconsulto ante todo: de raza de hombres de toga. Abogado del Parlamento de París: uno de los defensores del rey Luis XVI. Desempeñó un papel menos brillante y visible que Portalis; pero su influencia fué más decisiva y más profunda si es posible en la consagración de los principios netamente técnicos del Código. El Primer Cónsul dijo de él que “era el alma de las discusiones del Consejo de Estado”.

Junto a uno y a otro: el cónsul Cambacérès: especialista en la preparación de proyectos de Códigos durante la Convención y el Directorio. El técnico de esta legislación civil pero que su dignidad de segundo Cónsul le impedía formar parte aparente de la Comisión. El consejero de Estado Treilhard que fué parte esencial de estas discusiones. Bonaparte mismo cuya intervención merece mención especial.

32. **Papel de Bonaparte.**— No tenía Napoleón Bonaparte 32 años cuando se hizo el Código. Era, pues, el más joven de todos sus colaboradores. Espíritu genial en todo, se entrometió con frecuencia en las discusiones jurídicas e impuso su criterio siempre, mostrándose así como el amo de Francia. Devoró de modo festinado libros de Derecho para lo cual no tenía una madura preparación previa y desbarró con frecuencia, bien que Tronchet y otros le ayudaron y retocaron sus discursos. Con su alma de militar mostraba demasiado su rudeza en lenguaje e ideas que por ventura no se hicieron figurar en los pro-

cesos verbales de la Comisión del Código. Su papel como jurista fué flojo; pero en cambio, dice Planiol, "tuvo superioridad en la dirección de los debates: transaba con una palabra una discusión demasiado prolongada o un texto oscuro". Esas actas de las sesiones en su estilo descolorido, casi académico, no reflejan los desplantes y excentricidades de Bonaparte. Pero el Código deja entrever algunas partes en que ejerció influencia directa el **amo**, como en la que introduce una reglamentación minuciosa del estado civil de los militares, y en todos los preceptos que respiran una hostilidad contra los extranjeros, lo cual le inspiraba su espíritu de soldado que veía enemigos por donde quiera. Además la política del Primer Cónsul hace incorporar en el Código Civil de los franceses dos instituciones flamantes: la Adopción y el Divorcio.

**33. Principales doctrinas del Código.**— El Código Napoleón adoptó las doctrinas siguientes: 1o. **Organización de la familia**; 2o. **Organización del régimen de las sucesiones.**

El Código mantuvo la línea de separación de la Iglesia y del Estado. La Revolución había secularizado la familia y el matrimonio: los creadores de esa Codificación no hicieron sino conservar esta conquista adquirida con tanto esfuerzo al través de siglos, aunque concretada por la legislación intermediaria. Como consecuencia de este deslinde entre las creencias religiosas y su reglamentación legal, la redacción de las actas del Estado Civil no se confió más a los Ministros de Cultos de diferentes Religiones.

También el Código respetó las ideas de igualdad introducidas por el Derecho revolucionario y transmitida como un legado imperecedero al espíritu jurídico de ese memorable cuerpo de las leyes unificadas de Francia. Toda traza de Feudalidad en la jerarquía de tierras y de personas fué desterrada para siempre. Consagró el Código la libertad individual en todas sus manifestaciones al fijar sus normas: prohibió el contrato de locación por vida como una manifestación contraria a ese libérrimo y avasallador espíritu liberal que campea en todos los títulos y capítulos de esa ley codificada.

Proclamó, por último, la circulación de bienes: proscribió o admitió con limitaciones, según los casos, las convenciones que hacen la tierra y los bienes raíces inajenables en manos del propio propietario o que restringen sus derechos.

**34. Cualidades, defectos y lagunas del Código.**— Cuando en apreciación crítica del Código Civil francés lancemos una ojeada en torno de él, deberemos apreciar, a más de ese ponderado espíritu de moderación que le salvó de todos los excesos de la legislación revolucionaria, el magnífico plan con que ha sido trazado: **las cualidades técnicas** de que hablan los autores: **unidad, método, precisión, claridad.**

Su unidad le provenía de que había sido hecho el Código bajo el mandato inaplazable de una voluntad poderosa: Bonaparte.

El método seguido en tal codificación de leyes no fué realmente científico, puesto que se entremezclaban materias muy diversas en un mismo título, como ya veremos, y hay cierta vacilación en el orden de exponer los diversos asuntos jurídicos que abarca su texto; pero, en general, hay precisión, claridad, unidad y cierto logicismo metódico y serio que habían extraído de los propios precursores y predecesores del Código. Campeaba allí el espíritu razonador y concienzudo de d'Aguesseau; Pothier, "el bueno y honrado Pothier", espíritu simple y nada trascendente; pero sincero y claro como debían ser las normas de esa ley escrita unificada. Y, por sobre todos: Domat, el lógico y liberal animador de ese inmortal Código. "Por la bella armonía que reina entre sus diversas partes, escriben Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, por la claridad, la precisión y la concisión de sus disposiciones, por el orden, simple aunque poco metódico y científico en que ellas fueron repartidas, el Código Civil tiene ciertamente derecho a la admiración de los legistas, sobre todo si ellos toman en cuenta, como deben hacerlo para hacer justicia a sus autores, la época en que él fué elaborado. A veces se le compara con los Códigos modernos, los cuales han podido aprovechar los últimos adelantos de las diferentes ramas de la ciencia social. Indudablemente no hay mejor medio de medir el progreso científico y la evolución realizada por la civilización durante el transcurso de este siglo. Pero, juzgar el Código Civil de acuerdo con esa comparación, es como si se denunciaran a nuestros antiguos autores por haber cometido el pecado de ignorar las leyes más recientes. Además, el Código Civil no teme esa crítica, cuando no se refiere sino a las cualidades extrínsecas, a los méritos de la forma o al valor de la técnica; y, en nuestros días, el mismo legislador francés, por su inferioridad desde todos esos puntos de vista, se ha encargado de enseñarnos a ser más cautos para con sus redactores".

Es exacta tal observación de los maestros Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade. El valor del Código Napoleón es hoy muy relativo: ya que está inadaptado para la propia Francia y sobre todo para los países de filiación jurídica gálica como el nuestro y gran parte de los del continente americano. El fondo del Derecho no refleja nuestra vida moderna. La forma se ha quedado rezagada. Tardo, imprevisor, encerrado en artículos poco explícitos, demasiado largos, muy poco exponentes de nuestro lenguaje actual de gran economía; de nuestro pensamiento quintaesenciado y profundo: el Código francés es ya sólo monumento para la historia de las instituciones jurídicas. Necesitamos ya un Código remozado que vierta en sus normas el fluír de nuestra agitada existencia, en todos sus aspectos, con sus finanzas movibles y complejas, sus instintos refinados e incontenibles que reflejen nuestra

cultura avanzada y nuestro miraje actual de las cosas: las realidades y las nuevas normas.

Haremos la crítica de este Código Napoleón al tratar en otro volumen la historia especial del Derecho Dominicano. Señalaremos sólo ahora los defectos y lagunas que han apuntado sus comentaristas al historiar sus instituciones.

Se ha indicado que tiene imperfecciones de expresión: preceptos ociosos, oscuros y poco armónicos entre sí: perdiéndose en cierto modo la impresión magnífica de una sola pieza que produce a primera vista y que se esfuma apenas se entran en los pormenores de la redacción articulada.

Respecto de las condiciones defectuosas de fondo se ha censurado el extremo rigor con que se trata a los extranjeros. El señalado pecado de falta de publicidad en el régimen dotal: los esposos podrían adoptar a cualquier persona sin que se enterasen los terceros, a quienes le perjudicaría por causa de la inajenabilidad de los bienes de la mujer casada. En la transmisión de bienes inmuebles el Código abandonó la publicidad por la transcripción. El régimen hipotecario es la parte débil de este Código: mal organizado en todo su desenvolvimiento procesal y muy poco avanzado para el progreso del siglo XIX. La fortuna mobiliaria no ha sido protegida en tal cuerpo legal. Hay en ésto una excusa ante los ojos de Argos de los críticos del Código: la riqueza mueble no tenía valor en tales tiempos. Pero el defecto capital que se indica en cuanto a su contenido es que acumula diversas materias en su complicado y difuso Libro III. Sucesiones. Donaciones. Testamentos. Obligaciones. Contratos. Prescripción.

Sus lagunas más notables son que omite tratar por separado las personas ficticias o morales que forman la parte básica de la economía social; y que silencia, además, algunas materias esenciales como la propiedad literaria, artística e industrial, o de alguna utilidad como la enfiteusis o superficie, y no prevee la quiebra de los no-comerciantes; ni fija normas en cuanto los valores al portador, contrato de seguros, sindicatos y otras corporaciones que forman el alma de la vida moderna.

**35. Código del Procedimiento Civil: su contenido, cuestiones que han quedado fuera de ese Código de Derecho Procesal; conflictos entre el Código Civil y el Procedimiento Civil.** — Posteriores al Código Civil fueron el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Instrucción Criminal que cerró el número de los grandes Códigos. Además se votaron en esta época el Código Forestal, el Código de Justicia Militar para el Ejército de tierra y el Código de Justicia Militar para la Marina.

¿Qué es el Código de Procedimiento Civil? Es el cuerpo legal que comprende un conjunto de reglas y fórmulas jurídicas que sirven para actuar en materia civil ante los Tribunales de Justicia. Su objeto es,

pues, reglamentar la manera de proceder en Justicia ante los Jueces de Paz o Alcaldías, Tribunales civiles de Primera Instancia, Consulados de Comercio y Cortes de Apelación. Contiene este Código el Derecho práctico. Empero el procedimiento ante la Corte de Casación de Francia lo organizó el Reglamento del 28 de junio del 1738.

¿Cuáles son los principales elementos de este Código? Extrajo su contenido de la famosa Ordenanza del 1667 acerca del Procedimiento Civil y de las leyes intermediarias respecto del Procedimiento y la Organización Judicial.

Comenzó este Procedimiento Civil en el año XIX, con la ley del 30 ventoso; pero no se promulgó hasta el 1806 y fué sólo obligatorio desde del 1o. de enero del 1807.

¿Qué influencia ejerció su publicación sobre las disposiciones del Código Civil? Como el Código de Procedimiento Civil fué posterior al Código Civil prevaleció en caso de conflicto entre disposiciones de ambos cuerpos legales, según explican Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, por aplicación de una regla de Derecho que resuelve esta cuestión: "lex posterior derogat priori (la ley posterior deroga la anterior)". Era necesario, sin embargo, para tal aplicación de la referida regla, que hubiese antinomia entre los principios proclamados por uno y otro Código, "y no debe admitirse que exista, puesto que el Código de Procedimiento Civil ha tenido por objeto principal la ejecución de las disposiciones del Código Civil, y no modificarlas, sino cuando se haya ensayado inútilmente conciliar las que parezcan que son diferentes o contradictorias, o cuando se pueda establecer con precisión que tal contradicción es obra voluntaria del legislador, en cuyo caso, es natural que no haya necesidad de su conciliación".

En caso de conflicto entre las disposiciones contrarias del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, hay que considerar varias hipótesis según los autores. Primero, disposiciones especiales del Procedimiento contenidas en el Código Civil en pugna con disposiciones generales del Código de procedimiento Civil. No se deben considerar como revocadas esas disposiciones especiales del Procedimiento por las disposiciones generales ya dichas en virtud de la otra regla de Derecho: "logi speciali por generales non derogatur (la ley especial no puede ser derogada por la ley general)."

La segunda norma que ha sido fijada es que las reglas contenidas en el Código Civil acerca de ciertas materias deben concordarse con las reglas dictadas acerca de las mismas materias por el Código de Procedimiento Civil, excepto en el caso en que sean esas reglas inconciliables, debiendo entonces prevalecer estas últimas. Es obvio que en caso de pugna de preceptos opuestos, lo primero que debe hacerse es combinar los textos de los cuerpos jurídicos de donde proceden. Además de las referidas reglas prácticas que hay que tomar en cuenta,

hay casos en que el autor de la Ley ha querido expresamente revocar la regla de procedimiento contenida en el Código Civil. Cuando tal voluntad es clara y categórica no hay conflicto entre sus respectivas reglas: sólo en caso de duda existirá ese conflicto. Si el texto es derogado absolutamente hay que aplicar la regla de la revocación expresa del Procedimiento que es fruto de la intención deliberada y decidida del legislador.

El tercer problema podemos enunciarlo así: **disposiciones del Procedimiento contenidas simultáneamente en ambos Códigos.** La solución es que las reglas del Derecho enunciadas en el Procedimiento Civil o implicadas en sus disposiciones, esto es, las reglas teóricas que por su naturaleza sean esencialmente de Procedimiento, deben ser consideradas como abrogatorias de los principios de Procedimiento de tal índole contenidos en el Código Civil que sean contrarias.

**36. El Código de Comercio: su objeto; Comercio terrestre y Comercio marítimo; reglas de Procedimiento; fuentes del Código de Comercio; conflictos entre disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil; modificaciones introducidas en Francia al Código de Comercio.**— El Código de Comercio tiene por objeto dictar las reglas teóricas del Derecho Privado aplicables a los comerciantes, a los actos de Comercio y a las operaciones del tráfico terrestre y marítimo. Contiene, además, las disposiciones de carácter procesal contenidas en los artículos 615 y siguientes del Código de Comercio.

Este Código resulta ya incompleto con los progresos del comercio aéreo y su necesidad de incorporar prescripciones especiales a ese respecto, por más que tal legislación aérea esté comprendida de modo genérico en la marítima establecida en dicho cuerpo legal.

El Código de Comercio empezó el mismo año XII; promulgado en el curso del 1807, aunque fué sólo declarado ejecutorio desde el 1.º de enero del 1808. La ley en que se votó tiene como data el 13 de setiembre del 1807 (artículo 1.º).

¿Cuáles son los conflictos entre las disposiciones del Código de Comercio con las del Código Civil y cómo se resuelven? En razón del mismo objeto y naturaleza del Código de Comercio, de su especialidad dentro de la materia jurídica codificada, cada vez que preceptos de este cuerpo legal se relacionen con comerciantes y actos de comercio en su sentido más general, esto es, incluyendo las operaciones del tráfico terrestre, marítimo y aéreo, en la actualidad, y se encuentren los mismos en conflicto con disposiciones del Código Civil, debe prevalecer el primero, el de Comercio, por su carácter de especial y que hay que presumir que el legislador lo ha querido así, cuando ha hecho de esas reglas un cuerpo codificado en materia comercial, según Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade en su citada obra.

La segunda norma es que cuando ese Código de Comercio no ha estatuido nada sobre la materia mercantil, deben seguirse los principios del Código Civil, lo que vale decir, el Código Civil es supletorio: porque es el Código de Derecho Común que rige para todas las materias que no han sido objeto de una legislación expresa por parte del legislador. Este Derecho Común es fuente para suplir todo vacío de las leyes especiales.

**37. Código Penal.**—No vamos a historiar la evolución del Derecho Penal, ni como los autores del Código represivo francés tuvieron que acumular el único material disponible en esa época primitiva aun del **Tratado de los delitos**. Al exponer las legaciones extranjer<sup>os</sup> y el Derecho Dominicano trataremos de la evolución del Derecho Penal. Concretemos sólo en esta oportunidad nuestras miras en lo que concierne a la parte jurídica más objetiva y práctica del Código de las infracciones punibles votado en Francia, y que no ha de comprender los simples actos dañinos o delitos naturales que están todavía fuera de la acción de la esfera penal positiva: los medios llamados **amorales** en cuyo campo caben todos los actos perjudiciales de la sociedad moderna. Tampoco lo referente a la materia militar ni a las penas y principios relativos a la calificación de los delitos que serán objeto del Código de Instrucción Criminal el cual establece las reglas normativas para la persecución, instrucción y resolución en caso de infracciones.

El Código Penal comprende el Derecho criminal teórico.

**38. Código de Instrucción Criminal y adopción del nombre de Procedimiento Criminal en nuestra legislación dominicana.**—El Código de Instrucción Criminal es tan sólo el Derecho Criminal práctico. Hay la misma relación entre Código Penal y Código de Instrucción Criminal, que entre Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

Pero, entre nosotros, ese Código de Instrucción Criminal francés se llama Código de Procedimiento Criminal que es un nombre más apropiado, puesto que la instrucción no es sino una de las fases que abarca ese Código del procedimiento represivo.

El Código de Instrucción Criminal establece las reglas o normas procesales a que deben sujetarse la persecución, instrucción y fallos en materia de infracciones, mientras que el Código Penal se ocupa de la parte teórica de esas normas que comprenden los delitos y las penas.

Antes de terminar se debe advertir que ese Código Penal votado era la unificación del Derecho punible positivo y nada tenía que ver la parte científica de la Ciencia del Crimen o Criminología que comprende al delito estudiado en sí, como un acontecimiento, como un fenómeno puramente abstracto; en tanto que el Derecho Penal vaciado

en la Codificación francesa estudia el crimen desde el punto de vista científico, político y jurídico. En tal sentido el Código Penal tiene mayor radio de acción que la Criminología.

**39. Fuentes en que se inspiró el legislador para la preparación de los Códigos Penal y de Instrucción Criminal.**—Las fuentes en que se inspiró el legislador francés para los Códigos Penal y de Instrucción Criminal fueron las leyes dictadas en el período revolucionario o sea, la mayor parte de las disposiciones de ambos Códigos se tomaron del llamado Derecho Intermediario.

Nacieron los dos Códigos por la ley del 30 ventoso, año XII. El Código de Instrucción Criminal fué el primero y se elaboró en el curso del año 1809, aunque se promulgó por decreto del 17 de diciembre de ese propio año. El Código Penal se formó el 1810 y fué votado por decreto del 31 de marzo de ese año. Bien que por la última conexión de ambos Códigos no pudieron ser declarados ejecutorios sino en una misma fecha: desde el 1º de enero del 1811.

**40. Código Forestal y su contenido.**—Este Código Forestal contiene todas las disposiciones legislativas referentes a los bosques, aprovisionamiento de maderas y pastos, tal como indica su propia denominación, esto es, toda la legislación unificada en tales materias y que fué decretada el 21 de mayo del 1827, aunque sólo promulgada el 31 de julio de ese mismo año.

**41. Código de Justicia Militar para el Ejército de tierra, y Código de Justicia Militar para la Marina.**—Esos cuerpos legales enunciados en el título comprenden las recopilaciones legislativas acerca de la materia penal aplicables al Ejército y a la Marina.

Abarcan esas legislaciones el conjunto de normas teóricas y reglas prácticas a la vez que rigen las infracciones de los militares y de los miembros de la Armada y la organización de las jurisdicciones de uno y otro cuerpos. Fueron promulgados respectivamente estos Códigos de Justicia Militar para el Ejército de tierra y para la Marina, con fechas 9 de junio del 1857 y 4 de igual mes, aunque del año posterior, 1858.

**42. Ramas del Derecho Público y del Derecho Privado que quedaron en Francia fuera de la Codificación.**—Como se sabe estos ocho Códigos están lejos de encerrar toda la legislación francesa, así como nuestros seis Códigos (Civil, Penal, Comercial, Procedimiento Civil, Criminal y Militar), no contienen toda la legislación dominicana en materia civil y penal, sino que todo el Derecho Público tanto en la legislación-madre como entre nosotros, excepto el Derecho Criminal, quedó fuera de la Codificación, según consignan los maestros.

En lo que concierne al Derecho Privado se ha escrito que “muchas leyes anteriores y posteriores a la promulgación” de los ocho Códigos franceses permanecieron ajenas a esa Codificación.

**43. Insuficiencia de la Legislación francesa para resolver todas las dificultades que surgen en la práctica y desenvolvimiento por la Jurisprudencia de los principios consagrados en la Legislación.**—Esta Codificación no fué bastante para resolver las diversas dificultades que surgían en la práctica al aplicarse los principios teóricos de la legislación puesta en vigor por Francia. Entonces la doctrina y la Jurisprudencia de aquel gran país tuvieron que “colmar sus lagunas en materias especiales por medio de leyes que se refieren a seguros terrestres” y otras materias que el progreso del comercio y de las industrias habían ya creado en prosecución del intercambio universal. Hablamos de las lagunas de la obra legislativa de los Códigos franceses. De ahí que los legistas tuvieran que construir las teorías nuevas que no habían brotado porque la necesidad hecha ley no las habían hecho nacer a la hora del Código. Debían ser objeto como lo fueron de una legislación aparte y a veces singularmente extraña, para ser tomadas en cuenta por esos intérpretes que habían formado la Jurisprudencia en la sentencias de los Tribunales de Justicia. Estos principios del Código “se han desenvuelto y han tenido aplicaciones que los autores no sospecharon siquiera”, escriben Baudry-Lacantinerie y Hourques-Fourcade en su notable **Tra-tado de Derecho Civil**.

Tal es la causa de la insuficiencia de la legislación francesa para resolver por sus medios actuales todas las dificultades que surgen en la práctica, por lo que se ha producido la verdadera crisis jurídica que confrontamos en que parecen vacilar nuestras seculares instituciones y el Derecho amenaza derrumbarse en el caos de todos los valores que regian a la humanidad.

**44. Elaboración de la Jurisprudencia en Francia: paralelo entre la costumbre y la ley escrita: evolución del Derecho a pesar de la Codificación: Nuevo Derecho del porvenir.**—Hay que tener optimismo y pensar que abordaremos la obra de las nuevas instituciones del porvenir. La elaboración posterior a la Codificación no ha parado: de ahí que toda legislación actual sea eminentemente progresiva. Evidencia ese movimiento ascendente que a pesar del trance que confrontamos, el Derecho no ha perdido aun su flexibilidad y aptitud para adaptarse a las situaciones más difíciles que plantean las realidades y las exigencias de la práctica, y podrá sacar de ese aparente caos de las instituciones modernas, nuevas normas para construcciones más sólidas que respondan a estados que por primera vez se han creado en la sociedad.

Cuando se concentraron por primera vez los principios jurídicos en fórmulas inmutables y en esas normas que parecían invariables, se creyó también que todo progreso del Derecho se había detenido y que no eran posibles avances ulteriores. Tal fué, como explicamos en los preliminares, el principal agravio que contra la Codificación se formuló por la escuela histórica alemana del siglo pasado.

Este historicismo prefiere la costumbre como fuente viva del Derecho porque engendra reglas más apropiadas al cuerpo social que las leyes que exigen el movimiento pesado y tardo de todo el mecanismo legislativo oficial, reflejo imperfecto del Derecho, y que sólo nos ofrece normas rígidas y fórmulas frías en que no está encerrada la vida en sus imperiosos y contradictorios apremios cotidianos. Trazamos esa trayectoria hacia una teoría pura del Derecho.

Empero el hecho es que a pesar de la Codificación han evolucionado las instituciones jurídicas. La costumbre ha encontrado su forma más apropiada con anterioridad a que adquiriera la conciencia de sí misma, "porque a veces esta costumbre había sido enderezada en perjuicio del interés colectivo, en movimientos incoherentes, instintivos o violentos del cuerpo social, los cuales ya han sido analizados, coordinados, moderados y dirigidos hasta fines útiles por los intérpretes de la Ley." En verdad la expresión escrita del Derecho ha ayudado con sus múltiples recursos a la interpretación de los juriconsultos como base sólida para creaciones propias que satisfacen necesidades nuevas y que mueven la evolución social sin apelar al legislador; pero la evolución del Derecho se ha realizado venciendo los escollos de la Codificación y por la propia virtualidad de uno que llamaríamos sentido normático del hombre que se manifiesta constantemente en las expansiones de esa conciencia jurídica popular.

Repetimos que se está elaborando un Nuevo Derecho del porvenir. Un Derecho puro y real a la vez que no está contenido en los viejos Códigos.

## CAPITULO III

### EXPANSION DE LOS CODIGOS FRANCESES. DERECHO MODERNO EUROPEO Y NORTEAMERICANO. DERECHO SUDAMERICANO Y SUS INFLUENCIAS.

1. Implantación del Código Napoleón en el extranjero, y reacción contra el mismo como consecuencia de las derrotas de los ejércitos de Bonaparte. 2. Traducciones que se hicieron de ese Código en los países del Viejo y Nuevo Continentes. 3. Legislación inglesa. 4. Legislación alemana. 5. Legislación española. 6. Legislación italiana. 7. Legislación europea en general y sus grandes corrientes de Codificación moderna: el doble fenómeno de la recepción y asimilación de los Derechos extranjeros y como se produce hasta en países lejanos como Egipto y Japón. 8. Legislación norteamericana. 9. Legislaciones sudamericanas y las diversas corrientes jurídicas que las influenciaron.

BIBLIOGRAFIA: Altamira (R), "Historia del Derecho Español (1903)"; Aguilar y Anderson, "Códigos de Procedimiento Penal de Costa Rica (1910)"; "Anales Legislativos extranjeros"; Argentina (Códigos de); Blackstone, "Comentarios de la Ley de Inglaterra"; Brenes y Córdoba (A), "Historia del Derecho (2a. Ed.)"; Bunge (C. O.), "Historia del Derecho Argentino (1927)"; Berriat-Saint-Prix, "Historia del Derecho Romano"; Buen (Demófilo de), "Introducción del Estudio del Derecho Civil español"; Bentancourt (A. C. de), "Código Civil", "Ley de Enjuiciamiento Civil", "Código Penal", "Código de Comercio", "Ley de Enjuiciamiento Criminal (1917)"; Bianchi, "Curso de Código Civil Italiano (2a. ed., 1888)"; Beccaria (C), "De los Delitos y de las Penas"; Bruno (T), "Código Civil del Reino de Italia (4a. ed., 1895)"; Brasil (Códigos Civil y Penal); Baudry-Lacantinerie y Hourcade-Fourcade, "Tratado de Derecho Civil (Introducción)"; Ceniceros y Garrido, "Código Penal de México"; Carnelutto (F), "Sistema del Derecho Procesal Civil italiano" (1939); Chile (Código Civil de); Daguin, "Procedimiento Penal Alemán (1934)"; Esmein, "Historia del Derecho Francés (1919)"; Foignet (R), "Elementos de la Historia del Derecho Francés (1918)"; Frank (H), "La Posición espiritual e Historia de la Ciencia Jurídica Alemana (1939)"; Gavet, "Fuentes de la Historia de las Instituciones y del Derecho (1899)"; Glasson, "Historia del Derecho y de las Instituciones de Francia (1887-1903)"; García y Moreno y Romero Girón, "Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos modernos"; García Moreno (R), y Aybar Rosado, "Código Penal vigente en la República de Cuba y su Apéndice (1906)"; Goldschmidt (J), "Derecho Procesal Civil Alemán (1907)"; Hugues, "Procedimiento Federal (2a. ed., 1913)"; Krüger (P), "Historia, Fuentes y Literatura del De-

recho Romano (Madrid)"; Locré, "Legislación Civil, Comercial y Criminal"; Laurent (F), "Principios del Derecho Civil (Introducción)"; Lomonaco, "Instituciones del Derecho Civil (2a. ed., 1904)"; Liszt (F von), "Derecho Penal Alemán (1911)"; Máculay (T. B.), "Historia de la Revolución Inglesa"; Maas, "Bibliografía de los bürgerlicher Reechts (1899)"; Mantufar, "Historia de Centro América"; Mazzoni (O), "Instituciones del Derecho Civil Italiano (4a. ed.)", 1903; Matfresa y Navarro (J. M.), "Ley de Enjuiciamiento Civil (1857)"; México (Código Civil para el Distrito y Territorios Federales etc.), 1928"; Minguijón Adrián (S), "Historia del Derecho Español (2a. ed.)"; Mejía Ricart (G. A.), "Influencia de la Transformación de la delincuencia en los países del Mediterráneo Colombino (ponencia presentada en la II Reunión Interamericana del Caribe)", 1940; Orozco (R), "Elemento del Derecho Penal de Costa Rica"; Pandectas Francesas (Colección de las), **Introducción**, tomo II, del **Matrimonio** y de las **Obligaciones**; Planiol (M), "Tratado Elemental de Derecho Civil (**Introducción**)", 1915; Peyreya (C. H.), "Las Obligaciones en el Derecho Colombiano"; Puerto Rico (Código de), 1930; Riazó y Alfonso (R), y García Gallo, "Historia del Derecho Español (2a. ed.)"; Reus, "Ley de Enjuiciamiento Civil"; Sañac (M), "La Legislación Civil de la Revolución Francesa"; Stoesk, "Estudio del Código Alemán"; Sánchez Román, "Estudios del Derecho Civil"; Tanon (M), "Código Civil Alemán (1904)"; Torres (M), "Historia del Derecho español (2a. ed.)"; Tavares (F), "Notas de Cátedras para la Historia del Derecho (1939-1940)"; Ureña y Sanenjaud, "Legislación gótico-hispana (1905)"; Viollet (P), "Historia del Derecho Civil Francés (3a. ed.)", 1905; Valverde, "Tratado de Derecho Español"; Wolf, "Tratado de Derecho Civil Alemán (1934)".

1. **Implantación del Código Napoleón en el extranjero, y reacción contra el mismo como consecuencia de las derrotas de los Ejércitos de Bonaparte.** —Los destinos del Código Napoleón habían de ser brillantes pero sufrieron las mismas vicisitudes que el Ejército del mismo Bonaparte. Detrás de las tropas victoriosas francesas el Código Civil se imponía en los países vencidos o aliados al amo del mundo en la primera mitad de la centuria XIX. Pero con la derrota del emperador de Francia no sólo ésta padeció el paro del progreso jurídico que introdujo el famoso Código sino que declinó la influencia de aquel en el extranjero. "De todas las provincias, dice Planioñ, sólo se conservó el Código Civil en las **provincias renanas**, los grandes Ducados de Baden, Berg y Varsovia, la parte francesa del cantón de Berna, y el reino de los Países Bajos. Al separarse de estos últimos Bélgica no repudió el Código Civil francés."

2. **Traducciones que se hicieron de ese Código en los Países del Viejo y Nuevo Continente.**—Después de la reacción contra el Código Civil francés por los descalabros militares de Napoleón Bonaparte que culminaron con la pérdida de la batalla de Watterloo y su destierro en Santa Elena, de nuevo se produjo un movimiento favorable a la legislación napoleónica y numerosas naciones le adoptaron en el Viejo y Nuevo Continente. Se ordenaron traducciones del Código francés en Italia

por decreto del 30 de marzo (art. 2o.); Holanda por decreto del 18 de octubre del 1810 (art. 114); Ciudades Hanseáticas por el senadoconsulto del 13 de diciembre del 1810; Gran Ducado de Berg por decreto del 17 de diciembre del 1811 (art. 8); Grandes Ducados de Bade, Frankfurt, Nassau (Alemania); reino de Wesphalia; ciudad libre de Danzig; Gran Ducado de Varsovia; reino de Iliria (1819); Nápoles (1803); y algunos cantones suizos.

En el Nuevo Mundo ha de tener gran influjo este Código Civil y los otros Códigos de la Restauración como explicaremos detalladamente al examinar las legislaciones sudamericanas. Citaremos ahora sólo como caso típico el de Haití, antigua colonia francesa, que adoptó los Códigos franceses de su Independencia el 1o. de enero del 1804, aunque más el Antiguo Derecho y el Derecho consuetudinario; pero que desde el 1818 hizo la recepción en conjunto de la Codificación francesa posterior y promulgó sus llamados **Códigos haitianos** que son excelentes copias de los Códigos modelos de la legislación madre. El Código Civil fué promulgado el 1825 y aplicable a la parte española de la isla de Santo Domingo que estaba ocupada por los haitianos desde el 12 de febrero del 1822 por las huestes del presidente Boyer. El Procedimiento Civil se promulgó el año siguiente del 1826. El Código Rural en el propio 1826. Los Códigos Penal y de Instrucción Criminal en el año 1827, y el Código de Comercio el 1830.

Además, la República Dominicana al proclamarse libre revocó la legislación haitiana por su ley del 4 de julio del 1845, un año después de su liberación del yugo de sus dominadores occidentales, y decretó que los Tribunales nacionales seguirían los Códigos franceses del 1830. Por Decreto del 4 de julio del 1882, se ordenó por el Poder Ejecutivo del Estado Dominicano que se hiciera "la traducción, localización y adecuación" de los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimientos Civil y Criminal, y la revisión del Código Penal de Francia. Desde entonces hasta este momento nos rigen estos Códigos franceses con las modificaciones que le han ido introduciendo en 97 años leyes especiales en diversas materias. Esta legislación gala tuvo algunas alternativas con la legislación española de acuerdo con los accidentes de la historia nacional. En ejecución de Real Orden de la metrópoli hispana se restableció de nuevo el sistema jurídico de la misma en la reincorporada parte española de la isla de Santo Domingo, con fecha 7 de octubre del 1861, excepto el Código Civil francés que se mantuvo en vigor. Pero en la Restauración, por decreto del 1 de agosto del 1865, se readoptaron los Códigos de Francia que habían imperado en nuestra Primera República desde el 1845 hasta el 1861 en que acaeció la Anexión a España.

3. **Legislación Inglesa.** — Indiquemos ya las principales legislaciones modernas, bien que someramente porque estamos sólo externando una Historia General del Derecho. Debemos rendir tributo a la

Gran Bretaña, concediéndole el primer puesto ya que es el país que encarna la Libertad en esta época y libra su gran batalla con Alemania por salvar la Democracia y la intangibilidad del propio Derecho universal.

La isla de Bretaña nunca fué dominada por las legiones de Julio César ni de Julio Agrícola posteriormente. La lengua y el Derecho latino no se arraigaron por éso en estos bárbaros hurraños y recelosos de sus costumbres que formaron un nuevo Derecho independiente del Romano con sus seculares tradiciones nacionales. Por más que sedimentos profundos dejó la legislación de Justiniano en su Derecho costumbrista de estructuración germánica más que del Lacio. Es, pues, heterogénea esta legislación inglesa que vamos a estudiar. "Es el Derecho inglés un conjunto heterogéneo de vastas proporciones, dice Brenes Córdova, entre cuyas partes apenas si se perciben lazos de unión, cosa que dificulta en gran manera el conocimiento completo del sistema y sus detalles".

Peviti dice por éso, "que, en Inglaterra, se hace insostenible el principio de ser inexcusable la ignorancia de la Ley".

Los tratadistas en general establecen como fuentes del Derecho Positivo Bretón las siguientes: 1. **Costumbre**; 2. **Equidad**; 3. **Feudalismo**; 4. **Jurisprudencia** y 5. **Estatutos o Leyes**.

**Common Law** es la Costumbre, esto es, lo que la historia de las instituciones denomina como "Ley o Derecho Común". La forman el agrupamiento de principios, reglas y usos aplicables a cada región inglesa para la seguridad de las personas y bienes; pero transmitidos por la tradición, y cuya autoridad no proviene de ninguna norma, establecida por el legislador. "Testimonios de las costumbres jurídicas inglesas se hallan hoy, dice Blackstone en sus **"Comentarios de la Ley de Inglaterra"**, en las declaratorias de las Cortes de Justicia, en los repertorios de las sentencias y en los tratados de los juristas. Testimonios acerca de los distintos casos que han sido transmitidos a las generaciones desde la más remota antigüedad".

Para acomodar la Ley a los casos concretos que se iban presentando ante los Tribunales, se creó el **Tribunal de Equidad** en el siglo XVI. Debía decidir por razón y conciencia aunque se apartara muchas veces de la Ley. Sus fundadores fueron el filósofo canciller lord Bacon, quien echó sus raíces; el conde Nottinfham, conocido como el "padre de la Equidad", quien estudió sus basamentos, extrayéndolos de la Jurisprudencia; y lord Hadwicke, el completador de esta sabia institución sajona.

Blackstone, copiando a Grocio, define la facultad de tal Tribunal como "la corrección de aquello que en la ley es defectuoso", en razón de su generalidad; y, con efecto, puesto que las leyes no pueden prever todos los casos ni acomodarse a ellos de manera justa, preciso es,

cuando sus preceptos generales tienen que ser aplicables en singulares situaciones, que exista en alguna parte un poder investido con la facultad de decidir conforme a las circunstancias especiales que el mismo legislador habría tomado en cuenta, si las hubiese previsto”.

Más tarde, la ley del 1873, suprimió la “Cancillería” o **Tribunal de Equidad**: sus funciones se vaciaron en las Cámaras de la Alta Corte de Justicia, las cuales resuelven a su elección con arreglo al Derecho Común o a la equidad. La costumbre y la equidad son respectivamente la primera y segunda fuentes de ese Derecho de la Bretaña.

El Feudalismo es la tercera fuente histórica del Derecho de los sajones. El sistema feudal jurídico aun se conserva en algunos aspectos en la Gran Bretaña, sobre todo en los bienes raíces en que produce la inmovilización de los fundos en muchas ocasiones, con perjuicio de la mutabilidad de la propiedad y de la economía nacional.

Los precedentes judiciales que forman el acervo de la Jurisprudencia establecen la doctrina legal que orienta a los jueces en sus decisiones en los diversos casos que les son sometidos, originando así las normas jurídicas oficiales que son consultadas para resolver con Derecho Común los litigios, a falta de preceptos expresos de la Ley. Es la cuarta fuente de este Derecho inglés. **Los Estatutos o actos** son las leyes que han sido promulgadas. Todo proyecto de ley (“bill”), para llegar a tener fuerza obligatoria necesita la aprobación del Parlamento y la sanción real. Componen éstos la última fuente de la legislación que estamos analizando.

Sin rebozo se puede sostener que no hay unidad legislativa en la Gran Bretaña. Inglaterra, Escocia, Irlanda, los Dominios que forman Australia, Canadá, Nueva Zelandia, Indostán, Africa del Sur, se rigen por leyes apartes.

El Parlamento inglés tiene poder para modificar o derogar la legislación sin que tenga necesidad de cumplir formalidades o trámites especiales. Para las interpretaciones y aplicaciones de las leyes se usan las normas latinas según las localidades. No se ejecutan los textos legales al pie de la letra como algunos historiadores de las instituciones bretonas han sostenido: es indispensable recurrir a las reglas de la hermenéutica legal.

Entre todas las instituciones de Derecho sobresale el Jurado en materia civil y criminal.

El Jurado Civil sólo se utiliza cuando una de las partes interesadas en un asunto lo pide, y éste excede por su monta de 100 chelines. Se celebra en juicio oral y público ese Jurado. Comparecen los litigantes, sus abogados y los testigos. Entonces el demandante o su abogado expone los motivos de la demanda e interroga los testigos (**examination**); el demandado repregunta a éstos (**cross examination**); y el actor les vuelve a preguntar (**re-examination**). A su vez el demandado

puede hacer la prueba de testigos y el procedimiento es idéntico al que sigue el demandante.

No hay Registro público en la legislación de los sajones para inscribir las propiedades, hipotecas y demás derechos reales. Es uno de los defectos de su falta de Codificación. "En los últimos tiempos, dicen Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, la Gran Bretaña se muestra cada vez menos refractaria a la Codificación". Dos proyectos de Código Penal y Código de Instrucción Criminal se han cursado en la Cámara de los Comunes, y las materias más importantes de Derecho mercantil, tales como las Sociedades, efectos de Comercio, quiebras y reglas referentes a la Marina mercante y la navegación marítima y aérea han sido objeto de preferente atención por el Poder Legislativo inglés, votándose leyes que deben considerarse por su unidad jurídica y la armonía de sus preceptos auténticos Códigos. Se reacciona así en la legislación de este gran país contra las corrientes contrarias a tal Codificación que tuvieron su apogeo como hemos señalado en los preámbulos de esas enseñanzas, en los comienzos del siglo XIX con la escuela histórica alemana encabezada por el juriconsulto filósofo Savigny.

Señalemos algunas de las instituciones del Derecho Privado más características en esta Legislación, como por ejemplo, el matrimonio que domina el Estatuto personal. Antes de la Reforma, el matrimonio estaba regido por el Derecho Canónico de la Iglesia Católica anterior al concilio de Trento. El simple consentimiento era suficiente para establecer la unión de los futuros esposos; pero era usual pedir la bendición nupcial. Después de esa Reforma, no es bastante el consentimiento de los presuntos cónyuges, y es indispensable desde entonces la ceremonia casoria ante un Ministro de Culto regularmente ordenado. Ninguna publicidad ni el asentimiento de los ascendientes era necesario para la validez del matrimonio; pero por el Estatuto de Jorge II del 1753 era nulo todo matrimonio celebrado por otro funcionario que no fuera un ministro anglicano y se requería además el consentimiento de los padres si los esposos eran menores de edad.

La legislación inglesa en lo que respecta a las relaciones pecuniarias entre los esposos ha sido objeto de una reforma radical: revocando el Derecho costumbrista el acto del 9 de agosto del 1870 (**Estatuto 33 y 34, cáp. XCIII**), establece entre los esposos un régimen análogo al de la Separación de Bienes del Derecho francés. Por otra parte, se debe consignar que en materia de contrato de matrimonio, el Derecho británico no es tan exigente o formalista: la forma notarial no es indispensable en Inglaterra: el oficial ministerial puede dar autenticidad a los actos privados.

Como cada porción territorial del Imperio de la Gran Bretaña tiene su legislación, podemos confrontar, por ejemplo, que en Escocia, el ré-

gimen de Derecho Común en el matrimonio es la Comunidad de muebles, quedan, pues, excluidos los bienes raíces que conservan su carácter de propios de los esposos y forman su patrimonio particular aparte.

En cuanto al Estatuto real es de anotar reglas importantes en esta legislación. Las divisiones de las obligaciones es en Derecho sajón como en Derecho latino hecha de acuerdo con la naturaleza misma de las cosas, dicen los colaboradores de las **Pandectas Francesas**. "La expresión de codeudor, agregan, no tiene en Derecho inglés igual significación que en Francia, y sólo implica por sí mismo una especie de solidaridad restringida". Y continúan afirmando que "relativamente a las obligaciones con cláusula penal, es necesario, según la Jurisprudencia de la Corte de Equidad, seguida hoy por los Tribunales ordinarios, distinguir conforme a si las partes han estipulado o no la cláusula penal. Si han fijado de antemano la monta de la indemnización que deberá pagarse por la inejecución de los compromisos, la suma fijada puede ser reclamada con el nombre de daños liquidados; pero si nó sólo podrá reclamarse una suma hasta la concurrencia de la pérdida sufrida, cual que fuera la suma que el deudor en falta se hubiera comprometido a pagar".

Los principios de tal legislación sobre las obligaciones de dar, de hacer o de no-hacer, no difieren en nada del Derecho francés. La equidad puede, sin embargo, introducir algunas modificaciones.

En cuanto a los contratos existe una diferencia en las denominaciones. En la legislación francesa no se hace la división de "contratos sellados" y "contratos no sellados" o simples, llamados también verbales.

El contrato sellado es el revestido con la marca de un sello impreso sobre el papel en señal de asentimiento solemne que las partes le dan. Por el contrario, el contrato no sellado o simple no está revestido de ninguna formalidad y basta para su perfección el consentimiento de las partes: la escritura en este caso es facultativa, excepto que "las partes hayan declarado que el convenio sólo se formará por la redacción de un escrito y quedará hasta ese momento en el estado de simple proyecto, dice Blackstone en sus citados **"Comentario de la Ley de Inglaterra."**

En Derecho inglés como en Derecho francés el contrato no produce efecto sino entre las partes contratantes: no favorece ni perjudica a terceros. Con la reforma judicial que fusionó los Tribunales de Derecho Común y los de Equidad, no pueden los primeros sino en casos excepcionales constreñir al deudor a cumplir la obligación tal como la había contratado con su acreedor.

El pago que es el modo habitual de extinguirse una obligación queda sometido en esta legislación bretona a otras reglas que en nuestro Derecho latino, más favorables al acreedor, y, entre nosotros, se

inclina al deudor. Para la novación como para la **quita de deuda**, la **Common Law** exige que un "contrato sellado" no pueda extinguirse sino por otro contrato de igual índole. "Cuando un compromiso verbal ha sido sustituido por un compromiso sellado, el demandado no puede escapar al primero invocando el segundo", dice Weiss, como se asienta en las **Pandectas Francesas**.

La compensación judicial ha sido introducida por los Estatutos; pero el Derecho inglés desconoce la compensación legal, esto es, la compensación no tiene lugar nunca de pleno Derecho, lo que vale decir, no es virtual en ningún caso. La confusión puede conllevar la extinción de una obligación, cuando la deudora es esposa de su acreedor o el esposo es su deudor.

En virtud de la **Bankruptcy**, proclamada por el acto del 1869, la quiebra libera al quebrado de sus deudas y obligaciones aun sin el consentimiento de sus acreedores, si ha recibido de la Corte una orden o descargo por el pago de un dividendo o parte alicuota de las acreencias por un cincuenta por ciento o por una resolución expresa votada por sus acreedores en el sentido de que el no-pago no es imputable riores.

Las obligaciones pueden extinguirse por la prescripción: no se opera de pleno Derecho en ese Derecho sajón y es sólo una excepción que debe ser invocada por quien le favorece. Tales son los principios principales del Derecho Privado.

El aspecto interesante de la legislación bretona son sus instituciones políticas, desde los remotos tiempos de los orígenes de su nacionalidad hasta nuestros días. Hay en la evolución de la comunidad inglesa una tendencia siempre creciente a disminuir el poder monárquico y transmitirlo al pueblo: de ahí que por su índole sea tradicionalmente amante de sus libertades públicas: democrática en sus más profundas raíces colectivas. Ha sido por éso el pueblo elegido por el destino para cumplir la misión histórica actual de salvar al mundo de la opresión totalitaria encarnada en la Alemania de Hitler. "En esto se descubren los gérmenes atávicos del inglés", dice Córdoba, a pesar de que el profesor costarricense cree ver en esta característica el predominio de los elementos germánicos que han entrado en su composición étnica originaria, y del espíritu de independencia de los bárbaros sus antecesores, o sea, de las tendencias de las tribus celtas y góticas anteriores.

Todo el régimen inglés ha sido creado en favor del desenvolvimiento del individuo, en tanto que las sociedades grecorromanas están estructuradas de manera que fueran absorbidas por el Estado, frente al cual el ciudadano carece de todo Derecho y puede ser oprimido porque no tiene fuerza virtual nacida de las instituciones que le rodean y protejen.

Por éso la libertad británica tiene gran reputación no sólo entre sus nacionales, sino también en sus dominios y colonias: es en la Europa de la guerra actual el refugio de las instituciones públicas. “La Constitución inglesa, dice lord Bróugham, es mixta en su forma: ha nacido del principio de que ninguna de las formas puras de Gobierno: monarquía, aristocracia o democracia, son aptas para asegurar los derechos del pueblo y la buena administración de sus negocios”. La base primaria de tales instituciones públicas la podemos hallar en su Carta Magna arrancada por los barones laicos y eclesiásticos al rey Juan I (**Juan Sin Tierra**), quien había quedado sin dominios territoriales a la muerte de su padre (19 de junio del 1215). Entre los principios inmortales de esta célebre carta de los derechos políticos ingleses, la cual equivale a una verdadera e imperecedera Constitución legada a su pueblo y a la propia humanidad, figuran los siguientes: “Ningún hombre libre podrá ser detenido, preso, ni despojado de lo que legalmente posee; ni tampoco privado de sus libertades, puesto fuera de la Ley, desterrado, ni castigado de ninguna manera, sino por sentencia legalmente pronunciada contra él por sus iguales o pares, según la ley del país”.

“A nadie debe rehusar el Rey la Justicia, la que no podrá ser vendida a persona alguna”.

“Cualquiera puede salir del reino y volver a él con entera libertad y seguridad”. Esos derechos políticos de la Carta Magna fueron confirmados y extendidos por las “Provisiones de Oxford” en el año 1258 concedidas a 24 barones del Reino. El primer Parlamento nacional se reunió en 1245. “En aquel entonces —escribe lord Mácaulay— fué cuando apareció de modo distinto y por vez primera, esa Constitución que al través de todos sus cambios, ha conservado su identidad, y que a pesar de algunos defectos merece se la mire como la mejor manifestación de la libertad política, y en cuyo régimen ha vivido muchos siglos, una gran sociedad. Entonces fué también cuando la Cámara de los Comunes, ese modelo de todas las Asambleas representativas de ambos mundos, celebró su primera sesión”.

Es la Gran Bretaña la cuna de las instituciones jurídicas más puras y que se confunden con las raíces de la misma libertad inherente a la personalidad humana. Tal es el caso del **Hábeas Corpus** que se estableció en las postrimerías del 1679. “A nadie se puede mantener preso sin someterle a juicio”. El propio nombre de “Hábeas Corpus” proviene de las primeras palabras de la fórmula latina de la orden que dirige el juez al carcelero que tiene preso al recurrente para que le presente, y decidir si debe mandar a ponerle en libertad o retenerlo en la cárcel. Esta frase de Hábeas Corpus significa: “Conduce aquí a la persona de fulano”.

El Cuerpo legislativo de la Gran Bretaña se compone del Parla-

mento integrado a su vez por la Cámara Alta o de los lores, y la Cámara Baja o de los Comunes. El clero, la nobleza por derecho propio, ocupan las sillas del primer órgano legislativo inglés, y los diputados elegidos por el pueblo el segundo órgano enunciado, y que es el genuino representante del Estado.

Esta Constitución no es otra cosa que un cuerpo de disposiciones políticas que se reducen a un limitado número de principios que desdanzan en la costumbre y la modalidad de vida de los sajones que durante centurias han observado de generaciones en generaciones y se ha hecho un Derecho tan estable como la existencia misma de aquel pueblo conservador y fuerte que se ha dado siempre un gobierno al amparo de las libertades públicas, y en que el orden y esas libertades guardan una perfecta armonía por las virtudes cívicas inmanentes del pueblo inglés.

4. **Legislación Alemana.**—Después de haber tratado la Legislación inglesa en sus líneas generales, debemos penetrar en la selva grandiosa, intrincada y oscura de la legislación alemana moderna, ya que estas dos legislaciones con las italiana, francesa y española, forman las cinco legislaciones tipos universales. En una Historia General del Derecho como ésta sólo daremos algunas noticias de las demás legislaciones europeas y sudamericanas, de orden subordinado o secundarias en su mayor parte, excepto en materia civil en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, y en sus novísimos Código de Defensa Social en Cuba y Códigos Penales en México y Brasil en los cuales se detendrá en detalles nuestro análisis somero y de vista panorámico, emitiendo más un juicio sintético que realmente analítico y concienzudo.

M. Tanon, Presidente de la Corte de Casación de Francia, en su notable **Introducción** al “Código Civil Alemán”, vertido al idioma puro de Racine y al jurídico y profundo de Domat, expresa que “es falso creer que la primera idea de una Codificación general del Derecho alemán fué hecha desde la fundación en 1871 del nuevo Imperio Alemán”. Con efecto, desde principios de la centuria XIX, se inició una corriente progresiva, “con alternativas de avances y retrocesos, en el sentido de la Codificación”.

En cuanto al Derecho Privado se refiere, hace siglos que la Alemania jurídica presenta gran variedad legislativa. El Derecho Romano, desde su recepción por el Derecho germánico, tiene en este gran Estado del Rhin el valor de un Derecho Común subsidiario que se aplica a falta de costumbres y de legislación doméstica. Existe, pues, imperante el sistema jurídico latino en ciertas materias como las obligaciones: se aplican las teorías de los jurisconsultos romanos en cierto modo. “Es el Derecho Romano bajo la forma modernizada del **“Derecho de las Pandectas”**, al decir del citado Tanon, aunque ya co-

dificado. Sólo se escapa de la regla el **Código bávaro** ("Codex Maximilianeus bavaricus civilis"), el cual fué lanzado a la publicidad el año 1756. Pero la codificación más caracterizada que precede a ese período de las grandes guerras de la Revolución francesa es el **Código prusiano** conocido más con el nombre de "Código de Federico", bien que su verdadero título es: "Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Shaten" de fecha 1746, y puesto en vigor el 10. de junio del 1794. Esta es, como la califican los legistas, "obra considerable", la cual contiene a la vez las ideas filosóficas de su época, las ideas humanitarias de otras legislaciones y las viejas costumbres de origen puramente germánico, a pesar de que éstas no tenían sino un valor subsidiario cuando el Derecho Romano era relegado por esas costumbres locales de modo expreso. En Austria, como trabajo prusiano ya que ella mantenía entonces la hegemonía imperial, se elaboró un Código Civil en 1811, aunque tuvo su aplicación sólo el año siguiente del 1812. Es entonces cuando se atraviesa la célebre polémica entre Thibault, autor de la "Necesidad de un Código Civil para toda Alemania", y los de la escuela histórica encabezados por Federico Savigny, insigne romanista desde sus años mozos, sosteniendo el primero la Codificación como uno de los medios más eficaces de obtener la unidad del Estado alemán, y por el contrario, combatiendo sus opositores, los historicistas, la libre y espontánea evolución del Derecho alemán fuera de los Códigos. "La vida de un pueblo, en sus múltiples aspectos, dice Savigny, se desenvuelve con arreglo a los antecedentes étnicos del mismo, a su idiosincracia, que resulta de una multitud de condiciones que le son propicias. Así como tiene su idioma, sus hábitos, su carácter y su fisonomía moral que no ha creado de propósito, sino que han aparecido espontáneamente por el libre ejercicio de las fuerzas que el alma colectiva encierra, así también tiene su Derecho que aparece de modo instintivo, en forma rudimentaria al principio, pero vigoroso, y siendo la costumbre su primera manifestación concreta. El elemento racional y crítico hace su aparición más tarde y entra a operar sobre la materia en forma ordenada, armonizándola por medio de leyes positivas, a fin de que mejor se acomode a su objeto. De manera que si se quiere proceder con sabiduría no se debe derogar el Derecho creado por el pueblo, que es clara manifestación de la conciencia nacional, para reemplazarlo con fórmulas abstractas, producto de realidades vividas, sino de conceptos teóricos, en pugna muchas veces con legítimas tendencias sociales, conceptos que antes entorpecen que contribuyen al verdadero adelanto general".

Savigny aceptaba en principio la Codificación siempre y cuando se pudiera conservar el Derecho germánico en su intangibilidad o fisonomía propia, o sea, con sus atributos esencialmente originarios. Tuvo de verdadera importancia el historicismo que dejó sentada la base

de estudiar el Derecho "como una manifestación social espontánea". según advierte Brenes y Córdova en su **Historia del Derecho**. Esta escuela histórica que sostenía la formación evolutiva del Derecho en oposición a la formación mecánica del mismo por la elaboración de un texto legal, obtuvo franco éxito y la codificación quedó retardada en Alemania. Empero, consigna la Historia, que cada Estado alemán deseaba su propia legislación. Por éso, Prusia inicia las reformas con la **Allgemeines Landrecht**. Baviera en la misma época forma su "Código General del Derecho Civil" en el 1854, publicando su anteproyecto del 1861 al 1864. **El Código Civil sajón** aparece el 1863 y se pone en vigor en 1865. Es éste el único movimiento legislativo caracterizado de unificación del Derecho alemán antes de los primeros proyectos de Código General como explica el profesor James Goedschmidt en su "Derecho Procesal Civil Alemán".

Después del proyecto de Constitución política de duración efímera para el Imperio alemán que creaba un órgano centralista investido de las funciones legislativas, el Imperio germánico obedecía al doble mecanismo para votar sus leyes del **Bundesrath**, derivada de la antigua Dieta de la Confederación germana, órgano representativo de los Estados, y el **Reichstag**, parlamento federal, ya en representación de la Alemania unificada y encargado de legislar para toda la nación, reservándose sólo en virtud del artículo XIII, Núm. 59, de la Constitución del 1849, no hacer entrar el Derecho Civil en ese Derecho unificado, al lado de la legislación sobre el cambio, el Derecho comercial, el Derecho Penal y el Procedimiento Civil, según Wolf.

Esta legislación sobre el cambio, el Derecho comercial, el Derecho Penal y el Procedimiento Civil. Esta Legislación se iba a obtener a falta de órgano central ya suprimido, por vía de conferencias, para luego someter los proyectos definidos a su admisión por los Estados alemanes confederados.

Se formó así, en la Alemania del Norte, una asociación de juristas que tenían como miras la unidad de la legislación. Se denominó **Juristentag** y realizó una fecunda labor jurídica desde su fundación el año 1862. Su proyecto de Código fué confeccionado en Dresde y se concretó a las obligaciones. Se conoce con el nombre de **Proyecto de Dresde**. Pero no fué aceptado por Prusia ni por los otros Estados confederados: quedó por ésto en estado de proyecto. De modo que la nueva Constitución del 1871 del Imperio alemán "no hace sino reproducir, agrega Tanon, el artículo 4o., No. 3o, de la Constitución del 1867". A pesar de las modificaciones sucesivas introducidas a la Constitución imperial en 1872 y 1873, la idea fundamental de una Codificación se mantiene, y la ley del 12 de diciembre del 1873 declara el Derecho Civil como de la competencia de la Legislación del Imperio. Con fecha 1874, el **Bundesrath** ejecuta esa ley del 1873 y nombra

una Comisión preparatoria con el título de "Ante-Comisión" ("Vorkommission"), encargada de elaborar el plan futuro para el Código Civil y fijar sus normas fundamentales. Se designa entonces la Comisión de redacción, asignándose a cada miembro una parte en esta labor. Formábase de cinco jurisconsultos.

Ahora la primera Comisión ya caracterizada constituída por el **Bundesrath**, después del trabajo preparatorio de la anterior de los cinco, fué designada el dos de julio del 1874: estaba formada de once juristas, profesores y magistrados. Su presidente era el Dr. Pape, Consejero secreto y Presidente de la Corte Imperial, y la integraban también el ilustre romanista Windscheid. Los demás redactores fueron: Gebhard, comisionado para escribir la Parte General; von Kübel, las obligaciones; Johow, Derecho real o acerca de las Cosas como le llama el Código Planch, acerca del Derecho relativo a la familia, y con Echsmitt para las Sucesiones. Esta Comisión tomó como base de sus trabajos el Proyecto de Dresde. En 1880 estaban redactados todos los antepasados, y fueron sometidos a la Comisión general y discutidos hasta el 1887 en que está definitivamente elaborado. Es conocido como el "Primer Proyecto", publicado en cinco volúmenes en 1888, los cuales contenían los motivos en apoyo del texto legal, y dedicándose uno para cada libro. Tal proyecto suscitó duras y largas críticas como revela Máas en su notable "Bibliografía de los Bürgerlicher Rechts".

Se le criticaba por Gierke, autor de un contraproyecto, el "lenguaje abstracto y oscuro" que emplea; su "técnica de gran rigor" impropia de un resumen de leyes y su inspiración exclusivamente romanista, según Bahr, quien hizo una compilación especial con notas de esta legislación al modo de las de Bekker y Fischer.

En 1890, el Bundesrath nombró una segunda Comisión compuesta de veintidós miembros en donde se mezclaban los abogados, los comerciantes y los industriales más connotados. Tomó tal Comisión como base de sus nuevos trabajos el "Primer Proyecto", y los contra proyectos. Se tomaron en cuenta las críticas precedentes y terminó su primera revisión el 1895. Procedió luego a una segunda revisión que originó un nuevo texto del "Segundo Proyecto" como se le llamó en lo sucesivo. También se conoce como la "Segunda versión" o "Segundo Proyecto revisado". Debió de nominarse simplemente "Tercer Proyecto", dice Máas en su referida Bibliografía. Fué el último proyecto sometidos al Bundesrath el mes de enero del 1896. Después de redactarse definitivamente y aprobarse por este cuerpo legislativo, se planteó ante el **Reichstag** como el "Cuarto Proyecto". Grandes dificultades hubo que vencer para su admisión por este órgano legislativo de la Confederación germánica. Este Proyecto sometido al Reichstag estaba en pugna con el sistema parlamentario que confrontaba el Im-

perio en ese momento; pero como el Gobierno estaba dispuesto a terminar la obra legislativa a todo trance, "se convino en respetar la obra legislativa de las Comisiones extraparlamentarias" dice Goldschmidt, esto es, la realizada por la Comisión que elaboró el proyecto definitivo en el Bundesrath y la que llevó al cabo en el seno del mismo Reichstag la Comisión de revisión. Era el modo de llegar al voto formal: debían decidirse los miembros de este cuerpo legislativo por uno u otro proyecto, lo que vale decir, por el precedente del Bundesrath o por el enmendado por la Comisión del Reichstag.

Esta Comisión que nombró el Reichstag se integró con partidarios de una y otra opinión respecto de dichos proyectos. Hizo a su vez un trabajo útil de conciliación de criterio y de adaptación de sistemas jurídicos y dejó preparado el proyecto para su discusión. Se le dió tres lecturas de acuerdo con el procedimiento parlamentario, y fué votado el proyecto el 10. de junio del 1896: los trabajos de esta legislación habían durado seis meses. El 14 de julio del 1896 fué adoptado por el Bundesrath, y se le puso la firma imperial el 18 de agosto del mismo año. El 24 de ese mes de agosto fué promulgado y se transformó en ley del Imperio alemán, según explica detalladamente en su estudio del Código Civil Alemán el eminente Stoesk.

El plan del nuevo Código Civil alemán participaba del seguido por el libro de las **Pandectas** según evidencia M. Tanon en su **Introducción**, Comprende una "Parte General (Libro I)", y 4 libros consagrados al "Derecho de las Obligaciones", "Derechos de las Cosas"; "Derecho de Familia"; "Derecho de las Sucesiones".

Es de notar que en este primer libro había ya desaparecido el carácter exclusivamente doctrinal del Derecho Civil que presentaba el primer proyecto. Se habían modificado también los artículos que le daban una amplitud exagerada a la costumbre y al principio de analogía en esta legislación.

El segundo Libro del Código Civil trata de las Obligaciones: estudia primero las obligaciones en sí, y después sus fuentes. Contiene, pues, una parte consagrada a las obligaciones en general, y la otra a los contratos como consigna el Derecho Comparado en las **Pandectas Francesas**. Sus reglas tienen gran analogía con el Derecho francés en su parte fundamental: el efecto de la obligación puede ser un hecho o una omisión cualquiera (art. 206); el deudor está obligado a probar que ha cumplido la prestación a que le sometía la obligación: él puede ejercer el derecho de retención, fundándose en una acreencia exigible; pero el deudor no puede estar obligado a lo imposible; pero si la imposibilidad proviene de un hecho imputable al deudor y nó de un caso fortuito, deberá indemnizar al acreedor; la obligación se extingue cuando el deudor efectúa la prestación debida (art. 263); una acreencia puede ser transmitida a un nuevo acreedor

sin el consentimiento del deudor y produce la subrogación en sus derechos y acciones; divisibilidad de la deuda entre los codeudores, a menos que la Ley decida lo contrario (art. 320); pero es algo distinto el derecho que tiene un deudor a pagar a un acreedor solidario aunque haya sido demandado y se le esté ejecutando su acción por parte de otro acreedor (art. 323); etc. Hay en cuantos a los contratos grandes similitudes entre los principios del Código Civil alemán y el Código Civil Francés. Una promesa unilateral no aceptada no es obligatoria a menos que la Ley no decida cosa alguna (art. 342). Las reglas relativas al consentimiento de los contratantes en vez de estar dictadas por el Código Civil alemán en el libro de las Obligaciones como en el Código francés, figuran en el Libro primero como ya explicamos. Un contrato no se forma como entre nosotros sino cuando entre las partes se ha manifestado la recíproca voluntad para su aceptación (art. 77). Y no se forma tal contrato sino cuando esas partes se han puesto de acuerdo acerca de las condiciones que la Ley considera esenciales para su formación (art. 78). Es nulo todo contrato que contiene una obligación imposible, ilegal o contraria a las buenas costumbres (art. 344). El contrato obliga al contratante a todo lo que resulta de sus disposiciones y de la naturaleza del contrato, conforme a la Ley y los usos, y deberá cumplirse de buena fe (art. 359).

Estos preceptos del Código Civil han sufrido algunas modificaciones profundas en la nueva legislación nazista del Reichstag actual. Ya aludiremos a ese nuevo Derecho alemán en proceso formativo y que ya ha introducido fundamentales enmiendas a los Códigos modernos.

El Libro III de este Código Civil es relativo a los derechos llamados reales en la doctrina universal, y que el lenguaje del Código denomina: "Derecho sobre las cosas". Encierra la notable teoría en torno de la posesión extraída de Savigny, y a la cual Ihering dió gran importancia en sus obras.

El Código Civil alemán se ha inspirado en este Libro III en teorías nuevas: se ha renovado y ha revocado el Derecho en general. "El nuevo Código alemán ha recogido de algún modo, dice Stoesk, el beneficio de todo ese extenso movimiento científico que le precedió". Ha consagrado este Código la doctrina relativa a los medios de adquirir la propiedad de acuerdo con los **Libros fonciers**. Es materia que interesa sobremanera a la Legislación civil comparada. Sería útil adoptar los progresos alcanzados por esta legislación en cuanto a tales derechos reales.

El Libro IV contiene la parte estrictamente nacional como advierte Tanon. Trata de los "Derechos de Familia". Dió lugar a largos y enconados debates en el Reichstag. Se pidió la igualdad de los dos esposos y la supresión del poder marital en el matrimonio. Se adop-

tó el régimen legal de la Separación de Cuerpos y de Bienes. Pero en cuanto a éste último se concedió todo el goce de los bienes de los cónyuges al marido. Se reservó a la mujer casada la libre disposición testamentaria y que pudiera retener sus ganancias y salarios, así como los bienes que les hubieran sido donados o constituido bajo esta reserva.

El Código llama "supresión de la comunidad de vida entre los esposos" a esa Separación de Cuerpos tradicional, comenta Tanon. Consagra la libertad de conciencia entre los esposos. Asunto muy discutido en el Reichstag.

En lo que respecta a la parentela es notable esta legislación positiva y puede servir de modelo a otras legislaciones modernas anacrónicas o demasiado tradicionales y conservadoras. La organización de la **familia natural** es innovadora. El sistema de los vínculos de parentela admitidos entre los hijos naturales, aunque asimilados directamente del Derecho Romano, sigue la más moderna tendencia del Derecho Civil: el hijo se debe a su madre, porque cuando el padre niega el vínculo es ella su "centro de familia" y no tiene respecto de ese padre natural ningún lazo de filiación legal. Este sistema debía facilitar la investigación de la paternidad adoptado después por el Código alemán y el propio Código francés recientemente. Se concretaba en esa época el Código alemán no a establecer vínculos de parentela entre el padre natural y sus hijos, sino fijar el hecho de que aquél había tenido tratos con la madre de estos últimos para que asumiera responsabilidades puramente pecuniarias. Debía ese padre mantener y educar a estos hijos naturales. El Código es admirable cuando dicta providencias protectoras en favor de los incapaces y los menores de edad. Es innovador respecto de otros Códigos como el francés; pero no es nada nuevo en relación a la vieja tradición jurídica germana caracterizada en el Código de Prusia del 1875.

Se establecen en estas instituciones jurídicas germanas la tutela del Estado sobre tales menores e incapaces, ejercida por el órgano judicial y el cual desempeña así un papel significativo sobre la jurisdicción de la familia. Este sistema ha sustituido al tradicional de un Consejo de Familia controlando al tutor que consagran por lo general el Derecho europeo y sud-americano.

En el matrimonio prevalecen casi todas las reglas del Derecho francés con profundas modificaciones de los últimos tiempos como la exigencia del certificado pre-nupcial de buena salud para poder contraer el vínculo los futuros esposos. El título III de la ley del 6 de febrero del 1875 ya determinaba las condiciones de los novios para celebrar el matrimonio y estas reglas se han reproducido en el nuevo Código Civil alemán. Este texto deja a las legislaciones particulares de cada Estado el resolver las condiciones de validez del consentimiento de las partes.

El Libro V de ese Código se refiere al "Derecho de las Sucesiones". Abarca la Sucesión testamentaria y la Sucesión **ab-intestat**. La vocación hereditaria es el fundamento del sistema y no la proximidad del grado de parentela. El Reichstag completó y modificó la obra de las Comisiones de redacción del Código Civil: descartó al cónyuge por un pariente lejano según comenta Stoesk. Adopta tal cuerpo legal el sistema de la liquidación colectiva de las deudas de la Sucesión: suprime esa responsabilidad ilimitada de los herederos. La primera Comisión, revela Máas en su **Bibliografía**, había preparado un sexto Libro en relación con las aplicaciones territoriales del Derecho y los conflictos de las leyes, esto es, las reglas del Derecho Internacional Privado que debían ser aplicadas en los problemas de esta índole, y las soluciones que sólo admitía el positivismo alemán. El Canciller del Imperio no fué enterado de esta innovación, a pesar de que la segunda Comisión repitió en el Libro el texto proyectado a tal respecto. Pero el Bundesrath suprimió definitivamente este asunto. No figura así en el proyecto presentado al Reichstag. Refiriéndonos ahora a la parte externa del Código o a su expresión lexicográfica, podemos afirmar con los comentaristas del mismo, que "la terminología del Código Civil alemán constituye una técnica especial": su precisión científica rigurosa es sui generis en la historia del Derecho. "Se ha creado una lengua jurídica particular al Código Civil" según M. Tanon en su **Introducción** a la versión francesa que se hizo de este cuerpo jurídico. Es en nuestro concepto un defecto capital para un Código. Tal técnica está reservada tan sólo a la doctrina y excluida de toda compilación de leyes. Extremando la nota teórica este Código alemán adopta el sistema ya desacreditado de las definiciones legales. Al lado de estas definiciones hay también innovaciones verbales, a las cuales los autores del Código han atribuído un sentido restringido y preciso de rigorismo netamente germánico.

En cuanto al antiguo procedimiento, se puede consignar que el proceso era común para los Jurados en asuntos civiles y penales como enseña en su "Derecho Procesal Civil" el profesor James Goldschmidt. El juez tenía el papel de investigador del Derecho, lo que equivale a decir, un **director de los debates**. La sentencia se pronunciaba ya por un juez permanente como en la Alta Alemania o Frisia, ora por una Comisión nombrada por el Juez como entre los franceses. La autodefensa se practicaba. "El propósito era procurar, agrega Goldschmidt, en el caso de que la lección jurídica se determinara por acuerdo entre las partes, o coactivamente, en caso contrario, una reparación mediante el pago de una sanción pecuniaria ("Busses Wergeld"), por parte del culpable, para evitar así la venganza del lesionado o su tribu".

El procedimiento es público y oral: descansa en el principio de la controversia. "El procedimiento alemán es formalista dice Daguin co-

mo sucede en todo procedimiento en que el Derecho es material e incierto y el poder del juez es escaso”.

En la Alemania del sud y del oeste penetró el Derecho extranjero en la primera mitad del siglo XIV: el Reichstag organizó en 1495 el Tribunal Cameral del Imperio, aunque desde 1693 se había asentado en Wetzlar. Actúa este Tribunal conforme a las normas del proceso italiano. Desde 1570 el actor debe formular sus conclusiones en la demanda, esto es, debe indicar los artículos de la Ley aplicables, aun cuando tenga que comparecer en la “litis contestatio”, bajo pena de incurrir en la preclusión. Así mismo, el demandado debe proponer simultáneamente, escribe Daguin en su “Procedimiento Penal Alemán”, en el curso de esa **litis contestatio**, y en las réplicas a las alegaciones de la demanda, las excepciones que tenga que oponer acerca del fondo del asunto. El demandante a su vez debe presentar la prueba de sus alegatos y contestar las excepciones, contrarreplicando al demandado. Este probará sus excepciones controvertidas y presentará su dúplica, y así sucesivamente. En este procedimiento la intervención de los abogados es obligatoria.

El juramento es de hecho. Las Legislaciones del Reich se sirvieron del procedimiento sajón en su reforma del 1645. El actor debe presentar la “demanda o medio no articulado, de modo sumario” y hacer constar los hechos “breve y esencialmente”, redactándose ellos de “modo preciso, distinto y claro”, terminándose el escrito con una súplica perfectamente formulada.

Toda la legislación germana se puede reducir a tres tipos de acuerdo con el citado Fernand Daguin en su “Procedimiento Penal Alemán”. Los redactores del Código del 1877 suprimieron las divisiones locales, dice, y se presentan en el procedimiento tres fases históricas caracterizadas: 1a. la fase inquisitorial; 2a. es la seguida en la Edad Media e influenciada por el Derecho Romano; 3a. procedimiento mixto en que se emplean a la vez la instrucción criminal con la sumaria de la acusación y la reparación a la Sociedad con la abolición de la teoría de las pruebas legales, y de las torturas: el Juez se inspira sólo en su propia conciencia.

Los proyectos del Código Penal y de Procedimiento criminal pasaron al través del filtro de tres deliberaciones, antes de ser aprobados por el Consejo Federal en los años 1876 y 1877, respectivamente.

“Según las concepciones jurídicas actuales, dice Franz von Liszt en su “Derecho Penal Alemán”, es el Derecho escrito o la Ley, en su sentido más alto, la única fuente de los principios del Derecho Penal”. Por éso la legislación imperial es la fuente de las prescripciones jurídicas del Derecho Penal germano contemporáneo.

En el estudio de las instituciones criminales de Alemania podemos observar como desde el año 1750 se marcaba una verdadera decadencia. “Después que la autoridad de Carpzovio se fué perdiendo por los

ataques de sus adversarios, dice von Liszt, la jurisprudencia penal alemana quedó sin sólida base: la legislación imperial estaba muda y la legislación de los diferentes Estados se apoyaba exclusivamente en un número corto de Ordenanzas. El estado de la Jurisprudencia era intolérable y declinaba el Derecho Penal Común alemán”.

Con efecto, como afirma el penalista esclarecido en la cita anterior, la Legislación penal de Baviera y de Austria en el siglo XVIII rodaba en una pendiente de declive jurídico con el **Codex juris criminalis bavarici** del 7 de octubre del 1751 y la **Constitutio criminalis** del 31 de diciembre del 1768. El estado de esa legislación penal alemana en 1870 se ha resumido por los autores en esta forma: 10 Códigos Penales diversos en plena vigencia: 1o. Código de Brunswich (1840); 2o. Código sajón (1833); 3o. Código **Hessois** del 1840; Código thuringiano (1850 y siguientes); 5o. Código prusiano del 1851; 6o. Código sajón del 1868; 7o. Código hamburgués del 1869; 8o. Código Wurtembergesis del 1839; 9o. Código **badois** del 1845; 10. Código bávaro (1861).

Este Derecho alemán se ha conmovido en todas sus bases con el movimiento nacionalsocialista que ambiciona conquistar el mundo y hacer un “nuevo orden” europeo y tal vez universal. “La posición espiritual e histórica de la Jurisprudencia en el Reich de Adolfo Hitler está, ante todo, condicionada, escribe Hans Frank, Ministro del Reich, Presidente de la Academia de Derecho alemán y de la Liga de juriconsultos nacionalistas, por la revolucionaria renovación de los principios fundamentales de la comunidad, renovación que por su punto de partida como por el contenido y por la finalidad es sencillamente la mayor revolución de la Historia”.

De acuerdo con esta teoría novísima teutona que ha desquiciado todos los valores, todas las normas y todas las instituciones jurídicas, “el legislador juzga por las necesidades del tiempo cuyos problemas tiene que resolver” y “la Ciencia Jurídica tanto en sus bases como por los problemas que se le plantean constituye un valor constante”. Asentando esta base revolucionaria y aniquiladora de toda libertad y democracia a pesar de su aparente raíz popular: “El Derecho es, para nosotros agrega Frank, el ordenamiento autoritario de la vida de la Comunidad, emanado del pueblo en cuya implantación participa el Estado recurriendo a sus órganos de poder”. Y termina diciendo el inflado erudito metiéndose a corifeo político: “El Reich nacionalsocialista se levanta sobre la afirmación de la raza, del suelo y del trabajo”. Estos tres factores como valores sustanciales han creado la legislación de la Alemania de Hitler en todos sus aspectos civil, penal y administrativo. Hay ya un nuevo Derecho alemán que se yergue sobre el derrumbamiento de todos los valores jurídicos universales y quiere hacer de cuervo y erigir un nuevo mundo germánico sin Dios, sin conciencia, sin moral: mundo mecanizado, terrible e insospechable en que las normas jurídicas son movedizas como el tiempo pero enderezadas a hacer

del pueblo alemán el elegido, ya que pretende ser una fuerza decisiva de la misma Historia. La Historia del Derecho contempla por primera vez una "legislación racista" bajo el pretexto de un imperativo dictado por las necesidades de un pueblo que necesita su "espacio vital" pero que lo va desorbitando en el espacio ilimitado de la Tierra con la esclavización de pueblos condicionados naturalmente para la libertad y felicidad humanas.

5. **Legislación Española.**— A mediados del siglo II, ya se preocupaba Antonio el Píadoso por una legislación uniforme española que refundiera las legislaciones diferentes que regían en la Península. Consignamos en el Libro Segundo, cómo en pleno siglo V, Eurico o Evarico dió a luz su Código: recopilación de las costumbres y usos de Germania, a más de las leyes promulgadas por dicho soberano y sus antecesores. Alarico II que gobierna la España del Mediodía que tiene a Tolosa por capital, lanza a la vez su Código o Breviario en el 506. Se le conoce igualmente como **Código alariciano** o **Breviario de Ancano** (nombre del canciller real que le suscribió). Esta compilación de leyes se aplicaba a los nacionales, a los romanos y a los españoles, mientras el **Codex Eurici** regía a los godos, como refiere Ureña y Smenjaud en su notable tratado de "Legislación gótico-hispana".

El rey Chindasvinto resume las anteriores legislaciones en un solo cuerpo o colección de leyes gótico-romanas con cambios y adiciones introducidas por los monarcas posteriores a la centuria décimotercera. Se llamó **Forum Judicium** o "Fuero de los Jueces", título que por una corruptela se convirtió en el de **Fuero Juzgo**. Se escribió en latín. El rey San Fernando le mandó a traducir a la lengua castellana. "El Fuero Juzgo, escribe Brenes y Córdoba, es el monumento más antiguo del habla castellana y del Derecho Positivo español". Comprende 557 leyes: las 18 primeras tratan de la elección, derechos y deberes de los Príncipes, y las restantes se refieren a materias del Derecho Civil, Derecho Penal y otras a materias especiales. En la mitad del siglo XIV hace su aparición otra legislación de mayor "envergadura" y quizá la de mayor valor que ha producido España en todos los tiempos, de acuerdo con Sánchez Román en sus célebres **Estudios**. Aludimos a las "Siete Partidas" formada bajo Alonso o Alfonso el Sabio, publicada en el 1349 pero que no se ejecutó sino por el hijo de este último monarca, Alfonso XI. Fué promovida para el perfeccionamiento y la unificación de las legislaciones. Está compuesta de siete partes: de ahí su nombre.

He aquí esas partes: 1a. de las cosas concedidas a la fe católica y al conocimiento de Dios como creencia; 2a. de los monarcas y de las demás personas que ejercen el mando y del modo como deben gobernar conforme a Derecho; 3a. de la Justicia y el modo de administrarla; 4a. de los desposorios y matrimonios; 5a. de los contratos; 6a. de las

herencias; y 7a. de las acusaciones, delitos y penas. "Se ignora el autor de la Siete Partidas" según Salvador Minguíjon Adrian en su **Historia del Derecho Español**. Pero se conjetura, dice Demófilo de Buen, que el mismo Alfonso el Sabio trabajó en ella. Los tratadistas traen diversos nombres que Sánchez Román desmiente en su magistral "Estudios de Derecho Civil".

El "Ordenamiento de Alcalá" se publicó en 1348. Es un cuerpo de leyes secundarias pero algunas de ellas ya célebres como asevera Altamira en su **Historia del Derecho Español**.

Las "Leyes de Toro" de igual índole que la legislación precedente. Confeccionadas por las memorables Cortes del 1505 en Toro, bajo el reinado de Juana, aunque durante la regencia de su padre **D. Fernando**. Resuelve dificultades y llena vacíos de los cuerpos legales anteriores como explica Demófilo de Buen.

Para todos los autores clásicos de la Historia del Derecho, los primeros fueros de León datan del 1058 bajo Alfonso V; 31 capitales están regidas por estos fueros durante tres siglos. Las más importantes fueron: León, Toledo, Oviedo y Zaragoza.

Además, en el mismo siglo XIV, son de nombrarse las "Leyes de Estilo". Según Minguíjon con este título se conoce "una colección de decisiones del Tribunal Superior de las Cortes que formaron Jurisprudencia para la interpretación del Fuero Real". Forman un conjunto de 252 resoluciones que se dieron bajo los reinados de Alfonso X, Sancho IV y Fernando IV: aclaraciones, reglas, estilos, prácticas o costumbres para administrar Justicia en esa época.

El "Fuero Real" es una "colección privada anónima al parecer, dice Buen, formada durante el reinado de Pedro I". Revisión de precedentes recopilaciones sin autoridad oficial.

Después, la famosa "Recopilación de Indias" del 1680, de que hablaremos en la Historia especial del Derecho Dominicano al estudiar el período indiano. Anotaremos sólo ahora que fueron dadas por el rey Carlos II para regir las colonias hispanas en el Nuevo Mundo mal llamado por Colón las Indias occidentales. No comprende esta recopilación todo ese Derecho Indiano.

La "Novísima Recopilación" que se le atribuye a D. Juan de la Reguera Valdelomar. Publicada en 1805. Abrevada en las mismas fuentes de la "Nueva Recopilación".

Felipe II ordenó el Código llamado "Recopilación" que contenía las leyes promulgadas desde las **Siete Partidas** y algunas anteriores, dice Rafael Altamira.

La "Colección Legislativa" del 1810 figura con el nombre de **Colección de derechos y Ordenes de las Cortes**. Se dividía en cuatro secciones que comprendían las disposiciones legislativas del Tribunal Superior y del Consejo de Estado. Era una Jurisprudencia civil, penal y administrativa.

Demófilo de Buen, en su magnífica "Introducción al Derecho Civil" (siguiendo las viejas rutas de los clásicos de la Historia del Derecho Español), ha dado el orden de las normas vigentes del Derecho Castellano antes del Código Civil: 1a. Leyes posteriores a la **Novísima Recopilación** y su **Suplemento**; 2a. **Novísima Recopilación** y su **Suplemento**; 3a. **Leyes de la Nueva Recopilación**; 4a. **Fuero Real, Fuero Juzgo y Fueros Municipales**; 5a. **Las Partidas**".

En el siglo pasado se renovó la legislación en la Madre Patria. Se promovieron Códigos y Leyes durante casi cinco décadas. Publicáronse cuatro Códigos Penales: 1822, 1848, 1850 y 1870. Este último cuerpo de preceptos de carácter represivo gobernó la legislación hasta el 1o. de enero del 1929 en que se reemplazó por un nuevo Código Penal. Y el Código Civil promulgado el año 1889 revocó el Derecho Antiguo creando una legislación uniforme que no dejó de tomar en cuenta en algunos puntos el Derecho foral o consuetudinario. De modo que la tradición jurídica fué contemplada por los autores de la Codificación española. "Nuestra codificación civil responde a una tendencia tradicional, escribe de Buen, motivada por el estado inorgánico de nuestra legislación; pero la forma peculiar de su expresión histórica se enlaza con una ideología y unos problemas cuyas raíces están, sobre todo, en el siglo XVIII".

Esto dicho por Demófilo de Buen es rigurosamente cierto respecto de la genealogía de las instituciones hispánicas modernas: el siglo XVIII es la época donde hay que seguir la gestación doctrinal del Código español contemporáneo. Aunque los gérmenes más cercanos están en el siglo XIX. Estudiemos ya estos precedentes inmediatos de la Codificación, bien que de modo somero, para reservar su análisis más profundo al hacer la Historia especial del Derecho.

Se remontan los primeros intentos de Codificación a la Carta constitucional otorgada en Bayona. "Las Españas y las Indias se gobernarán, dice el canon 96, por un solo Código de leyes civiles y criminales".

En el 1813 se nombra una Comisión para formar los Códigos. El 1814 se designa otra Comisión. Un tercer Proyecto se presenta en el 1823 para esa Codificación: se separa éste del modelo francés, dice de Buen, "y se inspira en las ideas revolucionarias de la época".

Nuevos Proyectos privados se proponen para el Código. Pablo Garosabal escribe el suyo en el 1821, y se publica del 1825 al 1830. Manuel María Cambronero no llega a presentar el que hizo porque muere antes.

Un Real Decreto del 29 de enero del 1834 nombra de nuevo una Comisión presidida por Ayuso y Navarro que propone su Proyecto de Código Civil en 15 de setiembre del 1836. Es presentado a las Cortes y reclamado después antes de toda discusión. Le sigue la Comisión designada por el ministro Arrazola en el año 1839. Se proponía acomodar

el anterior proyecto a las leyes existentes. El 6 de junio del 1841, otra Comisión continúa los suspendidos trabajos de unificación del Derecho español.

Con fecha del 1843 se designa por fin, la primera Comisión General de Codificación. Divídese en Secciones. Termina de revisar los libros 1o., 2o. y parte del 3o. del Código Civil. Fué suprimida en 1846.

Nueva Comisión en el 1851 forja un Proyecto de Código que envía al Gobierno: estaba inspirado principalmente en el Código Napoleón en su plan, con algo del Derecho castellano y de Códigos extranjeros. "Su espíritu es —como dice Sánchez Román— exclusivo y estrecho, pues, en vez de intentar una obra de asimilación entre las diversas legislaciones civiles de España, pretende imponer tan sólo la legislación castellana".

No llega ese Proyecto a ser ley. El Gobierno le da dilatorias con expediente de consultas a los hombres de leyes más eminentes de la nación y a las propias asociaciones de abogados de esos tiempos. "Después del proyecto del 1851 —como dice de Buen— prevaleció durante algún tiempo el intento de sustituir el propósito codificador por la publicación de leyes especiales."

El Gobierno somete leyes especiales para ser corregidas al Congreso Jurídico de Madrid celebrado en 1863. Allí, en el seno de este memorable areópago de juristas, se ponen de manifiesto las dos tendencias filosófica e historicista.

El proyecto del 1869 es una renovada tentativa de Codificación: el ministro Romero Ortiz presenta a las Cortes su proyecto acerca del Libro 1 del Código Civil que informa "un espíritu innovador" dice Altamira. El proyecto es retirado porque publica en él las leyes acerca del Matrimonio y el Registro Civil que se juzgan innecesarias para que figuren en este cuerpo legal.

Real Decreto del 2 de febrero del 1880 restituye la Comisión General de Codificación del 1875, amplía el personal de dicha Comisión con letrados de experiencia y de gran reputación como legistas en cada una de las regiones españolas: Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia. Todas designan sus representantes en esta Comisión y ellos redactan los principios e instituciones del Derecho Foral que debían ser introducidos en el Código Civil para responder a sus respectivas necesidades territoriales, y proponen las supresiones de preceptos ya en desuso y de costumbres desechadas. No pudieron llegar a un acuerdo: tampoco hubo Codificación en tal oportunidad. Pero es una etapa decisiva en el camino de la unificación del Derecho español porque su trabajo ha de ser aprovechado a la hora de confeccionarse definitivamente el Código Civil. "Momento trascendental para la Codificación—escribe Demófilo de Buen—significa el ya citado real decreto del 2 de febrero del 1880".

No se cuajaba el Código. Entonces "el anhelo de llegar a tener

un Código Civil inspira a Alonzo Martínez el procedimiento de presentar a las Cortes, en forma de Proyecto de bases — como ya se había hecho con anterioridad para otras leyes — los principios cardinales del futuro cuerpo legal”. El primer Proyecto de bases de D. Alonso Martínez fué autorizado por Real Decreto del 20 de octubre del 1831 y presentado al Senado en el mismo año. Fué tal la oposición que se le hizo que su autor le retiró el 1832. Sometió luego el texto íntegro de los libros I y II del Código Civil que no pudo ser aprobado. El segundo Proyecto de bases es de Silvela: autorizado para ser presentado a las Cortes por Decreto del 7 de enero del 1835, aunque no pudo ser plasmado en una ley, a pesar de su aprobación por el Senado. El Congreso le aplazó.

D. Alonzo Martínez retorna al Ministerio de Gracia y Justicia y hace que se reanuden las discusiones del Código en el mismo estado en que estaban anteriormente: obtiene su aprobación final. Revisado el proyecto por una Comisión mixta del Senado y el Congreso: se hace Ley y sanciónase por el Gobierno el 11 de mayo del 1838. Este Código de Alonzo Martínez es el primer antecedente inmediato del Código Civil español vigente a pesar de sus numerosas modificaciones introducidas por la Segunda República y por el régimen de Francisco Franco que rige a España en estos momentos. Antes de este Código Civil del 1925 a que nos hemos venido refiriendo, se dictaron numerosas leyes que reconoce y enumera en su “Historia del Derecho Español” el Dr. Salvador Minguijon Adrian. Ley del 16 de mayo del 1836 que regula el sistema de las Sucesiones intestadas y los bienes mostrencos. Ley del 17 de julio del mismo año, reformada en 1879, la cual se refiere a la Expropiación forzosa. Decreto del 8 de junio del 1813 sobre libertad de contratación de arriendos. Ley del 9 de abril del 1842 acerca de arrendamiento de predios urbanos. Ley del 14 de mayo del 1856 sobre el préstamo. Ley sobre la usura del 1908. Ley hipotecaria del 1861, reformada en los años 1870 y 1909. Ley de Aguas del 1836, reformada en 1879. Ley de la Propiedad Intelectual del 1870. Ley de Caza, Pesca, etc. del propio año. Ley del Matrimonio Civil del 24 de marzo del 1870. Ley de Registro Civil del mes de junio del 1870. El **Derecho Mercantil** se promulgó en 1829. Fué obra de D. Pedro Sains de Andin. Estuvo en vigor hasta el 1835

El **Derecho Social** es una legislación propia que hace honor a España. Completada por la Ley del Trabajo de mujeres y niños del 13 de mayo del 1900. La Constitución del 1812 creó el Tribunal Supremo Español compuesto de dos Salas, y 17 Audiencias.

Haciendo un juicio integral de esa copiosa legislación moderna hispana, Román Riaza y Alfonso García Gallo, en su “Manual de Historia del Derecho Español”, publicado en el 1934, han dicho: “En la Edad Moderna se apoya el Derecho Español, sustancialmente, en el Derecho Romano, tal como lo desenvuelven el Fuero Real y las Partidas”.

Entremos ya en el estudio de la redacción, publicación y discusión del Código Civil del 1889. El proyecto de Código fué redactado por la Sección de lo Civil de la Comisión Codificadora. Pero se festinó a tal punto su elaboración que ni siquiera fué aprobado por todos los miembros de la Comisión en la forma decretada por la Ley de Bases como hace observar Minguíjon Adrian.

Real Decreto del 6 de octubre del 1888 ordena la publicación en la **Gaceta** del Código Civil: corregida tal publicación el 9 del mismo mes y año. Real Orden del 11 de febrero del 1889 prorrogó el plazo para su vigencia hasta el 1.º de mayo del 1889, fecha en la cual se pondría en vigor para toda España.

El Código se aprobó después de un proceso legal a que fué sometido: las dos Cámaras le discutieron, elogiaron y censuraron en largos debates. A iniciativa de Azcárate fué aprobada la ley del 26 de mayo del 1889, la cual ordenó que el Gobierno hiciera una edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sociedad de lo Civil de la Comisión General de Codificación fueran indispensables. Tal edición corregida fué hecha con celeridad y se mandó publicar con su aneja **Exposición de motivos** que le precedía por Real Decreto del 24 de julio del 1889.

Esta obra legislativa no era perfecta ni mucho menos. "Se ha dicho que el Código Civil español, escribe de Buen, no comprende todo ese Derecho Civil, ni todo lo que comprende es Derecho Civil".

De acuerdo con De Diego informaron los elementos del Código: 1.º el proyecto del 1851; 2.º las leyes posteriores (Registro Civil, Hipotecaria, etc.); 3.º las Legislaciones Forales, en algunas partes; 4.º los Códigos francés, italiano y portugués; 5.º disposiciones aisladas tomadas del Derecho consuetudinario, de las doctrinas de los juriscultos y de la Jurisprudencia. Respecto de este Derecho extranjero asimilado por el Código español, ha dicho Sánchez Román: "El diputado Mahiquer y Viladot, en la discusión del Congreso, afirmó, sin ser contradicho, que en el Código Civil español se encuentran más de 250 artículos transcritos literalmente del francés, y casi un número triple de igual procedencia que, con algunos cambios de palabras, vienen a decir lo mismo".

No obstante, el Código español había hecho innovaciones, aunque inspiradas en su mayor parte en el Derecho Foral. "Entre otras, escribe Minguíjon, podemos mencionar: la redacción de la legítima de los hijos y descendientes legítimos y el usufructo del cónyuge viudo; regulación del censo a las primeras cepas y la libertad de las capitulaciones matrimoniales".

Duras críticas se le han hecho por los publicistas hispanos a este Código. "La época en que se publicó requería con respecto del Código francés—escribe Demófilo de Buen—un perfeccionamiento no alcanzado en nuestro Código. No puede, sin duda, este último, resistir la



comparación con el Código alemán que sólo ocho años más tarde fué acabado". Y antes consignó Minguíjon: "El Código Civil es muy inferior a lo que exigía el tiempo en que fué publicado". "Resulta un Código —dice Valverde, en su Tratado de Derecho Español— que siendo, uno de los más modernos, es, sin duda, uno de los más defectuosos."

El Código Civil del 1889 derogó la legislación anterior. En su artículo 1976 dispone que quedan revocados los "cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil Común".

En cuanto al Derecho Penal y el Derecho Procesal codificado en materia civil y criminal, nos atenemos al juicio exacto de Riaza y Gallo en su "Historia del Derecho Español". "En el Derecho sustantivo penal, en la primera mitad del siglo XIX, dicen, y hasta en los primeros años de la segunda mitad, no aparecen otras cosas, en el orden procesal, que disposiciones orgánicas o instrucciones provisionales". Y agregan: "Dentro de esa misma Edad Moderna la intervención de los Reyes produjo anomalías procesales, como la detención de ciertas demandas ejecutivas, obtenida a título de Gracia, o la concesión, en lo criminal, de Cédulas que equivalían a una sentencia firme, destinadas a conseguir la inculpabilidad de una persona en determinados asuntos. En su conjunto, pues, el procedimiento se nutre todo de los textos nacionales, de los provenientes del Derecho Romano y Canónico y de los comentaristas de uno y otro".

El Código Penal español se aparta por completo del plan del Código francés, y adopta el sistema bipartita en la clasificación de las infracciones en delitos y faltas, tomándose como modelo el Código Penal italiano, y no el tripartita galo de crímenes, delitos y contravenciones. Se divide en tres Libros. El primero comprende las "Disposiciones Generales sobre los Delitos y Faltas, las personas responsables y las Penas". El segundo Libro se refiere a los delitos y sus penas. El último trata sólo "de las faltas y sus penas".

Este Código Penal reformado había sido sancionado antes por Real Decreto del 17 de junio del 1870.

Del mismo modo se publicó la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Real Decreto del 14 de setiembre del 1882. La Ley de Enjuiciamiento Civil quedó vigente en la Madre Patria el 30 de enero del 1855. Se apartaba completamente este procedimiento del francés y del italiano. Era a base de la oralidad y no de lo escrito. Se establecía la clasificación de juicios de mayor cuantía, de menor cuantía y ejecutivo que no obedece a ninguna terminología legal del Código francés ni hay sus equivalentes sino dentro de un juicio general civil que se sustancia ante los mismos Tribunales y rigiéndose por las mismas normas procesales. No existen en los Procedimientos civil y criminal francés como en los hispanos una infinidad de recursos como el de Reforma, Queja, Súplica, etc. Es de más economía el Derecho procesal galo pero menos explícito y conveniente en las prácticas forense y judicial.

En cuanto al Código de Comercio se refiere fué sancionado en el 1885 por Real Decreto y se le introdujeron modificaciones posteriores aun vigentes. Su Libro Primero trata "de los Comerciantes y del Comercio en General": contiene 115 artículos. El Libro Segundo se refiere a los "contratos especiales del Comercio": abarca desde el artículo 116 al 572. El Libro Tercero sólo considera el **Comercio Marítimo**, conteniendo 296 preceptos. El Libro Cuarto que termina el Código de Comercio español regula "la Suspensión de Pagos, las Quiebras y la Prescripción", desde los artículos 870 al 955. Es un Código moderno y muy superior en sus provisiones al Código francés del cual se separó por completo. Su antecedente inmediato fué el Derecho Mercantil del año 1829 que constituía un avanzadísimo cuerpo de preceptos en la materia.

**6. Legislación italiana.**—El Derecho Civil italiano lo vemos influido por la corriente avasalladora de la legislación francesa. La recepción de estas normas jurídicas que venían del Sena produjo al fin el "Código Civil del Reino de Italia" del 1865.

Pero este Código italiano que nació del Código francés ha de crear un Derecho propio con su admirable elaboración doctrinal.

El Código Civil fué presentado al Senado del 5 de julio al 26 de noviembre del 1863, acompañándosele de modificaciones de la Comisión de este cuerpo colegislador y del Ministro Guardasigilli, según trae el dato el "Código Civil del Reino de Italia" de T. Bruno, aunque dos años después es cuando se obtiene su promulgación. El plan, las materias, el orden en que han sido tratadas denuncian el patrón francés. Tiene el Código una parte introductiva que intitula: "Disposiciones acerca de la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general". Comprende los doce primeros artículos. Como el Código francés se detiene en su primer precepto en la promulgación de las leyes, y en el segundo dispone que "la ley no tiene efecto sino para el porvenir: no tiene efecto retroactivo". En el Libro 1o. como su modelo trata "de las Personas": el título 1o. se refiere al "goce de los derechos civiles". El título II aborda el domicilio y la residencia, mientras el francés enuncia: "de las actas del estado civil". El título III del Código Napoleón es el que concierne al domicilio. Es más claro el italiano al fijar la diferencia entre domicilio y residencia cuando indica en uno: "el lugar en que una persona tiene la sede principal de sus negocios e intereses", y la otra: "el lugar en que esa persona tiene su morada". El título III italiano corresponde al título IV francés: "De los ausentes". El título IV italiano innova al tocar la "Parentela y la afinidad". Pero en el título V los dos Códigos agotan como contenido el "Matrimonio". El título VI del texto italiano y el VII del francés abarcan: "De la Filiación". El art. 159 del uno y el

312 del otro están redactados en los mismos términos: "El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio". La presunción de paternidad es igual en uno y otro precepto: "desde los 300 hasta los 180 días anteriores al nacimiento del hijo", podrá repudiarlo si ha estado ausente o imposibilitado el padre para cohabitar con su mujer.

El título VII del texto italiano es el mismo francés del título VIII: "De la Adopción y de la Tutela Oficiosa". El título VIII italiano es el IX francés: "La Patria Potestad". No hay variante alguna. El título X italiano trata: "De la Mayoridad, de la Tutela y de la inhabilitación", y el mismo título francés se refiere a la "Menor Edad, Tutela y Emancipación". El título XII del texto italiano es que viene a afrontar de manera idéntica el título II del texto francés: "Actas del Estado Civil".

El Libro Segundo de ambos Códigos que estamos comparando tienen una misma materia general: "Del modo de adquirir y transmitir la propiedad, etc", dice el ítaló; "De los Bienes y de las diferentes modificaciones de la Propiedad" consigna el francés. El Libro III de este último Código agrega: "De los diferentes modos de adquirir la Propiedad". Pero el Código de Italia aporta la materia "De las Obligaciones y del Contrato en general" en el Libro IV y el Código de Francia le deja incluido en su Libro II que es una amalgama de materias diferentes.

El título IV del propio Libro III se refiere a las **Obligaciones y los contratos en general**. Su art. 109 da las fuentes de las obligaciones: **la Ley, el Contrato o quasi contrato, el delito y el quasi delito...** Y el 1098 trae la definición del contrato: "es el acuerdo de dos o más personas para construir algo o perpetuar un vínculo jurídico".

En su Capítulo IV, art. 1236, se consignan los modos de extinguirse las obligaciones: **pago, novación, compensación, confusión, prescripción**, etc.

En el título XXIII trata este Código italiano de los Privilegios e Hipotecas. Todas estas instituciones jurídicas están tomadas del Derecho francés.

Detengámonos en algunas de las instituciones del sistema legislativo ítaló. El Matrimonio, por ejemplo, básico en todo país. La promesa mutua de matrimonio no engendra la obligación legal de contratarlo, ni de cumplir la prestación que ha sido estipulada en el caso de inejecución de dicha promesa (art. 53 Cód. Civil). Las condiciones concernientes a la edad, no existencia de un matrimonio anterior, son las mismas en el Código Civil italiano (artículos 55 y 56) que en el Código Civil francés (arts. 144-147). El impedimento prohibitivo establecido por el art. 128 del Código francés es formulado por el Código italiano en el art. 57 en iguales términos. Las regias concernientes al consentimiento del padre y de la madre,

de otros ascendientes, o de la familia, están vertidas en los artículos 63, 65 y 66 del Código italiano del mismo modo que en los artículos 146, 147 y 150 del Código francés.

Las formalidades preliminares del matrimonio son idénticas en los dos cuerpos legales. Las demandas en nulidad del matrimonio previstas por el art. 104 del Código Civil italiano reproduce las disposiciones de los artículos 184 y 191 del Código Civil francés.

El proyecto del Código italiano admitía la capacidad jurídica absoluta de la mujer casada y la supresión de la autorización marital. Pero esa reforma pareció muy radical y fué descartada dice Andrés Weiss. El artículo 134 mantiene la necesidad de la autorización marital.

Verdadera innovación introdujo el Código Civil italiano respecto de los regímenes matrimoniales. No admite el régimen legal: redúcese a organizar dos regímenes: régimen dotal y régimen de la comunidad.

Como anotan los glosadores de las Pandectas Francesas:... "los redactores del Código Civil italiano del 1865 han reproducido, sin grandes cambios, las disposiciones del Código Civil francés relativas a la teoría de las obligaciones". Con efecto, la materia fué elaborada con tal perfección por los jurisconsultos latinos, que Pothier no hizo sino tomar sus ideas y expresarlas en forma de doctrina en el Derecho francés que sirvió a los codificadores. Por éso, como declara M. Vacca, el Código Civil italiano no hace sino reproducir el Código francés: **no podía descartar tales modelos.**

Las condiciones requeridas por el art. 1104 del Código italiano para la validez de los contratos son las mismas que las normas establecidas por el art. 1138, del Código Civil francés. Los efectos de los contratos están regulados por los artículos 1123 a 1130, reproduciéndose los artículos 1119 al 1130, 1133, 1134, 1135, 1138, 1141 y 1164 del Código Civil francés. La teoría de las obligaciones convencionales fijadas por los preceptos 1157 al 1171, es la misma del Código francés. Los artículos 1234 y 1235 del Código italiano copian los principios de los artículos 1166 y 1167 del texto francés; pero la teoría de la acción pauliana está más desenvuelta en el Código italiano. Referente al pago los preceptos contenidos en los artículos 1234 y 1248 del Código francés están copiados en los preceptos 1237 al 1250 del Código italiano, excepto en lo que atañe al plazo de gracia que es suprimido por este último texto (art. 1244 del Código Civil francés). En cuanto a la novación y la delegación, el Código italiano en los artículos 1267 al 1278, agrega a las reglas francesas la disposición del artículo 1278: "el deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que hubiera podido hacer respecto al acreedor primitivo, salvo desde luego, sus acciones contra este último".

Al abordar la confirmación, el artículo 1309 del Código italiano adopta la regla del art. 1338 del Código francés, y añade que "las reglas

que establece no son aplicables a la acción en rescisión por causa de lesión.

La teoría de la acción en nulidad o en rescisión se ha modificado en algunos puntos. Primero, el plazo de la acción ha quedado reducido a 5 años (art. 1300). Después, el art. 1302, resuelve la controversia que divide la jurisprudencia francesa, cuando decide que la excepción de nulidad o de rescisión puede ser opuesta por aquel que es perseguido para la ejecución de un contrato, en todos los casos en que él pudiera por sí mismo intentar la nulidad o rescisión, y que tal excepción no queda sometida a la prescripción quinquenal.

Italia ha tomado nuevos rumbos políticos y jurídicos luego que se trasformó en nación totalitaria, madre del Fascismo, y su Derecho tiende al objetivismo absoluto. "Toda norma jurídica, escribe Roberto de Ruggiero en "Instituciones de Derecho Civil", cualquiera que sea su fuente especial dimana del Estado. Porque es fin del Estado disciplinar las fuerzas individuales y coordinarlas para la consecución de los fines que tiene que cumplir en la sociedad: así, sólo al Estado corresponde determinar el Derecho, fijar las normas jurídicas a las cuales los sometidos a ellas deberán ajustar su conducta".

Esta teoría italiana del Derecho Público llamada "estatal" es reciente como dijimos y se opone a las doctrinas clásicas que han regido todos los estadios perfectos de la civilización humana desde el Mar Egeo hasta las naciones democráticas de esta época.

De acuerdo con las teorías existentes aun en los demás países que no siguen el credo fascista o nazista, la creación de la norma no es obra exclusiva del Estado concebido como poder soberano, sino del pueblo mismo con sus usos y costumbres, como un reflejo del alma colectiva y de la conciencia jurídica popular, todo lo cual niega la última tendencia de este Derecho objetivo italiano de postrera creación. Pero si Italia siguió las huellas de Francia en materia de Derecho Civil no fué así en su renovadora y original legislación represiva. De fines del siglo XIV a la segunda mitad del XVI, hay un poderoso movimiento penal italiano que ha de influir profundamente en las prácticas judiciales "no sólo en Francia, dice Garraud en su "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal Francés", sino también en Alemania, en los Países Bajos, en España, y en Francia".

"El nuevo método científico introducido por los criminalistas italianos se impone en Europa, entre ellos, Julio Claro con su "Sententiarum receptorum libri V", en donde está contenido el Derecho Criminal, conceptuado como el penalista más notable de su siglo, y Próspero Farinacio cuyas obras todavía se citan. Pero es en el siglo XVIII cuando el Derecho Penal y la Criminología de la clásica península itálica empiezan a campear como soberanos en toda Europa y a ejercer más tarde su verdadero influjo sobre las mismas nacionalidades americanas que habían brotado en el siglo XIX. El Derecho Penal italiano desplazó en muchos casos el Derecho Penal español colonial y el De-

recho francés revolucionario en el Nuevo Mundo. Ya hablaremos de estas corrientes de influencias al tratar el Derecho sudamericano. Concretémonos ahora a fijar ese punto de partida de la corriente jurídica que ha de invadir y enseñorearse casi sobre dos continentes por sus nuevas teorías científicas acerca del delito. Inicia el movimiento César Bonesana, marqués de Beccaria, con su célebre libro **Dei delitti o delle pene**, publicado en el 1764. Transformó el insigne criminalista las mismas bases del Derecho Penal y trocó la Antropología criminal antigua en una Antropología criminal racional o utilitaria según observa Quintiliano Saldaña en su "Nueva Criminología". Es, como se le ha llamado a Beccaria, el "primer maestro moderno del Derecho Penal" Confúndense en la Criminología de Beccaria el humanitarismo de Montesquieu, Leclerc, Buffon y Voltaire, con el principio de utilidad que trajo Inglaterra con Hobbes y Locke, y que está impreso en las Constituciones, las leyes y las costumbres jurídicas inglesas. En su famoso libro, "De los Delitos y las Penas"; atacó el maestro italiano el sistema tradicional punitivo del Derecho Penal que estaba edificado sólo en la venganza privada, en los castigos atroces, en la tortura. Tuvo gran éxito entre los enciclopedistas franceses, la obra de Beccaria fué traducida por el abate Morellet, comentada por Voltaire y ologiada por Dalember, Diderot y Hervecio.

La segunda etapa renovadora del Derecho Penal corresponde igualmente a Italia con la aparición del "Hombre delincuente" de César Lombroso, fundador de la escuela criminológica positivista junto con Enrique Ferri, Rafael Garófalo y G. Fioretti, en oposición a los tradicionalistas clásicos de Carrara, Gabelli, Pascuale, etc.

Esta trascendental obra del médico de Turín, César Lombroso, vió la luz en el 1875 y revolucionó el Derecho Penal y la Criminología, con el principio de la "individualización de la pena".

El Código Penal italiano está vaciado en tres libros. El Libro I comprende las **Disposiciones Generales (Dei reati e delle pene in generale)**. El título I trata de la "aplicación de la ley penal". El título II "De la Pena". El título III: "De la condenación condicional". El título IV: "Reparación de los perjuicios". Título V: "De la Tentativa". Título VI: "Concurso de Delitos". Título VII: "De los Delitos (**Dei Delitti in ispecie**)". Título VIII: "Reincidencia". Título IX: "Extinción de acciones y penas".

El Libro II italiano comprende los "Delitos contra la seguridad del Estado (**Dei delitti contro lo securezza dello Stato**)". El Título IX del Libro III: "Delitos contra las personas".

7. **Legislación europea en general y sus grandes corrientes de Codificación moderna: el doble fenómeno de la recepción y asimilación de los Derechos extranjeros y como se produce hasta en países lejanos como Egipto y el Japón.**— Explicando el fenómeno de la recepción del

Derecho extranjero en el momento de las codificaciones, el Lic. Froilán Tavares hijo, ha dicho en la Universidad de Santo Domingo: "Esas codificaciones modernas, han sido cuatro (descartando que no son verdaderamente originales), y que en su orden cronológico son las de Francia, Austria, Alemania y Suiza. La primera, la tercera y la cuarta han sido motivo de recepciones en el extranjero. La de Austria es la única que, aunque admirada y estudiada universalmente, no ha sido motivo de una recepción total por un estado extranjero". Y agrega: "La primera corriente poderosa de recepción del contenido de una legislación extranjera fué la trayectoria recorrida por el Derecho francés a principios del siglo XIX. Hay pocos países que quedaron fuera de este movimiento; los puntos más conspicuos de esta recepción pueden resumirse diciendo que el Código Civil francés fué imitado o copiado en numerosos puntos por el Código Civil alemán, promulgado en 1896, y entrado en vigor a partir del día 1.º de enero del 1900: que en el mismo Derecho alemán existen numerosos puntos de contacto y similitudes con el Derecho francés, aun no codificado; que hay una perfecta identidad entre el Código Civil belga y el Código Civil francés; que, en Egipto, la legislación francesa ha formado siempre la base fundamental de todo el sistema legislativo del país; que en el Japón, que es el país cuya historia jurídica puede compararse de un modo más completo con la de Santo Domingo, el Código Civil francés y algunas otras leyes penetraron no por vía legislativa sino solamente por vía consuetudinaria, en el año 1875, apartándose desde ese momento los tribunales japoneses cada vez más de la legislación y las costumbres de su propio país, para aplicar el Derecho francés como Derecho recibido y a título de costumbres".

Con efecto, la legislación de todos los países civilizados y principalmente de Europa, puede resumirse en cuatro grandes tipos de Codificación moderna. Francia impone su Código Civil en el siglo XIX aun después de la reacción ocurrida contra el Código Napoleón por las derrotas bonapartistas. Alemania misma en su Código Civil del 1896 le copia en parte y modifica así su original Derecho bárbaro y sus más recientes influjos romanos. Bélgica plagia completamente el Código Civil francés. Egipto adopta también todo el sistema legislativo de Francia. El Japón tan aparentemente lejano de la influencia de esas corrientes jurídicas invasoras europeas, adopta en 1875 el mismo Código francés y revoca su antiquísimo Derecho consuetudinario, a pesar de que fué después suplantado por el Código Civil alemán. Italia introdujo este Código francés en 1865; el propio Código francés penetró en la Península hispánica en el 1889 con su nuevo Código Civil, no obstante haber mantenido todos sus fueros legales. Rumania bebió también los principios fundamentales de su Código Civil y su Código de Comercio en las claras fuentes de los Códigos franceses de la Restauración y del Imperio.

El segundo tipo de Código Moderno es el germánico, que data del postrer lustro de la centuria decimonona. "Esta obra legislativa, escribe Tavares, con caracteres netamente opuestos al Código Civil francés, se impuso no solamente por su contenido sino también por su método y su plan. Es una obra menos popular, menos asequible a los hábitos de espíritu de las masas, pero más susceptible de entusiasmar a los juristas de profesión, debido a sus características filosóficas y al encadenamiento lógico de los principios que lo informan".

Formó en el fondo tal legislación alemana las de Austria, Hungría, Grecia, Rusia, Suiza, Japón (en su segundo período jurídico de renovación), China, Siam, Brasil, etc.

La Codificación en Austria no tiene sino un interés teórico porque no fué copiada ni seguida por ninguna otra nación europea o de otro Continente.

El último tipo de Codificación reciente es el de Suiza. Su primera tentativa la realiza en el siglo XIX: "Código Federal suizo de las Obligaciones". Desde el siglo XIX, en el 1912, se promulgó el Código Civil Suizo, el cual revocó parcialmente el anterior **Código Federal de las Obligaciones**. Es un Código ecléctico e intermedio entre el Código francés y el Código alemán.

Código flamante, flexible, ágil, humano como la vida jurídica misma, es la última palabra de la Codificación moderna. "El Código Civil suizo, con efecto, puede ser caracterizado por estas cualidades, dice Tavares: moderno, sencillo y con un lenguaje popular. Es moderno en el sentido de que ha perfeccionado, hasta donde le ha sido posible, la técnica de muchas instituciones, a fin de que no se hallen en pugna con los progresos de las ciencias; es sencillo, porque ha evitado caer en uno de los dos extremos que caracterizan los Códigos francés y alemán; y emplea constantemente los términos del lenguaje popular, evitando cuidadosamente el abuso de términos técnicos, que predominan en el Código Civil alemán, sustituyéndolos por frases y palabras iguales a las que emplean la gente de cultura ordinaria en sus transacciones cotidianas".

Este Código sólo fué adoptado por Turquía en el régimen republicano de Kemal Paschá. Fué este Derecho otomano esencialmente teológico durante varias centurias: tomó la mayor parte de sus preceptos del libro sagrado del Corán.

En 1850 promulgó Turquía su Código de Comercio reproduciendo el de Francia. En 1868 modernizó el país otomano su Derecho represivo adoptando el Código Penal y el de Instrucción Criminal francés. En 1914 y 1915 modificó esta legislación criminal siguiendo los rumbos italianos preponderantes en el Viejo Continente. En el 1926, copia Turquía el Código Civil suizo.

Interesante es en general el doble fenómeno de la recepción y de la asimilación de los derechos extranjeros por parte de una legislación determinada. Ante todo hay que distinguir uno de otro fenómeno de

acuerdo con las enseñanzas que hemos recibido del Derecho Comparado. Seguiremos en su exposición la misma ruta que adoptó en sus Notas de Cátedra nuestro culto predecesor Tavares, esto es, la construcción técnica que nos suministra el insigne profesor Andrés B. Schwarz en su conferencia dictada en la Universidad de Stambul en época muy reciente. Según Schwarz es indispensable distinguir la recepción y asimilación de un derecho extranjero que afluye por el cauce de las costumbres o vía consuetudinaria, y la que proviene de la vía legislativa como fué el caso de nuestra legislación como veremos al historiar el Derecho Dominicano.

Explica el aludido profesor como la recepción y asimilación de un derecho extranjero por vía consuetudinaria resulta un hecho más definitivo que cuando se obtiene sólo por la vía legislativa, lo que vale decir, al adoptarse por un país la legislación de otro, de un sólo golpe, en conjunto, y hasta parcialmente, ya que en el primer caso puede producirse el fenómeno de modo más natural, más de acuerdo con las circunstancias del ambiente y del tiempo; es más movedido, adaptable y eminentemente progresivo como deber ser todo Derecho para que dure lo que la vida misma. Por el contrario, el fenómeno de la recepción de un Derecho extranjero por otra nación porque haya resuelto adoptar sus leyes el Poder Legislativo, es esporádico, irrumpe tal legislación en un medio extraño sin tener preparativos; es un hecho histórico aislado y casi siempre choca con el ambiente y algunas leyes quedan muertas a pesar de estar en vigor.

Evoquemos en las páginas de la antigüedad clásica numerosos casos de recepción y de asimilación de Derechos extranjeros en el Oriente, que hemos ya expuesto en esta obra de Historia General del Derecho.

Vimos como en el Derecho Primitivo de los griegos, una Ciudad helena podía extender su legislación a otra, o ser pedida por ella: se influenciaban recíprocamente. La hegemonía política egea tuvo su profundo influjo en el Derecho mediterráneo oriental. Pero hay otro caso típico más decisivo en la historia de las instituciones jurídicas antiguas. Nos referimos al de las XII Tablas. Es uno de los más notables fenómenos de asimilación de Derecho extranjero por otro país que coadyuvaba en el mismo estadio de civilización humana. Refiere el gran historiador latino Tito Livio como la tradición afirma la creencia de que para la confección de esas XII Tablas, primera codificación efectiva de que se tiene noticias, se envió de Roma a Grecia una Comisión que debía investigar las leyes de esta última para aplicarlas y adaptarlas a aquélla, la cual era entonces palenque de las querellas patriicias y plebeyas que la consumían.

El Derecho egeo influyó poderosamente en el Derecho del Lacio al redactarse las famosas XII Tablas, por lo menos al través del ambiente helénico del sud de Italia, y gran parte de las instituciones ro-

manas fueron modeladas tomando como patrón las de la sabia Grecia y de sus ideas jurídicas y filosóficas ya avanzadísimas en esa época.

El segundo gran ejemplo de recepción por parte de un país del Derecho extranjero lo presentamos ya en el caso de Alemania con su recepción del Derecho Romano, en los siglos XVI y XVII. Referimos al hacer la historia de las fuentes del Derecho francés como su origen había que buscarlo en la divulgación que de las enseñanzas de este Derecho Romano se hicieron en las Universidades italianas, y principalmente en la famosa de Bolonia, de adonde se irradió a los centros culturales alemanes y franceses. Resultado de esta divulgación que consistía generalmente en la explicación y crítica de las compilaciones Justinianas, los Tribunales alemanes se acostumbraron paulatinamente a dar como fundamentos de sus sentencias los principios del Derecho Romano, a veces en pugna con su derecho consuetudinario germánico vigente, pero más claro, humano y homogéneo.

“Paulatinamente, dice Tavares, ese Derecho enseñado en las Universidades llegó a ser dominante en la vida jurídica alemana, al extremo de que desplazó casi totalmente al Derecho germánico. El fenómeno recibió posteriormente el nombre de recepción del Derecho romano, y la aplicación del Derecho Romano por los jurisconsultos y Tribunales alemanes se conoció como uso moderno de las Pandectas (*usus modernus pandectarum*).”

Este tipo de recepción y asimilación de un derecho extranjero por parte de Germania puede considerarse como un caso de recepción total por vía consuetudinaria. Pero a pesar de su gran importancia, es sólo en el siglo XIX, período conocido como el de las Codificaciones, cuando se plasma en hechos fecundos la expansión y fuerza del Derecho extranjero en Europa, Asia, América, y hasta en el continente africano en el milenario Egipto.

En tiempos anteriores todas las legislaciones fueron consuetudinarias y tenían un carácter típicamente doméstico. Sin embargo el tipo de recepción de un Derecho extranjero por vía legislativa es el más corriente en la vida moderna, aunque el que presenta más obstáculos a la adaptación ambiental o de aclimatación, porque generalmente choca con las tradiciones y con los hábitos jurídicos anteriores de los pueblos donde se adopta el nuevo Derecho. De todo ésto hablaremos más tarde al estudiar el fenómeno de la adaptabilidad de la legislación francesa con nuestras costumbres, en donde la asimilación negativa ha dejado rezagadas muchas instituciones extranjeras en vigor como cosas muertas e impracticadas por el dominicano en sus relaciones de Derecho. De ahí también el problema histórico planteado por los autores de lo que se ha llamado la asimilación positiva del Derecho extranjero por un país, en oposición a esa asimilación negativa, esto es, la parte de la legislación no asimilable por un ambiente en que se efectúa la recepción. Veremos en la historia del Derecho Dominicano como asimi-

lamos todas las instituciones francesas que se referían a los contratos en general, y en cambio, dejamos en desuso todo lo que se refería al contrato de matrimonio que pugnaba con nuestras costumbres netamente castellanas en que el matrimonio se realiza por amor y el régimen de la comunidad que es el de Derecho Común se adopta tácitamente sin prescripciones expresas matrimoniales. Ya abordaremos este tema ampliamente en otra oportunidad. Sólo agregamos que hay factores que determinan la asimilación positiva del Derecho extranjero, y que no hay que confundir con la recepción que es sólo el hecho de la adopción del Derecho, mientras que la asimilación es la aclimatación y viabilización del Derecho mismo. Estos elementos del Derecho extranjero importado son la **práctica de los Tribunales o Jurisprudencia**; la **práctica de los actos jurídicos o práctica extrajudicial** y la **doctrina**.

La Filosofía del Derecho nos enseña como el trabajo de los Tribunales es una fuente fecunda de Derecho. Esta práctica de los Tribunales se manifiesta por la interpretación lógica o simplemente gramatical de la Ley, ya por la llamada discreción judicial, ora por la verdadera creación judicial.

La primera es la interpretación al pié de la letra de la Ley, de acuerdo con sus cláusulas gramaticales, o la interpretación de acuerdo con ese logicismo rígido de unas cláusulas con respecto a otras del texto legal. Está ya reclusa a la materia represiva. La segunda es la apreciación judicial de la ley de acuerdo con su espíritu más que su texto, con la amplitud y libertad que a veces contraría su estructura material o rigorista: es un arbitrio otorgado al juez al aplicar la ley, con espíritu racional y humano: el elemento personal del juez entra en esa discreción judicial. "Las libertades que esta creación o discreción judicial asume frente a las leyes extranjeras no es igual, escribe Tavares, ni tiene el mismo alcance, tratándose por ejemplo del Código suizo, cuyas características fundamentales conocemos, que con respecto al Código Civil francés". El Divorcio, por ejemplo, en el Derecho Civil suizo, tomado así del Derecho Civil alemán, puede ser apreciado soberanamente por el juez en sus causales, lo que vale decir, aprecia el juzgador la causa de ruptura de dicho vínculo con toda amplitud de acuerdo con el artículo 1568 del Código Civil alemán del 1896, si ha habido o no una quiebra efectiva del matrimonio que amerita pronunciar el divorcio pedido por una de las partes. Si esta ley es importada podrá fácilmente adaptarse a su medio ambiente como ocurrió en Suiza, en tanto que es de difícil aclimatación la ley de divorcio francesa que tiene como causales exclusivas el adulterio, las sevicias o injurias graves y el abandono del hogar por la mujer durante más de cinco años consecutivamente.

Por lo cual se puede afirmar que esta legislación francesa es menos asimilable por otras legislaciones que el Código Civil suizo o el Código Civil alemán. Sabemos como la facilidad asombrosa de esta

legislación helvética estriba en su propia estructura íntima con la existencia de las llamadas **cláusulas generales**, por la cual se puede aplicar por analogía un precepto, usándose por parte del juez de cierto arbitrio cuyo dominio está reservado en otros países al autor de la ley.

El elemento más poderoso de la asimilación de todo Derecho extranjero es la creación judicial. El poder de hacer Derecho de parte de los Tribunales.

Ya veremos como la Constitución dominicana del 1844 impidió esta creación en las decisiones de los Tribunales nativos obligando a citar el texto legal aplicado, además de los hechos y motivos jurídicos; pero el artículo 4 del Código Civil francés que reproducimos en nuestra legislación positiva permitió la creación de un Derecho dominicano muy tardío y casi nulo pero que deberá contribuir paulatinamente a la asimilación del Derecho francés en el ambiente patrio.

Este sistema francés es un progreso sobre el sistema filosófico patrocinado por la Revolución francesa del 1789, y que sirvió de zócalo a la primera Constitución de San Cristóbal. En Francia, una doctrina, casi a ras con la promulgación del Código Civil, pretendió hallar todo el Derecho contenido en la legislación: es la famosa **doctrina de la plenitud lógicamente necesaria de la ley escrita**. Los legistas quisieron sutilizar agotando sus ingenios para colmar los posibles vacíos de la Ley: recurrían a las reglas de la interpretación gramatical y de la interpretación rigorista de la Lógica. Pero todo fué en vano: la legislación más acabada dejó lagunas y sólo el poder creador de los Tribunales, y el no menos poder creador doctrinal, pudieron realizar el milagro, esto es, hubo que admitir la elaboración jurisprudencial y la elaboración científica del Derecho. Era, después de todo, desandar el camino trillado: retornar hasta cierto punto al Derecho latino en que el procedimiento formulario permitía a ese juez el "jus adicendi", esto es, el poder de crear el Derecho. Esto fué difícil en Francia a causa de la imperfección codificadora de su Derecho; pero es fácil en Alemania y en Suiza por su dúctil Código Civil adaptable a una y otra elaboración del Derecho.

La doctrina es el factor más decisivo en la asimilación del Derecho extranjero por parte de otro país. Ella forma el Derecho extranjero por parte de otro país: el Derecho mismo aun dentro del cuerpo jurídico exportado. El caso de Italia es típico. No tenía doctrina propiamente hablando cuando importó el Código Civil francés. Pero a medida que los juristas italianos estudiaron el amplio Derecho alemán y suizo, han dado el espectáculo maravilloso de una doctrina italiana que siendo de origen francés es a veces radicalmente distinta: "...la doctrina italiana, aunque comentando, interpretando y corrigiendo una legislación netamente francesa por su origen, ha adoptado una tendencia distinta en el fondo y en la forma, y en muchísimos puntos importantes ha elaborado un Derecho privado de ten-

dencia adversa a las conclusiones de la doctrina francesa, y diversa de ella en cuanto a los medios de elaboración y el sistema general de considerar las cuestiones jurídicas correspondientes; al extremo de que puede sostenerse actualmente que la doctrina italiana, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho procesal, en su doble aspecto civil y penal, así como también en la rama del Derecho Administrativo, es una doctrina de alta originalidad, que se halla dotada, además, de cierta fuerza expansiva, como lo demuestra la favorable acogida que ha tenido en la América española."

En el estudio de nuestras instituciones observaremos con pesar como nos ha faltado esta doctrina, y por lo que, en puridad, no tenemos Derecho dominicano. No hemos creado nunca Derecho. Nuestros Tribunales nunca han aplicado la legislación francesa sino como materia inerte y sin vida nacional injertada en los fríos preceptos importados: el Derecho así no es Derecho sino norma jurídica muerta a la que le falta el factor vital para prenderse en el alma popular y crear un sentimiento permanente de justicia y de equidad típicos, de acuerdo con la ley del ambiente nativo.

Estudiemos algunas de estas legislaciones europeas que importaron su Derecho de las codificaciones tipos francesa y alemana.

En Bélgica, por ejemplo, "las disposiciones del Código Civil francés son aplicables en materia de Obligaciones", consignan las PANDECTAS FRANCESAS. En cuanto al matrimonio, el Derecho belga sigue regido igualmente por el Código francés, según explica el capítulo V de las "Pandectas Belgas".

Tales disposiciones sólo se han modificado en algunos puntos por la ley del 20 de mayo del 1882 en lo que concierne a la celebración de los matrimonios en países extranjeros y después por las leyes del 16 de agosto del 1887 y 31 de diciembre del 1891, en lo que concierne a los artículos 151 y 153 del Código Civil. En los últimos tiempos una copiosa legislación innovadora ha inspirado la avanzadísima doctrina de los belgas.

Grecia ha sido influída por el Código alemán del 1896 y por la magnífica ley prusiana en materia inmobiliaria del 1872. Pero anteriormente no había en vigor un Código Civil para todo el reino. El fondo de la legislación era de Derecho Romano, tal como estaba informada por las compilaciones de los emperadores del Bajo Imperio, modificada por las leyes, la costumbre y la Jurisprudencia (leyes del 23 de febrero y 6 de marzo del 1835). La materia del matrimonio está regida por las disposiciones del Derecho Canónico y las decisiones sinodales.

Las disposiciones del Código Civil holandés del 1838 no descartan por completo las del Código francés, a pesar de las innovaciones en detalles de la ley holandesa. El matrimonio se disuelve: 1o. por la muerte; 2o. por la ausencia de uno de los esposos durante 10 años y

el matrimonio subsecuente del otro; 3o. por sentencia de Separación de Cuerpos y Bienes durante más de 5 años, si no ha habido reconciliación; y 4o. por el Divorcio.

El Código Civil de Holanda del 15 de mayo del 1829 no fué sino una revisión del Código introducido por el decreto del 6 de enero del 1811. Las disposiciones de este nuevo Código Civil holandés no son "sino la reproducción textual en lo que concierne a las Obligaciones del Código Civil francés". Varía sólo en el orden de colocación de los artículos. Hay ligeras modificaciones: v. g.: en el art. 1377, según el cual si el acto es a título oneroso, los acreedores deben probar el fraude, en materia de acción pauliana, y si es a título gratuito, el fraude sólo del deudor es bastante.

Suiza tiene su Código de las Obligaciones común a todos los cantones, y al que ha respetado en muchos puntos el nuevo Código Civil suizo de estructura germánica. El código de las Obligaciones está en vigor desde el 1o. de enero del 1838, y contiene no sólo una teoría general de las Obligaciones, sino también la teoría especial de los contratos más usuales, ya en materia civil, ya en materia comercial, tal como en la venta, la locación, el mandato, la sociedad y la letra de cambio. Esa teoría corresponde a las materias tratadas en el Código francés: el primer título se refiere a la formación de las Obligaciones y el último es respecto de sus modalidades.

Antes del bolseviquismo el régimen jurídico ruso se reducía a su Digesto publicado en el 1833 por orden del emperador Nicolás I que contenía reglas muy sucintas sobre las Obligaciones. El tomo 10 del *Svot* consagrado al Derecho Civil y al Procedimiento Civil abarcaba 2334 artículos en los cuales se trataba muy poco acerca de la teoría de las Obligaciones. Al lado de este cuerpo legal del "Svot" se encontraban en Rusia otras legislaciones especiales. Polonia cuando estaba sometida al poder ruso, bajo el cual ha caído de nuevo, bien que parcialmente, estaba regida en materia civil por el Código francés. El Estatuto personal sí ha quedado modificado profundamente por el nuevo orden de Lenín y Stalin.

El Código Civil de la República socialista federativa de los soviets de Rusia es un cuerpo original de preceptos y normas jurídicas que forman ya un tipo complicado de legislación europea que sirvió de modelo para la mayoría de las dieciseis repúblicas de la unión soviética regida por la Constitución que establece un Estado Socialista de obreros y campesinos. Está integrada esta ley fundamental moscovita de 146 cánones. Proclama en su artículo 2 que "la base política de la U. R. S. S. la constituyen los Soviets de diputados de los trabajadores, que se ha desarrollado y fortalecido, como consecuencia del derrocamiento del Poder de los terratenientes y capitalistas y de la conquista de la dictadura del proletariado".

Este Código Civil soviético fué aprobado por el Congreso Pan-Ruso

de los Soviets el 31 de octubre del 1922, promulgado el 11 de noviembre, publicado el día siguiente y puesto en vigor el 1o. de enero del 1923. Contiene 435 artículos, distribuidos en cuatro libros.

El Libro I comprende la Parte General. Libro II: "Derechos reales". Libro III: "Obligaciones". Subdivídese este en una parte que alude a los principios generales de dichas obligaciones y en otra parte especial que atañe sólo a los contratos. Libro IV: "Derechos sucesorios".

Además existen como cuerpos de preceptos ya emancipados del Código Civil, el Código de Familia, el Código de Trabajo y el Código Agrario.

Este último Código fué votado el 31 de octubre del 1922. Consta de 226 artículos. Divídese en tres partes. Usufructo. Tierras de las ciudades. Organización agraria.

El plan del Código ruso es el mismo adoptado por la Codificación francesa y seguido por la alemana en gran parte. El fondo de esta legislación civil de los soviets es teutón, en materia de obligaciones, principalmente, aunque ha tomado para las otras materias del antiguo Código zarista y de la legislación de otros países; pero es típicamente bolsevique en el Código de Familia, el Código de Trabajo y el Código Agrario.

En cuanto al Derecho Público se refiere, el concepto de Estado presenta un aspecto profundamente interesante en las teorías filosóficas rusas. Vladimiro Ilich Lillianov (Lennine) en su obra reformadora "La Revolución y el Estado", aclara que el "Estado es el órgano de dominación de una clase definida, la cual no se puede conciliar con sus antípodas sociales".

Estas teorías puras de vulgarización de enseñanzas marxistas fueron adulteradas por la escuela de Kanstaky. Por el contrario, Engels, en su más popular obra: "El Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado", está de acuerdo con esas teorías socialistas, y nos da la base del Estado ruso actual: "... Y a fin de que... esa lucha de clases por intereses económicos tan opuestos no choquen entre sí y acaben con la misma sociedad en su estéril pugna, se hace necesario una fuerza que, permaneciendo por encima de la Sociedad, pueda moderar la fuerza de sus choques y pueda mantenerlos dentro de los límites del orden. Y esta fuerza que surge de la Sociedad, pero que se separa de ella, es el Estado".

Las teorías revolucionarias de los auténticos bolseviques aceptan esta idea de Engels que fué la misma que sirvió de fundamento al marxismo con respecto al papel histórico y el significado del Estado, pues de acuerdo con Marx, el apóstol precursor de la Revolución, "el Estado no podría levantarse ni sostenerse por sí, si existiera sólo la posibilidad de una revolución de clase".

La guerra imperialista aceleró la transformación del capital, monopolizado por los particulares y le trocó en Rusia en capital monopolizado por el Estado. En puridad, el Estado bolsevique bajo Stalin ha

degenerado los propósitos revolucionarios en una verdadera tiranía del proletariado sobre las demás clases sociales: el Estado rojo es hoy órgano de opresión de una clase en el poder sobre las otras.

8. **Legislación Norteamericana.**—Los Estados Unidos de América hasta el siglo XIX no tuvieron un Código unificado para sus diversos Estados: la mayor parte de ellos siguiendo la tradición jurídica sajona carecen aun de Códigos pero poseen sus compilaciones de Leyes (**consolidations**). Según Planiol los primeros Estados que adoptaron la Codificación fueron los de Georgia y Lusiana. Contrariamente a esta opinión, la primera Codificación la atribuye Rauchhaupt, en **Correlaciones...**, a California con cuatro Códigos.

La corriente codificadora del siglo pasado tuvo su mayor desarrollo en materia de Derecho procesal. En Nueva York se tomó la iniciativa en tal sentido. Pero el movimiento codificador se paralizó, hasta los últimos tiempos. En 1872 se promulgaron los Códigos penal, procesal, político y civil en California. Este Código Civil fué revisado el año 1910, según los datos de Hughes en su "Tratado de Procedimiento Federal" publicado en 1913.

Ciertas disposiciones legales se aplican a toda la Unión americana; pero es regla general que el matrimonio se rige en cuanto a las personas y los bienes por las legislaciones especiales de cada Estado. Podemos citar así, la ley del 3 de marzo del 1887 que le suprime la poligamia y el mormonismo, y la cual estipula "que toda ceremonia de matrimonio, o de naturaleza semejante, celebrada en uno de los territorios de la Unión, entre personas legalmente capaces o nó, deberá ser comprobada por un certificado indicando la naturaleza de tal ceremonia, los nombres de las partes y el del oficial que las celebra. En el art. 9 esta ley exige que este certificado sea firmado por las partes y por el celebrante, y depositado, como acto público en la corte prebostal de la circunscripción. Hace fe esta acta de lo que contiene, hasta prueba en contrario". El art. 10 se refiere a los medios de prueba para justificar la existencia de las uniones matrimoniales.

Las legislaciones particulares de los Estados proceden del Derecho inglés, con algunas modificaciones que varían en cada Estado, según se puede ver en los "Anales Legislativos extranjeros". Las causas de nulidad de los matrimonios están enumeradas limitativamente por esas legislaciones particulares. En el estado de Nueva York, la mujer puede pedir la nulidad de su matrimonio cuando no tenía 16 años en el momento que le celebró, cuando no se realizó con el consentimiento de sus padres, guardián o encargado de su guarda, o cuando no fué seguido el matrimonio de cohabitación.

La Constitución del estado de California proclama que "ningún matrimonio puede ser anulado por la inobservancia de las ceremonias de una secta religiosa determinada."

En cuanto a los efectos del matrimonio, desde el punto de vista

de la capacidad de la mujer casada, el Derecho norteamericano ha seguido la ruta del Derecho bretón. "Después de haber admitido que la personalidad del marido absorbe la de su mujer, que los bienes mobiliarios de ella son adquiridos por el marido por el sólo hecho del matrimonio, termina por asentar la emancipación civil de la mujer casada, y esta emancipación es aun completada en ciertos estados de la Unión".

La mujer casada puede accionar en Justicia para obtener la reparación de sus bienes o su persona como si no estuviera casada, según la ley del 18 de marzo del 1890. Esta ley resuelve también que el marido no es responsable de los daños y perjuicios provenientes de actos delictuosos o de quasi delitos de su mujer, a menos que no se hayan realizado por su instigación. No obstante tales leyes, dice Rauchhaupt, la jurisprudencia del estado de Nueva York está orientada en el sentido de que la mujer que no es comerciante, no puede comprometer sus bienes propios endosando el billete o letra de su marido por complacencia. En el estado de Massachusetts, la mujer casada puede contratar un arriendo sobre sus inmuebles, venderlos, excepto que hubiera sido destinado a su marido o a sus hijos.

Respecto de la parte pecuniaria de los esposos, el régimen más frecuente es el de la Separación de Bienes. Pero las partes podrán libremente escoger su régimen en el matrimonio, con la sola condición que no se refieran pura y simplemente a una ley extranjera. Una institución de los Estados Unidos notable, y que se está imitando en las legislaciones de la América del Sud, entre ellas la nuestra, es la ley que declara inembargable los bienes de familia, según explica Claudio Jannet en su comentada obra "Los Estados Unidos contemporáneos".

**9. Legislaciones Sudamericanas y las diversas corrientes jurídicas que las influenciaron.** — El Descubrimiento de América tuvo una gran influencia sobre la política europea; pero la entrada del Nuevo Mundo en la Comunidad de naciones libres debió tener aun más importancia social y jurídica.

Estos Estados americanos que nacieron del genio de Colón proyectado en la lejanía de la Historia, tienen un mismo origen, están emplazados en igual espacio geográfico, constituyen una sola vida autónoma, sin tradiciones, sin costumbres, sin luchas sociales, sin guerras seculares. Estas circunstancias debieron obligar a que las naciones del mundo colombino, al entrar en la comunidad internacional, revocaran en sus Constituciones y en sus leyes los principios del Derecho Público y privado que les era tan ajeno, y crearan un orden de cosas jurídico de acuerdo con su situación netamente americana. En puridad, el fenómeno sociológico que precedió a la formación del Estado americano fué absolutamente distinto al del Estado del Viejo Mundo que resultó de una acumulación de liberaciones espirituales y de una serie de reacciones y de conquistas a través de siglos. Los sistemas políticos y defensivos de la Metrópoli debieron protestarlos por ser contrarios a sus

Independencias y crecimientos. Nuestras Constituciones y Códigos no debieron parecerse a los de Europa. América, nuestra América, es nuevo campo de experimentación para la fundación y evolución del Estado que aun se escapa a los juristas y no se cuaja en nuestra historia!

Los Estados que se incorporaron en esta parte del universo que integraba las antiguas Indias Occidentales, nacieron, pues, menos perfectos que los Estados europeos que les habían poblado y conquistado, por la conformación embrionaria del medio social de los primeros de un inferior factor étnico y en que las turbas no tenían el sentido completo de la nacionalidad y su civilización era inferior; pero, en cambio, en la mayor parte de los casos, se pudieron desarrollar con mayor rapidez y evolucionaron de modo más fácil que los segundos, retardados progresivamente por seculares tradiciones, pugnas de castas y todo género de obstáculos heredados del pasado que se contaba por centurias.

A tal punto, que, podríamos lanzar el enunciado de una ley sociológica e histórica, la cual preside el nacimiento y desarrollo de los Estados americanos: ellos se han formado de modo súbito, en relación directa con su masa social impulsiva y a veces casi rudimentaria; e, inversamente, han progresado y evolucionado en el tiempo, de acuerdo con su estructura simple que le integran pueblos sin tradiciones ni costumbres inveteradas. Tal es el caso típico de los Estados Unidos de América, y no fué una excepción anómala nuestro Estado Independiente de Haití Español, proclamado por Núñez de Cáceres, en que su fracaso como tal, debe atribuirse a razones externas más que internas: miseria y despoblación doméstica: fuerza avasalladora haitiana que nos constriñó y pudo absorbernos con el pretexto de la absurda teoría de la indivisibilidad territorial de la Isla.

Los Estados europeos tuvieron su gestación con lentitud y madurez, como resultado de un largo proceso histórico, en que las masas mejor preparadas y educadas tenían un mayor grado de civilización y de perfeccionamiento humano. Por ésto, la ley se enunciaría respecto de ellos, de manera distinta a la que precedió en su creación y desenvolvimiento a nuestras entidades nuevas. Diremos así, que los Estados de la antigua Europa, nacieron más completos en relación directa con su masa social reflexiva y casi siempre consciente; bien que, a la inversa, han evolucionado en la Historia, en concordancia con la naturaleza compleja de los pueblos que forman su primer eslabón jurídico, estacionados en su progreso por sus costumbres, tradiciones y diversidad de castas.

Para darnos cuenta de esta realidad americana, estudiemos los ciclos históricos en cualquier nación colombina: eran tres bien característicos, por cierto. Un primer ciclo se extiende desde el último cuarto del siglo XV, hasta el primero del siglo XIX, esto es, comprende la Conquista y la Colonización.

En el mundo antiguo, el pueblo lo formaba la raza blanca, con

todas las variedades que la constituyen, la civilización era, pues, el fruto del propio genio de esta raza. Tenía un largo pasado, una civilización avanzada y poblaban un territorio relativamente extenso en donde sus comunicaciones eran lentas pero no imposibles.

Por el contrario, el territorio americano, cuatro veces más grande que Europa, estaba habitado, durante la Colonia, por pueblos indios en parte pertenecientes a una civilización sedentaria y en parte enteramente salvajes. Podemos agregar que, en tal época de la colonización, el elemento menos cultivado de la Metrópoli, sobre todo en las colonias, españolas y portuguesas, era el elemento negro, que los colonos mismos introdujeron en algunas regiones para ayudarle en la explotación del suelo.

La constitución social del continente nuevo era así absolutamente diversa a la del europeo: españoles, autóctonos o nativos y elemento indio, puro o mezclado con todos los matices del hibridismo racial. Dominaba el primer grupo metropolitano ocupando los altos empleos públicos u honoríficos: era la clase privilegiada. Después seguían los hijos del país, cultivadores ordinariamente del suelo, terratenientes. Era su característica en América su cariño a la tierra. Por fin, la tercera casta, la componía la india, la cual no participaba de empleos ni era dueño del suelo: eran iletrados, fuera casi de la vida social y política de la Colonia. Esta Comunidad se desenvolvía por eso, como se ha estudiado por nuestros sociólogos, en un medio embrionario y rudimentario distinto al mejor medio social del Viejo Mundo. "No poseían, ni civilización ni cultura tradicional".

Las causas de la emancipación del mundo colonial americano son bien conocidas. La decadencia de España. La inmensidad del imperio hispánico diseminado en dos continentes y un número considerable de islas. Los métodos retrógrados de colonización española. Los abusos de autoridad de los Gobernadores y Capitanes Generales. etc. Y como cuestión psicológica eliminada por los historiadores: los principios proclamados por la Revolución francesa, la Independencia de las naciones, la lucha universal contra el despotismo, etc.

Todo esto hizo que estallara el movimiento independizador en casi todas las colonias españolas de nuestro Continente, en 1810, y más retardado por las causas de miseria y despoblación que apuntamos, en la Colonia de Santo Domingo, en el año 1821.

En estos casos, un Estado, bien que imperfecto, brotaba del caos de la Historia: era el Estado, por otra parte, que correspondía a la realidad americana desenvuelta en distintas circunstancias y con un Derecho sui géneris, completamente nuevo, y también netamente americano. No recogieron nuestros pueblos este Derecho y se formaron legislaciones que pusieron en pugna el flamante régimen político hereditario. Se planteó desde entonces la crisis de nuestras instituciones.

Veamos el fenómeno jurídico que precedió a estos Códigos.

Al cesar la soberanía española, todas las colonias americanas independientes continuaron la legislación de su Metrópoli. Se modificaron y cambiáronse de tiempo en tiempo los Códigos por leyes especiales. Entonces el mundo sufrió una grande conmoción que repercutió en el Caribe. La Revolución francesa renovó las bases de la sociedad con su triple bandera de igualdad, libertad y confraternidad humanas. En la última década de Brumario, año IX, se confeccionaron los Códigos napoleónicos, que como anotamos era una herencia gloriosa de la idea revolucionaria del 1789. Todas las naciones de este hemisferio fueron influenciadas directa o indirectamente por este cuerpo de legislación, en lo civil y en lo penal. España también subyugada por este Código revolucionario le asimiló en su mayor parte, renovándole, y en el 1848 promulgó su Código Penal.

En el año 1870, se hacen innovaciones y se introduce un nuevo Código Penal español, en cuyos preceptos se le daba fuerza de leyes supletorias al anterior cuerpo legal de carácter represivo. Al lado de ese derecho positivo estaba el consuetudinario que coexistía y las disposiciones penales inconexas de las llamadas leyes especiales, las cuales desde mediado del siglo XIX se venían promulgando con el objeto de modernizar la legislación, y que si no dieron al traste con la homogeneidad jurídica de aquélla, fué porque esas disposiciones obedecían a un criterio uniforme y el propósito de fijar las bases de la reforma, adaptable al medio, aunque de manera armónica con las otras leyes que regían a la Madre Patria. Aun así muchas veces trajo confusión.

Es de anotar en esta regla general de prolongación de la legislación madre ibera por parte de los Estados americanos que habían sacudido el yugo, algunos casos particulares. La antigua Española se había dividido en dos porciones bien distintas por cierto. Haití había sido oficialmente posesión francesa desde la Paz de Riswick en 1697. Adoptó, pues, la legislación francesa, desde sus orígenes coloniales, tan pronto como los bucaneros y filibusteros terminaron su obra con la escisión territorial de esa unidad histórica insular. De modo que sus leyes, y por tanto, el Código Penal, siguen exclusivamente tal modelo francés de su Metrópoli. En cuanto a Santo Domingo, la porción oriental, sufrió en su legislación casi las propias vicisitudes de su historia política. En 1795, por virtud del Tratado de Basilea, la antigua parte española pasó de Derecho a ser posesión francesa; pero siguió rigiendo en su territorio la anterior legislación de España, pues, un Decreto de Napoleón I del 20 de mayo del 1801 puso a toda la Isla en el estado jurídico que precedió a la Revolución del 1789. La Constitución del 29 de agosto del 1801 proclamada por la Asamblea Central de Puerto Príncipe, en donde asistieron representantes de una y otra porción de la isla de Haití, adoptó la legislación francesa.

Ferrand obtuvo de Bonaparte en 1804 que por un decreto quedara vigente el Derecho y las leyes españolas en Santo Domingo, estable-

ciendo una Audiencia Imperial Mixta, que tenía una sección civil para conocer de los litigios de los franceses y otra para las causas de los naturales. En 1809, terminó la dominación de las tropas bonapartistas en nuestro territorio por el movimiento conocido como de reconquista, porque trajo otra vez el dominio ibérico en la más antigua colonia del Nuevo Mundo. El 10. de diciembre del 1821, se proclamó el Estado Independiente de Haití Español, conservándose el régimen de la legislación de la Madre Patria. La invasión haitiana acaecida en el 1822, unifica la legislación francesa en toda la Isla; pero en la parte española se pone en vigor el Código Penal en el 1837. La Independencia, en el 1844, trae nueva confusión en las leyes que rigen el nuevo Estado dominicano. La Comisión Codificadora nombrada el 4 de julio del 1882, traduce el Código Penal francés y lo adopta para nuestro país, conservando el orden de los artículos del texto francés, vigente en la República desde el año del 1845.

Estas legislaciones haitiana y dominicana aun continúan con su Código napoleónico caduco y sin verdaderas orientaciones modernas. Realmente no hay un Código Penal dominicano, ni haitiano, de acuerdo con la ley del ambiente y el material humano sui generis que forman nuestras respectivas comunidades de hombres libres; pero aun en estado social embrionario y en pleno proceso formativo.

El delito lo define este Código con toda propiedad como una acción. También toda violación a la ley penal es delito, en un sentido general. Así lo prevé el Código Brumario cuando dice: "Código de los delitos y de las penas". En el fondo, era el mismo delito romano, pues, la legislación penal latina tenía el propio concepto del *delictum*, aunque el Derecho originario de Roma no conocía sino el delito privado que forma parte del delito moderno de la legislación francesa.

El Código Penal dominicano siguiendo las huellas del Código Penal francés, atiende sólo al fenómeno jurídico de la infracción, y a la pena como su consecuencia y sanción, aunque como la mayor parte de los Códigos extranjeros, no ha dado definición del delito. El fenómeno social se escapa a éste y a todos los Códigos de filiación francesa: la noción del delito evolucionada con la noción de la moralidad. Cada época y cada país representan una concepción distinta de las condiciones fundamentales de la vida social, cuya legislación penal debe recoger para llenar su misión trascendente. Debe abarcar no sólo los delitos legales, sino también el delito natural ideal, cuya noción es independiente del tiempo y del lugar; pero que acusa un estado de las costumbres públicas y de los principios del Derecho político. El estancamiento de las bases teóricas del Derecho Penal clásico que son aplicadas en nuestros países de legislación francesa, está en contradicción con las nociones científicas que se imponen en todas las ramas de la cultura psicológica y sociológica. De ello proviene la crisis de la legislación penal contemporánea de todos los países del Caribe que han seguido

este patrón napoleónico en que el valor social de la responsabilidad como fundamento del derecho de castigar dependió, exclusivamente, de la aquiescencia a los postulados morales en que se basaba fijados apriorísticamente. Se escapa a este Código ese número de sujetos peligrosos que atacan a la sociedad, y que estudian ya las doctrinas de la Criminología científica. No toma en cuenta la teoría positiva del delito esa Psicología científica, la cual demuestra que todos los procesos psíquicos se reducen a la postre a complejísimas manifestaciones de la actividad de los centros nerviosos, supeditadas al estado de las restantes actividades funcionales del organismo entero y a las condiciones exteriores del doble ambiente físico y social que rodean al delincuente, en que se debe fundar el verdadero criterio de la responsabilidad que preside las disposiciones jurídicas de toda la legislación penal contemporánea de vanguardia. Mientras la ley penal francesa no reforme sus fundamentos, los nuevos crímenes sociales no serán prácticamente corregidos y evitados. Faltan en este Código las bases biológicas de la Psicología actual. Ninguno de los delitos sociales aparece en estos Códigos Penales dominicano ni haitiano.

Otras legislaciones modernas sudamericanas han tomado el rumbo del Código Penal italiano. El Código Penal argentino copia en los tres libros de que se compone el Código Penal del Reino de Italia del 1895. Se corresponden hasta los títulos de modo riguroso: **De la aplicación de la ley penal; De la pena, etc.** (Libro I)

Y el libro II es relativo a los delitos (**Dei delitto in ispecie**): **delitos contra las personas, delitos contra la seguridad del Estado, etc;** sólo cambia el orden en los respectivos textos italiano y argentino. No hay asomo de los delitos sociales modernos, ni se prevé por disposiciones prácticas esa temibilidad de los delincuentes que tratan los Códigos verdaderamente evolucionados, como el alemán, el austriaco, el suizo, etc.

El Código Penal colombiano ha sido renovado al estilo del Código Penal italiano, aunque con algunas innovaciones curiosas. La alcahuetaría es un delito previsto en el título VIII, artículo 424, que dice así: "Toda persona que recibiere en su casa mujeres para que allí abusen de su cuerpo, será condenada a reclusión por uno a dos años".

Se sanciona igualmente el concubinato como delito social, en su capítulo V, artículo 451: "Las personas de diferentes sexos que, sin ser casados, hacen en vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa, sufrirán, el hombre, la pena de confinamiento por uno a tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros de su domicilio y que sea distinto de aquel en que su cómplice deba sufrir su condena y del en que tenga su domicilio, vecindad o residencia, y la mujer la pena de arresto por cuatro meses a un año, y concluída no podrá ir al lugar en que el hombre esté sufriendo su condena mientras no acabe de cumplirla".

El Código Penal de los Estados Unidos de Venezuela del 1926, está calcado de igual modo en el modelo italiano: sigue el sistema bipartita de delitos y faltas; se compone de tres libros, y se subdividen éstos a su vez en títulos. Pero ninguna modificación substancial acoge los nuevos delitos sociales. La evolución del delito apenas se advierte. Es una ley penal que no se adapta a la realidad humana ni al ambiente que debía confrontar y captar en sus preceptos.

El Código de Defensa Social de Cuba votado por el decreto-ley del 8 de octubre del 1938, de que es autor intelectual el doctor José Agustín Martínez, es un notable ensayo del delito evolucionado.

Se compone de cuatro libros que abarcan la parte general de los delitos, las clases de delitos y las contravenciones.

Comienza este Código por la metamorfosis de su nombre para indicar su más significativa evolución: **Código de Defensa Social**. Trata de ahondar en las causas de la criminalidad, y si no llega todavía a los factores "endógenos", biológicos, propios de la constitución fisiopsíquica de los delinquentes, abarca en sus nuevos preceptos los factores "exógenos", mesológicos, propios del medio en que el delincuente actúa: las condiciones del ambiente social cubano. Prevé los factores sociales del delito. Enumera en el artículo 48 todos los delitos sociales que no sancionan los otros Códigos, y que presentan índices de peligrosidad: el **cretinismo**, la **imbecilidad**, la **embriaguez habitual**, el **matonismo**, la **mendicidad habitual**, la **enfermedad de contagio venéreo**, la **prostitución** o el **ejercicio de vicios moralmente reprochables**.

Admirable es haber logrado coger en la red de la ley penal eminentemente conservadora estos tipos nuevos de delitos. Llega tan lejos el Código cubano que trata de definirlos. "Se entiende por matón, dice, al sujeto que pública y habitualmente, mediante frases, actitudes, uso de armas o por cualquier otro medio análogo, pretende imponerse por el temor a sus conciudadanos".

Como vimos que existen dos variedades fundamentales en los modos de ejecución o de acción criminal, la **violencia** y el **fraude**, asimismo hay dos grupos, en el tipo criminal: el violento o impulsivo y el fraudulento o engañador. El violento se siente lo bastante fuerte para no recurrir a la astucia en el ataque ni a la mentira durante su preparación. También es demasiado torpe para intentar con habilidades la ejecución de su proyecto, que se desenvuelve como una línea recta. Ufano de su fuerza, de su rectitud, odia la traición. Por el contrario, el pérfido o fraudulento es débil; pero, muy diestro.

Un tipo evolucionado del primero es el matón, que lejos de ser torpe, pero leal, participa de las condiciones de artimaña y de astucia del segundo tipo: es un tipo social de combinación interesantísimo. Es el matón un tipo dinámico, en el proceso de la **evolución de los tipos** de que habla Nicéforo al estudiar el aspecto sociológico puro, con la denominación: "transformaciones del delito". En el curso de la evolu-

ción progresiva de los delitos, algunos sujetos han quedado impunes por la sanción del Estado, con la aplicación de la **condena condicional**: el delincuente "instantáneo" y el "accidental" de Aubert; estaban ineducados: la sociedad no había cumplido su misión.

En cambio de esta benevolencia la sociedad olvidó al criminal permanente, representativo de un estado latente de peligrosidad que ataca sus fueros en vida y hacienda: el "guapo" de profesión, una variedad del criminal profesional. Su acción no es torpe como la de los violentos o furiosos; no es pasajera su acción como la de los sensitivos o pasionales; son estos matones una forma de criminales perversos ("Criminal nato adquirido"). El crimen aparece a sus ojos aureolado con un prestigio de superhombria. Este matón es la obra maestra de la sociedad decadente moderna, su verdadero enemigo. Resuelve todo a tiros: el pleito que tiene pendiente en los Tribunales y no puede ganar y el empleo público que retiene o logra por amenazas a sus superiores o a sus influencias. Es producto el matón de las sociedades desorganizadas: hijo legítimo de la impunidad social y de su retroceso moral. Es un tipo realmente del proceso psíquico inverso. Se ha clasificado al "matón" como un delincuente político. Omitido lo encontramos en los Códigos: a este político evolutivo no lo incluyen las clasificaciones.

Clasificaciones de criminales que comprenden dos grandes grupos: por erupción pasional o por mimetismo. Hay todo un catálogo: **anarquistas, rebeldes o antigubernativos, pacifistas, legitimistas, etc.**

Otro tipo criminal incluido en el **Código de Defensa Social** es el vago: ataca a la sociedad en su dinamismo. El vago es el delincuente social que cunde con el ejemplo el morbo de la inacción y de la quietud. "Se entiende por vago, consigna el mismo art. 48, el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerado mental o físico, se mantiene hábilmente en estado de desocupación, viviendo a costa del trabajo de otro o de la beneficencia pública, o sin medios conocidos de subsistencia". Este vago es otra especie del criminal profesional.

México es un país del Caribe de muy avanzada legislación penal. Como todas las naciones americanas emancipadas tuvo la herencia jurídica de España: el concepto del delito continuó obedeciendo a lo religioso-político, aun después del Fuero Juzgo. Este era un acto pecaminoso que infringía los cánones de la Religión y al propio tiempo era una infidencia al Estado. Pero en el año 1857 se echan las bases fundamentales de un Derecho Penal mexicano, aunque ampliado más tarde por las leyes del 4 de diciembre del 1860 y 14 de diciembre del 1864.

Pasada la intervención francesa, el Presidente Juárez vota un Código Penal reformado en 1867. "Esta obra legislativa, escriben Ceniceros y Garrido, inspirada en las doctrinas de la escuela clásica respondió satisfactoriamente durante varias décadas a las necesidades de

la lucha contra el crimen, y en la historia de la Legislación Mexicana, ocupa un lugar de honor por haber llenado ampliamente sus fines”.

Los Gobiernos revolucionarios nombraron distintas comisiones para la enmienda de los Códigos, y en la Administración del Lic. D. Emilio Portes Gil, se concluyeron a principios del mes de setiembre del 1929 los proyectos del Código Penal. Era una reforma humana de la ley mexicana. Se trató de caracterizar el delito como un fenómeno social más que como un acto de rebeldía a la autoridad o de violación a la Ley. Es el delito “como un acto social que daña al hombre, dice, y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en forma tal, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil”. El autor intelectual de esta ley represiva, refiriéndose al delincuente, expresa el concepto moderno de temibilidad que encontramos en los tratadistas Ingenieros, Nicéforo, Saldaña, etc. “Se le estimaba como un ser temible al que se debe estudiar sobre todo en los móviles del delito intra y extra-espirituales, para llegar a los lugares exteriores en donde se incubaba el crimen y a las profundidades de la personalidad criminal”.

Ya en este Código se fundaba el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social como una verdadera innovación en las leyes americanas, puesto que el Código cubano actual no había hecho su aparición. Revocaba los cánones de la escuela clásica por los de la escuela positiva, cuya solución había de ser la adopción de estos principios: ampliación del arbitrio judicial, abolición del casuísmo, simplificación de las sanciones, sometimiento de los menores a una política tutelar y educativa, y completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación a la vida social: libertad preparatoria, condicional, reeducación profesional, etc.

El Código Penal del 1931 fué realmente excepcional y tomó en cuenta la evolución del delito y el nuevo postulado de la Criminología: “No hay delincuentes sino hombres”. Además aplicó el concepto psicológico de la culpa. La ineficacia de la pena para resolver el problema de la criminalidad es notoria, y el Código mexicano busca otra solución por nuevos medios que contrarrestan tal género de delincuencia producto de las deficiencias psíquicas de la neurosis y de la fatiga. Como medidas preventivas de la delincuencia culposa, se aconseja, entre otras, el examen médico escolar obligatorio que orienta la función pedagógica en un sentido favorable a la conservación y desarrollo de la atención en el educando; clínicas psicopedagógicas para examen de deficientes y anormales; registro llamado “de la personalidad”, para estudiar y resolver aptitudes de los criminales y prevenir sus actividades; establecer en las prisiones anexos psiquiátricos para sujetar a los locos morales a un tratamiento encaminado a corregir las deficiencias psicológicas. La fuente principal que consultó la Comisión redactora fué el Código

Penal de Holanda que por su elasticidad y simplicidad de redacción, permite la constante renovación por los Tribunales, apoyándose en la doctrina, a la vez que en el texto de ley.

La individualización de la pena fué aplicada por este Código. Esta individualización es el alma de la doctrina penal contemporánea. "No hay delitos sino delincuentes, no hay delincuentes sino hombres". Individualización judicial y administrativa. "La individualización judicial, dice Saleilles, constituye sólo un diagnóstico, y en materia de tratamiento moral, como en terapéutica, el diagnóstico no basta, es preciso aplicar el remedio, el cual varía según la persona a quien se aplica".

Lo más sobresaliente en esta legislación como en la cubana es el Consejo de Defensa y Prevención Social. Los Códigos Penal, de Organización y Procedimientos Penales, del 1929, dispusieron la fundación de un organismo especial para atender a la vigilancia y dirigir la acción defensiva y preventiva en la lucha contra el crimen, con el nombre de "Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social". Este Consejo fué autónomo en sus comienzos y después se le amoldó y sometió al mecanismo de la Administración.

La condena condicional fué algo novedoso en el Código mexicano: aplicación de la norma jurídica moderna que no se había incorporado a la ley penal de los pueblos de uno y otro hemisferios. Y trató el delito político ante el concepto de la Nueva Criminología, pero no llegó al delito evolucionado del Código cubano: el matón, el vago, etc. Se le escapó así, la eficacia característica del ambiente social sobre las unidades locales productoras de delincuentes: la "mala vida", "criminalidad típica local", que son ya en los Códigos más progresivos como incubación y eclosión de "un fenómeno de continuidad, ética y jurídica, escindida por dos tipos de leyes: unas, preventivas, de tipo gubernativo o administrativo, y otras represivas o penales; bajo el régimen diferencial de dos suertes de sanciones: unas de seguridad (medidas), y otras de castigo (penas)".

El Código Penal peruano es del mismo tipo italiano de otros países sudamericanos y nada nuevo recoge en sus preceptos a no ser la libertad condicional: "El juez podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena: 1o. por la menor cuantía de la prisión (6 meses); 2o. Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito".

Este Código Penal fué promulgado en 1915. Se forma de cuatro libros, subdivididos en los títulos clásicos del Derecho Penal italiano, y semejante al Derecho Penal francés y español. Disposiciones Generales. Delitos contra la familia. Delitos contra la libertad. Delitos contra el patrimonio. Delitos contra la seguridad pública. Delitos contra el Estado y la defensa nacional. etc. Faltas.

En la zona americana del Caribe como en el resto de América a

imitación de Europa, en tanto, que se consideraba el delito como una mera violación del Derecho, era imposible aplicar al estudio del Derecho Penal los nuevos métodos científicos, según explica José Ingenieros. Para eso fué indispensable que el delito dejara de ser una abstracción jurídica y se le considere, como actualmente, en el sentido de "hecho concreto determinado por causas fijas". Romagnosi, adelantándose a la Sociología Criminal, reunió en tres grupos principales, las causas del crimen: atribuyó la primera, a defectos de subsistencia; la segunda a defectos de educación, y la tercera a defectos de Justicia.

Quetelet formuló el mismo pensamiento de Romagnosi, aunque expresó que los "delinquentes se limitan con frecuencia a ejecutar los delitos o crímenes que la sociedad tenía de antemano preparados". La idea, aunque manifestada de manera unilateral, ponía de relieve un aspecto importante del problema. El otro aspecto fué presentado por César Lombroso y su escuela criminológica: "Hay que estudiar el delincuente y no el delito". Con efecto, estudiaron el delito, pero descuidaron y comprometieron la eficacia de la doctrina, al olvidar el delito o crimen en sí, que había sido el objeto exclusivo del estudio de la Criminología antigua o sentimental. En la actualidad, la Criminología Positiva ha combinado las dos escuelas. El análisis científico del delito, desde el punto de vista objetivo, obliga a considerarlo como una manifestación de la actividad del criminal en sus relaciones con el medio social. Esta fase interesa a nuestros países del Caribe en que la causa de la delincuencia casi siempre es producida por deficiencia educativa. La actual investigación enseña que las condiciones del medio físico o cósmico influyen poderosamente en la determinación del fenómeno delictuoso, que impulsa, en muchos casos, el hombre hacia el crimen.

El Brasil acaba de adoptar un nuevo Código Penal por su Decretoley No. 2.848 del 7 de diciembre del 1940. Desde el 1893 se inició un movimiento reformatorio cuando el diputado Vieira de Araujo presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de nuevo Código Penal. Se sometió a una Comisión especial de la Cámara y no fué aprobado, así como otros que en su sustitución fueron presentados por el mismo autor. En 1911, el Congreso delegó en el Poder Ejecutivo formar otro proyecto. El 1913 la autoridad de Galdino Siqueira le redacta y presenta a la consideración legislativa. Tampoco pasó el proyecto. Por último, en 1927, se encargó al Dr. Pereyra formular un proyecto, el cual se sometió a una Comisión revisora compuesta del autor del mismo y de los Doctores Evaristo de Moraes y Bulhoes Pedreira. Sometióse el proyecto a la Cámara de Diputados en 1935. Fué aprobado y se envió al Senado. Allí se entregó al examen de la Comisión de Justicia pero se suspendió su conocimiento por haber sobrevenido el nuevo orden político.

Se reunió en el año 1936, la Conferencia de Criminología en Río de Janeiro, y se sometió dicho proyecto a sus críticas, revisándosele y apuntándose "sus deficiencias y lagunas", según refiere el ministro Fran-

cisco Campos en su Exposición de los Motivos del 4 de noviembre del 1940.

Se redactó nuevo proyecto por el Dr. Alcántara Machado, ilustre profesor de la Facultad de Derecho de San Pablo. En 1938, estuvo listo este trabajo de Codificación y entregado al Gobierno brasileiro. Fué objeto de minuciosa depuración por una Comisión Revisora formada de eminentes magistrados: Vieira Braga, Nelson Hungria y Narcelio de Queiroz, y con el representante del Ministerio Público Dr. Roberto Lyra. Los trabajos de la Comisión duraron más de un año. Adaptó el Dr. Machado su proyecto a las observaciones de esa Comisión, e hizo una nueva edición del Código Penal que sometió al Ministro de Justicia. Tal es la historia integral de la legislación represiva en vigor.

Forman el Código una "Parte General" que la integran ocho títulos: "De la aplicación de la ley penal"; "Del crimen"; "De la Responsabilidad"; "Del coautor"; "De las Penas"; "De las medidas de seguridad" "Del acto penal"; "De la extinción de la punibilidad". La Parte especial de ese cuerpo legal estaba integrada por XI títulos: "De los crímenes contra las personas"; "De los crímenes contra el patrimonio"; "De los crímenes contra la propiedad inmaterial"; "De los crímenes contra los sentimientos religiosos o contra el respeto a los muertos"; "De los crímenes contra las costumbres"; "Del lenocinio etc."; "Del ultraje al pudor"; "De los crímenes contra la familia"; "De los crímenes contra la salubridad pública"; "De los crímenes contra la paz pública"; "De los crímenes contra la fe pública"; De los crímenes contra la Administración Pública".

La parte general de este flamante y excelente Código Penal brasileiro está de acuerdo con los viejos postulados ortodoxos, sin asumir compromisos con ninguna escuela como dice su expositor. La responsabilidad penal sigue afincando sus raíces en la responsabilidad moral: no se considera autor del crimen a quien no gozaba de plena libertad en el momento de la acción: la responsabilidad penal adscrita a la condición de plenitud del estado de imputabilidad psíquica. Revoca a los Códigos recientes basados exclusivamente en la Escuela positiva que sustituyen el principio de la responsabilidad moral por el de la responsabilidad legal. Establece este Código moderno un sistema de penas accesorias completo, todo "un mecanismo perfecto de lucha contra el crimen", al decir de Campos. Ha tomado mucho esta ley penal brasileña del Código alemán, entre otras partes, en la modificación del artículo 2o. del Código del 1871, el cual permite al juez la imposición de una pena en represión del acto declarado expresamente crimen. Ha adoptado el principio de analogía de la Codificación teutona por el cual el juzgador eventualmente se sustituye en legislador. En el artículo 11 ha seguido el Código italiano al formular una disposición general sobre la imputabilidad física del crimen: resuelve el problema de la causalidad en torno del cual se multiplican las teorías. El artículo 11

dice: "El resultado de que depende la existencia del crimen, está sometido a la imputabilidad de aquel que le ha causado. Se considera también causante del acto al que ha obrado por omisión, y sea cual fuere el resultado que se haya obtenido".

Para la aplicación de la pena se hace una clasificación especial de los criminales; pero apenas se distingue entre criminales primarios y reincidentes.

El proyecto anterior de Alcántara dividía los delincuentes en cuatro categorías: ocasionales, por tendencia natural o instintivos, reincidentes y habituales. Es todo un criterio antropológico de la Nueva Criminología sin llegar a las clasificaciones científicas más recientes, pero acomodándose un poco a las clasificaciones de Ferri, Ingenieros y Garófalo. Adóptase la suspensión condicional de la pena, y la libertad condicional, de acuerdo con los más avanzados Códigos represivos de Colombia, Cuba, México, etc. Este ensayo de Código Penal Brasileiro y el Código de Defensa Social de Cuba constituyen los más notables empeños de la ciencia del crimen en la época contemporánea.

Analicemos ahora las principales legislaciones civiles sudamericanas modernas que tienen algún sello de originalidad. Pero ante todo demos un cuadro cronológico de los Códigos americanos anteriores al Código Civil español: Haití (27 de marzo del 1825); Costa Rica (1841); Bolivia (1845 se puso en vigor); Perú (28 de julio del 1852); Chile (14 de diciembre del 1835); Ecuador (1861); Uruguay (18 de julio del 1868); Argentina (sancionado el 1869, y vigente desde el 1 de enero del 1871); México (sancionado el 1870); Venezuela (vigente desde el 27 de febrero del 1873); Colombia (sancionado el 1873, y en vigor desde el 1881); Honduras (27 de agosto del 1880); El Salvador (1859); Guatemala (1897); República Dominicana (1884); Paraguay (rige el Código argentino desde 1889); Cuba (11 de mayo del 1888 se mandó a adoptar el Código Civil español, y empezó a regir el 26 de Mayo del 1889).

La historia de los Códigos de Haití y de la República Dominicana la haremos en el volumen acerca del Derecho Dominicano. Sólo daremos escuetamente las fechas de la sanción de cada uno de estos Códigos haitianos y dominicanos.

La Codificación haitiana fué una recepción en conjunto de los Códigos franceses, sin ninguna invención, mera copia en su mayor parte de la legislación importada. El orden en que se realizaron esas promulgaciones es el siguiente: Código Civil (1825); Código de Procedimiento Civil (1826); Código Penal (1826); Código de Instrucción Criminal (12 de abril del 1826); Código Penal (1826); Código de Comercio (1827).

En cuanto al proceso de adopción de los Códigos franceses por nuestra República se inicia con el decreto del 4 de julio del 1845; pero es en el año 1884 cuando se plasma en una realidad legislativa después del trabajo de traducción, localización y adecuación de la Comisión Codificadora dominicana. He aquí las diversas datas de esa promulga-

ción de nuestros Códigos: Código Civil (17 de abril del 1884); Código de Procedimiento Civil (17 de abril del 1884); Código de Comercio (5 de junio del 1884); Código Penal (20 de agosto del 1884); Código de Procedimiento Criminal (27 de junio del 1884).

Referente a Cuba hay que decir que no tiene Códigos propios sino que fueron adoptados los Códigos españoles, excepto el nuevo **Código de Defensa Social** de que hablamos prolijamente. El Código Civil fué publicado por la ley del 11 de mayo del 1888, aunque "no llegó a regir el texto primitivo del Código, puesto que el ejemplar del mismo que se remitió para su promulgación en la Isla, dice Betancourt en su "Código Civil" anotado, fué el de la edición corregida", conforme a la ley del 26 de mayo del 1888, la cual se mandó a publicar por Real Decreto del 24 de julio siguiente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil se puso en ejecución en Cuba por decreto del 27 de octubre del 1885. Por Real Decreto del 19 de octubre del 1888 se puso en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El 28 de enero del 1886 se hizo extensivo a Cuba, con ligeras modificaciones, el Código de Comercio promulgado en España por la ley del 22 de agosto del 1885. Por Decreto del 23 de mayo del 1879 se había sancionado el antiguo Código Penal español en la isla de Cuba, al cual sustituyó ahora el novísimo **Código de Defensa Social del 1938**.

En la época actual sólo presentan verdadero interés en materia civil las legislaciones argentina, brasileña, chilena, colombiana y uruguayana, que van salvando sus influencias francesas e italiana. Veamos algunos de sus aspectos más conspicuos.

Buenos Aires fué el centro de donde irradió en el siglo XIX el movimiento jurídico revolucionario.

Este Derecho de la república del Plata hay que estudiarlo desde sus mismas fuentes históricas para comprenderlo. Imperó en ella como en todas las naciones ibero-americanas que se emanciparon de su metrópoli cuatro períodos que en su notable "Historia del Derecho Argentino" analiza y precisa el Dr. Carlos Octavio Bunge. Derecho Indígena. Derecho Castellano. Derecho Indiano. Derecho argentino. Este último es el Derecho que surge y se desenvuelve desde la Revolución hasta los tiempos presentes en que presenta características propias.

El Código Civil argentino promulgado en 1869 es de cuño español. Fué modificado por las leyes del 2 de noviembre del 1888 y del 12 del mismo mes en el año 1889. El matrimonio debía celebrarse ante oficiales del estado civil: se revocaba el Derecho hispano que permitía la unión religiosa. En sus diversas enmiendas sufrió la influencia este Código del Derecho revolucionario francés hasta su postrera metamorfosis en que ha sido influido por una difusa y copiosa legislación moderna después de la ley del 9 de septiembre del 1882.

Contiene los títulos preliminares acerca de **las Leyes y del modo de contar los intervalos del Derecho** (artículos 1 al 29). El Libro I com-

prende del artículo 30 al 528: "De las Personas". Sección 1a.: "De las personas en general". Título I: "Del principio de la existencia de las personas jurídicas", etc. Título II: "De las personas de existencia visible". Título III: "De las personas por nacer". Título IV: "De la existencia de las personas antes del nacimiento". Título V: "De las pruebas del nacimiento de las personas". Título VI: "Del domicilio". Título VII: "Fin de la existencia de las personas". Título VIII: "De las personas ausentes con presunción de fallecimiento". Título IX: "De los menores". Título X: "De los dementes". Título XI: "De los sordomudos".

La Sección 2a. abarca "los derechos personales en las relaciones de familia". Título I: "Del matrimonio". Título II: "De los hijos legítimos". Título III: "De la patria potestad". Título IV: "De la legitimación". Título V: "De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos". Título VI: "Del parentesco, etc.". Títulos VII, VIII, IX, X, XI y XII "De la tutela etc." Título XIII: "De la adopción". Título XIV: "Del Ministerio Público de menores".

El Libro Segundo abarca todos "los derechos personales en general". La Sección 2a. es relativa a "los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones". La Sección tercera concierne a "las obligaciones que nacen de los contratos": Contratos en general (título I); Sociedad conyugal (título II); Compraventa (título III); Cesión de créditos (título IV); Permutación (título V); Locación (título VI); Sociedad (título VII); Donaciones (título VIII); Mandato (título IX); Fianza (título X); Contratos aleatorios (juego, apuesta y suerte); (título XI); Renta vitalicia (título XII); Evicción (título XIII); Vicios redhibitorios (título XIV); Depósito (título XV); Mutuo o empréstito de consumo (título XVI); Comodato (título XVII); Gestión de negocios ajenos (título XVIII).

El Libro Tercero lleva por título: "De los derechos reales": **de las cosas consideradas en sí, en relación a los derechos y a las personas**; **posesión**; **acciones posesorias**; **derechos reales**; **dominio de las cosas**; **condominio**; **acciones reales**; **usufructo**; **uso y habitación**; **servidumbres**; **hipoteca**; **prenda**, **antieresis**. (es el contenido de los títulos I al XVI).

Libro Cuarto que contiene las disposiciones comunes a los derechos reales y personales: **Sucesiones** (intestadas y testamentarias); **preferencia de los créditos**; **derecho de retención**; **prescripción** (títulos I al XX).

El artículo 529 consagra las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

El artículo 549 establece las obligaciones naturales en forma categórica con una definición clara: "Naturales son las que están fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, etc." La materia de los contratos está perfectamente prevista en este Código moderno desde el artículo 1171 hasta el 2344. El plan es metódico, científico, y el lenguaje

claro, sencillo, conciso y eminentemente jurídico. Ha tomado lo mejor del Código francés y ha introducido verdaderas creaciones. Este Código Civil argentino fué modificado en la república oriental.

El Código de Comercio argentino fué sancionado al mismo tiempo que el Código Civil. Se compone de cuatro libros. El primero contiene "las personas de Comercio". El Libro Segundo vacía la materia de los contratos mercantiles. El Libro tercero abarca el Derecho marítimo. El Libro cuarto regula las Quiebras.

En su mayor parte reproduce el Código mercantil español que es más avanzado que el francés y ha tomado mucho de la legislación alemana comercial.

La Ley No. 11.179 puso en vigor el Código Penal de la nación del Plata el 29 de octubre del 1921. Ya hablamos de la parte esencial de este Código modernísimo. Y la ley No. 2572 del 4 de octubre del 1888 sancionó el Código de Procedimiento Criminal. Está formado de cuatro Libros. Contiene estas materias: **acciones que nacen de los delitos, jurisdicción, recusaciones, sumario, prueba testifical, plenario, tachas, recursos en general, segunda instancia, juicios correccionales, juicios especiales, extradición, prisiones, etc.**

El Código de Procedimiento Civil y comercial fué promulgado en el 1880 pero sufrió numerosas modificaciones hasta el presente, entre ellas le alteró la ley del 9 de agosto del 1916.

Chile fué uno de los primeros países americanos que creó un tipo de Código nuevo bajo la inspiración del gran humanista Andrés Bello. Su primer Código Civil fué sancionado por el Estado chileno el 14 de diciembre del 1835. Este Código fué incorporado parcialmente en otras legislaciones del Continente.

Se derogó por el Código Civil del 1 de enero del 1857. Comprende cuatro libros. El Libro I trata: "De las Personas". El Libro segundo: "De los Bienes etc." El Libro tercero: "De las Sucesiones", "Donaciones". El Libro cuarto: "De las Obligaciones en general y de los Contratos". De lenguaje impecable, de filiación hispánica, pero con verdaderas originalidades, es todavía una legislación recomendable e imitada en otros países.

El proyecto de Procedimiento Civil del 1898 es magnífico, con inventiva, bien que el fondo es todavía netamente español y con influencia ya alemana.

El Brasil siguió su trayectoria hispánica en el Código Civil durante mucho tiempo. El matrimonio estaba regido en este país eminentemente católico por el Derecho Canónico y las reglas del Concilio de Trento. Pero desde el 1829, se estableció la institución del matrimonio civil, y se suprimió la competencia exclusiva de la Iglesia en lo que se refiere al estado de las personas. Los brasileros pueden contratar en materia de matrimonio; pero los cónyuges quedan sometidos de pleno Derecho al régimen dotal en cuanto a sus bienes.

El nuevo Código Civil de la República de los Estados Unidos del Brasil fué mandado a publicar por la ley número 3.725 del 15 de enero del 1919. Contiene una "Introducción" desde los artículos 1 al 21. La **Parte General** comprende las "Disposiciones Preliminares". En general el Código regula los derechos y obligaciones de orden privado que se refiere a las personas, los bienes y sus recíprocas relaciones. El Libro I: "De las Personas": distinción de las personas (título I); personas naturales (capítulo I); personas jurídicas (capítulo II); etc. En su artículo 31 da una definición clara del domicilio civil: "El domicilio civil de la persona natural es el lugar donde ella ha establecido su residencia con ánimo definitivo".

El Libro II aborda a los bienes: diferentes clases de bienes: inamovibles o inmuebles (art. 43); movibles o muebles (artículo 47); cosas fungibles y consumibles, etc. (artículos 50 y 51); etc.

El Libro III se refiere en general a los **Actos Jurídicos**. Defínelo en su artículo 81: "Todo acto lícito que tenga por fin inmediato adquirir, resguardar, transferir, modificar o extinguir derechos, se denomina acto jurídico". Se estudia con originalidad el "error o ignorancia" que vician el consentimiento. En el artículo 86 prescribe que serán "nulos los actos jurídicos cuando se declare que la voluntad de las partes emanan de un error substancial". Y el artículo 87 precisa lo que se debe entender por error de acuerdo con la más avanzada doctrina. "Se considera error sustancial al que interesa a la naturaleza del acto u objeto principal que han tenido en vista las partes o las cualidades a ella esenciales". El dolo es considerado en la Sección II, artículo 92. El título II discurre acerca de los **actos ilícitos**. El título III se refiere a la "**Prescripción**".

Después figura la "Parte Especial". El Libro I se intitula: "Del Derecho de Familia". Aquí en el título I habla "Del Casamiento". En el título II de los "Efectos del Matrimonio". En el título III "De los regímenes de los bienes entre los esposos". El artículo 262 consigna el régimen de comunidad universal. El artículo 276 establece el régimen de la Separación. El título IV es sobre la "Disolución de la sociedad conyugal y la protección de los hijos en su persona". El artículo 355 fija cómo la sociedad conyugal termina: 1. Por muerte de uno de los cónyuges. 2. Nulidad del Matrimonio. 3. Divorcio amigable o judicial. El artículo 317 prevé las causales: 1. Adulterio. 2. Tentativa de muerte de uno de los esposos respecto del otro. 3. Sevicias o injurias graves de palabras. 4. Abandono voluntario del hogar por uno de los cónyuges durante más de dos años.

En el título V se fija todo lo que se refiere a las "relaciones de parentesco". El título VI abarca a la vez la Tutela, Curatela y Ausencia.

El Libro II se nomina "Del **Derecho de las Cosas**". Título I: **De la Posesión**. Título II: **De la Propiedad**. En su capítulo VI trata de la "Propiedad literaria, científica y artística".

En el Libro III agota todo lo que se refiere a las Obligaciones. Título I: **Modalidades de las Obligaciones**: Obligaciones de dar (capítulo 1); Obligaciones de hacer (capítulo II); Obligaciones de no hacer (capítulo III); Obligaciones alternativas etc. (capítulo IV). En su título II hace constar los **efectos de las Obligaciones**. El capítulo II se refiere al **pago**. El título II consagra las reglas de la **cesación del Crédito**. El título IV afronta la materia de los **contratos**. El título V analiza las especies de contratos: compraventa, trueque, locación, empréstito, mutuo, depósito, mandato, edición, sociedad, parcería, renta, seguro, juego, apuesta, fianza, hipoteca, etc. El título VI comprende: "De las Obligaciones por actos ilícitos". El título VIII: "Liquidaciones de las Obligaciones". Título IX: "Concurso de acreedores".

El Libro IV desenvuelve todo el "Derecho de las Sucesiones": Sucesión en general (título I); Sucesión legítima (título II); Sucesión testamentaria (título III); Del Inventario y Partición (título IV).

Bastará observar las materias tratadas y los títulos para darse cuenta de que este Código hizo una recepción completa del Código Civil alemán del 1896. Como el patrón germánico divide sus libros en el "Derecho de Familia"; "Derecho de las Cosas"; "Derecho de las Obligaciones"; "Derecho de las Sucesiones". En lo que se refiere al régimen inmobiliario asimila la legislación prusiana del 1872, y todo el novísimo sistema acerca de la posesión y la propiedad que está por cima de anacrónico sistema francés y del español ya mejorado y de fecha posterior.

La Constitución de los Estados Unidos del Brasil cambió el régimen de unitario en federal, y enmendó en una serie de sesiones ordinarias el Congreso Nacional compuesto de dos Cámaras su legislación civil en los años del 1925 al 1926. Estos órganos legislativos son la Cámara de Diputados y el Senado.

El Derecho Civil de Colombia ha seguido el rumbo francés pero con modalidades propias en sus últimas reformas legislativas. Se puede ya afirmar que hay instituciones de Derecho civil colombianas.

Este Código sancionado por primer vez en el 1873 se ha remozado con las orientaciones nuevas del Derecho francés y sobre todo del Derecho germánico contemporáneo, en materia de obligaciones. El artículo 653 dice que los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas, y que éstos, a su vez, se traducen en meros derechos. El artículo 664 divide los derechos en reales y personales: llámales también a éstos derechos subjetivos. Se les puede definir con Carlos H. Pereyra en "**Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano**": "los derechos subjetivos son las facultades morales que la ley reconoce en favor de ciertas personas y de cuyo ejercicio resulta un bien para el actor". Cuatro son los requisitos que establece el Código colombiano para que una cosa

pueda ser objeto de una obligación: 1. que sea ella lícita; 2. que sea comercial; 3. determinada; 4. física y moralmente posible.

El título 2o. del Libro IV de este Código trata "de los actos y declaraciones de autenticidad" (artículos 1502 al 1526). Los artículos 1505, 1506 y 1527 regulan todo lo relativo a las estipulaciones por otro.

Después de referirse a la capacidad de los contratantes, el Código colombiano innovando al Código francés (que le inspiró en materia de obligaciones originariamente y antes de las corrientes alemanas que han de modificar estos principios), se refiere al consentimiento como condición indispensable para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad. El Código Napoleón no sigue ese mismo orden al tratar tal materia: refiérese primero al consentimiento, y en segundo término toca la capacidad. Es viciado el consentimiento en la ley colombiana como en la francesa y alemana cuando es deformado por el error, la violencia o el dolo, o los tres vicios a la vez (artículo 1503).

En este cuerpo legal el chantaje es una especialidad del dolo: reprímele la ley 69 del 1928.

El artículo 1502 exige, además, para que una persona se obligue, que el acto o declaración de voluntad tenga una causa lícita. Y el artículo 1524 agrega que la causa debe ser real. Este Libro IV que entra en las **Obligaciones** "se resiente, según dice Pereyra, de gran desorden en la distribución de las materias". Sigue el Código la teoría del Derecho Romano en materia de contratos: unilaterales, bilaterales o sinalagmáticos; gratuitos u onerosos; conmutativos, aleatorios principales y accesorios; reales, solemnes y consensuales, etc.

El Código colombiano reconoce las Obligaciones civiles por su exigibilidad, según el artículo 1527, y por obligaciones naturales las que se equiparan a simples deberes no exigibles. Consagra la ley esta división de obligaciones civiles y naturales.

Este Código en su título V se refiere a las **Obligaciones a plazo**. El artículo 1605 consigna las **Obligaciones de dar** y cuyo principal efecto es entregar la cosa.

"En lo que se refiere a las obligaciones civiles, añade Pereyra, el Código colombiano es uno de los más armónicos y, por lo mismo, de los más perfectos del mundo: armónico, además, a pesar del desorden con que las materias están tratadas, por el espíritu de concordancia que inspira todos los cuerpos de doctrina; perfecto, porque en él don Andrés Bello supo, en lo más sustancial de ese trabajo, colocarse en un justo medio, separando, en cuanto lo permitía la época, todo lo de exagerado que tenía el Derecho Romano como lo excesivo que había agregado Pothier". Y termina: "Dos Códigos tan sólo nos parecen dignos de compararse al nuestro, aunque en algunos aspectos les sean superiores: el Código Civil alemán moderno y el novísimo Código Civil del Uruguay".

Costa Rica tiene una corta historia jurídica pero de las más fecundas, según observa Brenes Córdoba al tratar del Derecho patrio en su "Historia del Derecho". Comprende esta historia desde el 1821, fecha inicial en que este país rompió el yugo que la unía a su metrópoli hispana, hasta el momento actual en que brilla por el espectáculo de una democracia americana modelo. En la época colonial estuvo sometida al Derecho castellano y las Leyes de Indias. En el 1841 se dió un **Código General**. Se componía de tres partes o Códigos: Código Civil, Código Penal y Códigos de Procedimientos. Como afirma el historiador Martufar en su "Historia de Centro América": este cuerpo jurídico fué tomado de la Codificación adoptada por la Confederación que se formó por los años 1836 y 1837, entre el Perú, Bolivia y otros países del Nuevo Mundo bajo la presidencia del general Santa Cruz.

El Código Civil costarricense en gran parte es una copia del francés: pero se aparta en algunas materias como el matrimonio y el Divorcio en que adopta el Derecho Canónico, y en las Sucesiones en que sigue la legislación española. Este Código contiene 706 artículos menos que el Código francés.

El Código Penal es igual al hispánico del 1832. El Código de Procedimientos comprende la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. "Fué formado con materiales jurídicos diversos suministrados por leyes y doctrinas españolas de épocas bien anteriores, de escaso valor técnico".

El Código Penal del 1841 y su Procedimiento constituyen la parte más defectuosa: fueron derogados sustancialmente el 27 de abril del 1880. Se adoptó el Código chileno de 1875. El 3 de junio del 1924 fué reemplazado este Código por el que elaboró D. José Actún Aguilar.

El **Código General** fué reemplazado por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en 1888, y el Procedimiento Penal actual fué adoptado por Decreto del 28 de agosto del 1882. El Poder Ejecutivo nombró una Comisión Codificadora compuesta del Dr. Antonio Rodríguez, presidente: y Licenciados José R. Rodríguez, Ascencio Esquivel y Bernardo Soto, vocales; y además colaboraron oficiosamente en estos trabajos de Codificación Ricardo Jiménez, C. González Vásquez, José Actún Aguilar y Ricardo Pacheco. Cinco años consecutivos trabajó la Comisión. Redactó los Códigos y las leyes de Registro, del Ministerio Público, del Notariado, de lo Contencioso Administrativo, etc. El proyecto de Código Civil fué sometido al Colegio de Abogados con sus modificaciones y transformado en Ley el 1 de enero del 1888. En esta obra codificadora se utilizó el tratado preciso de "Casos del Derecho Civil" de Aubry y Rau. "Pasajes que en la obra de Aubry y Rau, dice Córdoba, figuran como simple teoría, se consagran en el Código como preceptos".

En este Código Civil de Costa Rica aparecen transcritos algunos artículos del Código Civil español a pesar de que éste fué posterior, por-

que él es copia del proyecto presentado en España el 1851, y de ahí se extrajo para el Código costarricense.

Dos leyes más se incorporaron al Código Civil de Costa Rica: la ley Hipotecaria del 1865, y la de la Sucesión del 1881.

El Código de Procedimiento Civil que nos ocupa fué tomado en su mayor parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil español. El Código de Comercio de España del 1851 se adaptó por la Comisión Codificadora, así como el Código Militar del 1871. Se votó el Código Foral el 1885. El 3 de agosto del 1910 se redactó y se hizo ley un nuevo Código de Procedimiento Penal. Elaboraron el mismo José Actún Aguilar y Luis Anderson.

El "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales" de México fué sancionado el 3 de enero del 1928 por Plutarco Elías Calles como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Es un Código moderno que se compone de Cuatro libros, los cuales a su vez se subdividen en títulos y en capítulos. El Libro I se refiere a las **Personas**. El Libro II abarca "De los Bienes". El Libro III regula las "Sucesiones". El Libro IV comprende las **Obligaciones**. El patrón ha sido más el "Código alemán que el Código francés, con muchos preceptos todavía del Código Civil español que revoca en gran parte. Las reglas acerca de los contratos son prácticas y de alguna novedad. Contiene 3044 artículos. Una de las originalidades de este Código lo constituye la sucesión de la concubina establecida en el artículo 1.635. Dice: "La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar etc." A falta de todos los herederos sucederá la Beneficencia Pública (art. 1.636)". Esto sólo demuestra el alto alcance ético de este Código evolucionado y completamente social.

La Comisión Conjunta Legislativa de Puerto Rico creada por la ley No. 50 del 1928, se reunió el día 10 de julio del 1929, y "acordó seguir el trabajo de revisión y compilación de los Códigos y leyes", y dió instrucciones a su Secretario para que procediera a llevar al cabo dicho trabajo con arreglo al nuevo plan, señalándole el orden de preferencia siguiente: Código Civil; Código de Comercio; Código de Enjuiciamiento Civil; Código de Enjuiciamiento Criminal; Código Político-Administrativo; Código Penal; Código Hipotecario.

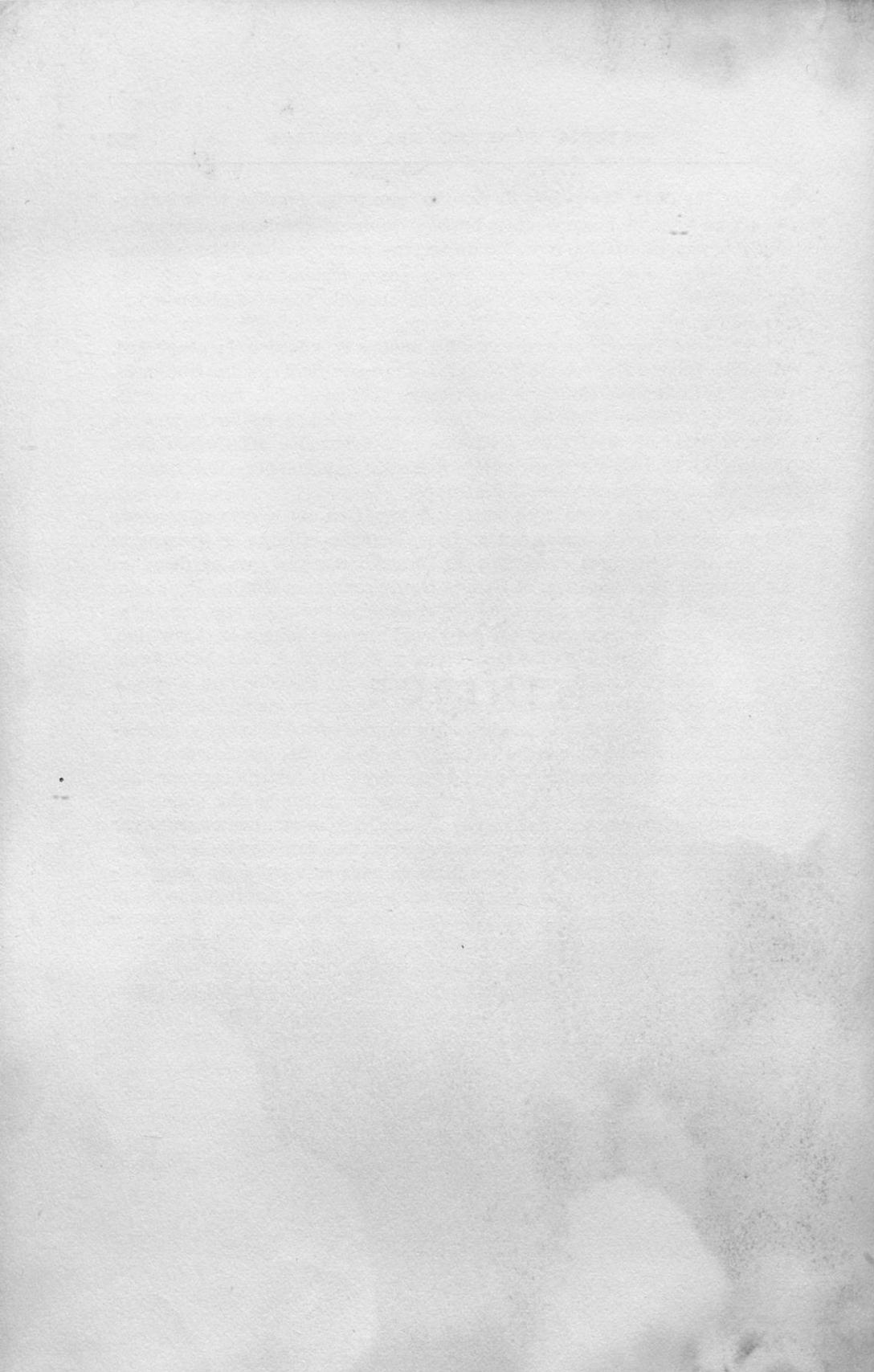
Contiene el Código Civil un título preliminar para la "ley, sus efectos y reglas para su aplicación"; un Libro Primero que se refiere a las "Personas"; un Libro Segundo que concierne a los "Bienes", la propiedad y sus modificaciones".

En esta parte hay una institución notable de origen americano y que va corriendo fortuna en la legislación universal: "El Hogar Seguro". El

artículo 541 dice: "Todo jefe de familia, que tenga familia, tendrá derecho a una finca de hogar seguro, hasta el valor de quinientos dólares, en una estancia, plantación o predio de terreno y en los edificios contenidos en el mismo, que le pertenezca o que posea legalmente, en virtud de arrendamiento u otra forma, y estuviere ocupado por él o élla como su residencia; etc."

El Libro Tercero abarca todos **los medios de adquirir la propiedad**. El Libro Cuarto comprende las reglas correspondientes a las **Obligaciones** y los **Contratos**. Contiene este Código 1875 artículos. Es una combinación del Código Civil español que formó el fondo de su legislación colonial hasta el 1911, y los preceptos más avanzados del Código Civil francés, el Código Civil alemán y algunas instituciones civiles norteamericanas que es su actual Metrópoli.

Tal es la legislación civil penal y procesal en una y otra materia de los principales países americanos. Es su Derecho influido en gran parte por las tres poderosas corrientes de Derecho europeo que se disputan su hegemonía en América: el Código Civil francés, el Código Penal italiano y el Código Civil alemán. Pero el poder creador de algunas de las naciones hispanoamericanas está formando nuevos Códigos en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Cuba y Costa Rica. Al lado de la cultura cósmica del Nuevo Mundo se alza ya su Derecho que tiende a la novísima corriente de socialización y de pureza de las nuevas normas jurídicas que están sobre las viejas y arruinadas tradiciones y conformándose cada vez más con los imperativos de la vida, los dictados de la razón y las antiguas prácticas de la equidad y de la justicia casi perdidas a lo largo de la Historia. En tal crisol eterno se funde una nueva humanidad que ha de recibir el legado de un Derecho casi desconocido por los actuales pueblos europeos y en el que nuestra América ha de desempeñar papel importante y tal vez decisivo para su adaptación y viabilidad. Confiemos en esta esperanza como nuestro más legítimo ideal futuro de felicidad y de progreso jurídico que nos traerá ineludiblemente el devenir histórico que nos aguarda para pasmo de esa misma Historia que nos tiene reservado como su último mundo de ensayo trascendente. El Derecho se ha quedado atrás de la vida, de la moral, del progreso, de la justicia, de la verdad, de todos los grandes valores universales que rigen lo humano: ¡el Derecho debe encontrarse a sí mismo!



INDICE



# INDICE

INTRODUCCION .....	7
--------------------	---

## LIBRO PRIMERO

### DERECHO PRIMITIVO

Capítulo 1. Panorama del Derecho en los pueblos más remotos de la Historia .....	25
Capítulo II: El Derecho cuando entra en escena el pueblo griego	41
Capítulo III: El Derecho en la República romana .....	55

## LIBRO SEGUNDO

### DERECHO PROVINCIAL ROMANO Y

#### DERECHO DE LOS BARBAROS

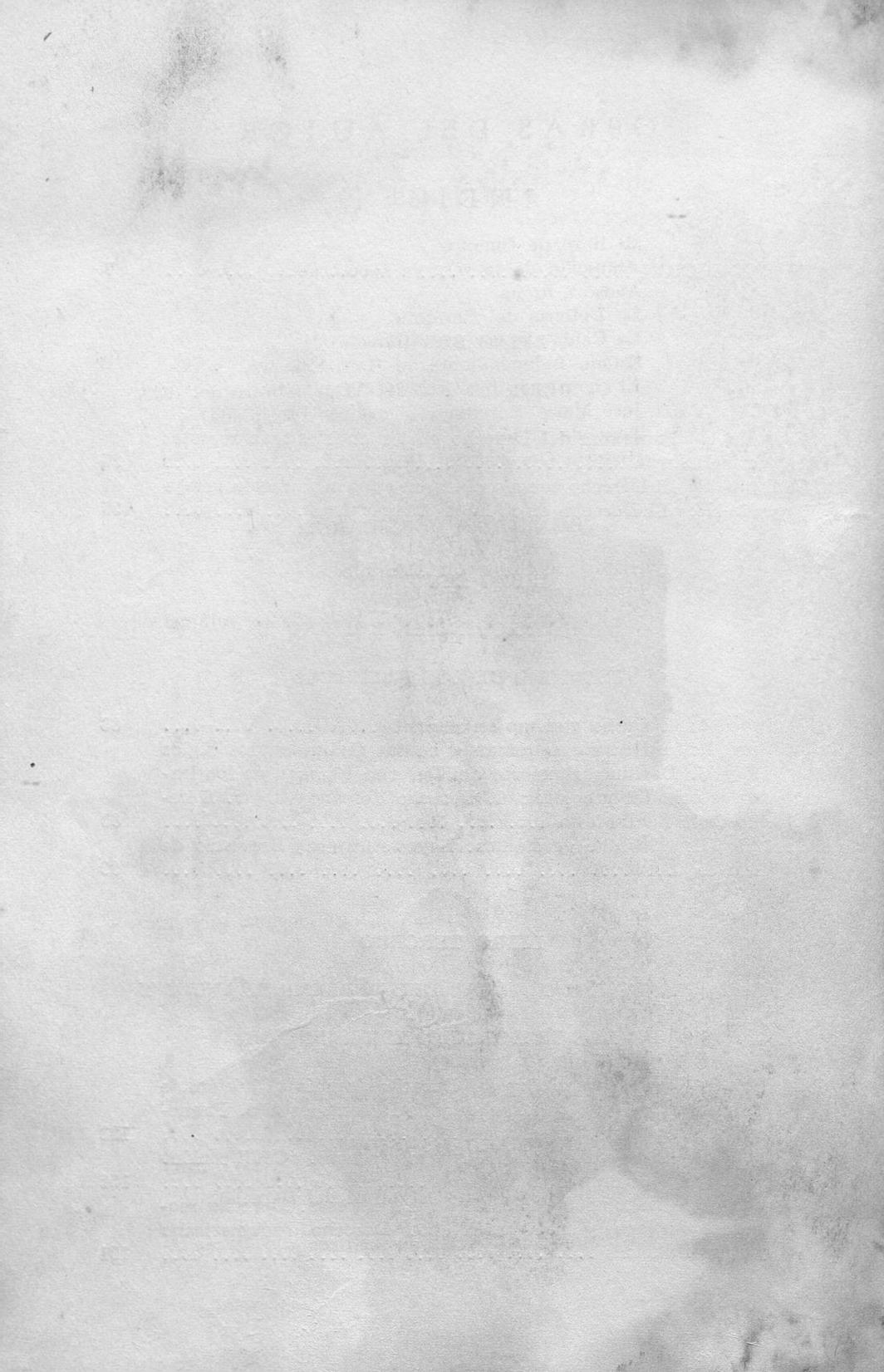
Capítulo 1: Derecho romano en general .....	63
Capítulo II: Instituciones romanas en las Galias en los siglos IV y V. Destinos ulteriores del Derecho Romano en los Imperios oriental y occidental. Derecho Romano vulgar. Derecho de la Edad Media .....	83
Capítulo III: Derecho germánico. Leyes romanas. Breviario de Alarico .....	99

## LIBRO TERCERO

### HISTORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO FRANCES Y

#### DE LAS LEGISLACIONES MODERNAS

Capítulo I: Los tres períodos del Derecho francés. División de Francia en países de costumbre y de Derecho escrito. Primeras tentativas de Codificación .....	123
Capítulo II: Renovación del Derecho francés. Codificación. Formación de un nuevo Derecho .....	151
Capítulo III: Expansión de los Códigos franceses. Derecho moderno europeo y norteamericano. Derecho sudamericano y sus influencias .....	191



# OBRAS DEL AUTOR

## PUBLICADAS:

Mi libro de Cuentos,  
Abolición de la reserva sucesoral,  
Acuso a Roma,  
La Defensa del Capitolio,  
La Caída de las Alas (novela)  
Estado Independiente de Haití Español,  
El significado histórico del 23 de febrero del 1930,  
José María Heredia y sus obras (premiada),  
Tirso de Molina,  
Historia General del Derecho.

## PROXIMAS A PUBLICARSE:

Historia del Derecho Dominicano,  
Introducción a la Historia,  
Crítica de Nuestra Historia Moderna (6 volúmenes),

## PREPARADAS:

Cuestiones de Zenodoto (crítica literaria y filosófica),  
Historia Colonial de Santo Domingo,  
Duarte y la Revolución (premiada),  
Criminología Positiva,  
Filosofía del Nuevo Derecho,  
Biblioteca de Autores Americanos,  
Biografía del caudillo Pedro Santana,  
La Utópica República,  
Biografías (Duarte, el Apóstol; Sánchez, el héroe),  
premiadas,  
El Derecho del más fuerte,  
La Madrastra (novela),  
Santa Bárbara (novela),  
La Canción de la Cigarra (cuentos),  
Mis otros Yo (versos),  
Poesías clásicas.

## EN PREPARACION:

El sentido histórico y filosófico del Derecho,  
Cultura (crítica literaria),  
La Historia de Cristo y sus críticos.



