

El Ambito del Derecho Civil y las Fronteras de un Código Civil

Por JUAN CARLOS REBORA

Exprofesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autor de: "Instituciones de la Familia"; "Derecho de las Sucesiones"; "Letras de Cambio"; "La Acción y Responsabilidad en materia de representación"; "El Divorcio y la Separación de Cuerpos como solución de conflictos conyugales". etc.

Los átomos, ya está visto, son penetrables, y las fuerzas que los integran, susceptibles de nuevas direcciones. Cambios de posiciones, en ellos, trasuntan cambios de resultados. Lo cual, amén de las estupendas realizaciones negativas que nos ha ofrecido en zonas de fricción internacional y de las maravillosas realizaciones positivas que parece prometer al orden industrial, se resuelve en una colosal imagen de relatividad que, al ser trasladada, de la materia, a los conceptos, ahorra una disertación lógica que hubiera monopolizado medio tomo de formato común. Los conceptos, en efecto, son penetrables, como los átomos, y disociables, como los átomos; y si en nuestras operaciones mentales nos valemos de ellos como si fueran homogéneos y como si fueran continuos, ello responde exclusivamente a la economía que obtenemos al llevarlos y traerlos como si fueran elementos simples. Quienes se hayan acostumbrado, por ejemplo, a discurrir despreocupadamente sobre "cursos de derecho civil", sobre "caracteres del fuero civil", sobre "zonas privativas del código civil", no se sentirán inclinados a admitir que en tales cursos, en tales fueros o en tales zonas, ni los contornos están totalmente definidos ni el contenido se substrahe totalmente

a lo arbitrario. Un examen parsimonioso de la cuestión habrá de llevarlos, no obstante, a reconocer que *lo civil* tiene algo, ciertas veces, de categoría histórica y algo, en las veces restantes, de antítesis, de correlativo y de raíz.

I.

Pudo no haber sido siempre así en la antigua Roma, donde el derecho, originariamente, era derecho del romano, y del romano dentro de la urbe. Derecho de Ciudad, por consiguiente, caro a las evocaciones de Fustel de Coulanges y de Gastón Bois-sier, y que referido a nociones corrientes en la época que vivimos, ofrecería ciertas analogías con lo que place, al hombre de nuestros tiempos, designar como *derecho nacional*, especialmente por ser susceptible de oponerse a conjuntos normativos que—siendo, en principio, foráneos—habrían de mostrarse provistos, todos y cada uno de ellos, de elementos comunes cuya coincidencia no podría dejar de impregnarse de sentido universal y de constituir, por consiguiente, una especie de derecho del hombre: *jus gentium* en tal sentido, entre otros. Cuq, *Institutions juridiques des romains*, 2a. edición, París, 1904, p. 169). Pero eso mismo no llegó a constituir una actividad específica cuyos caracteres se establecieran con uniformidad: y aunque acertadamente se haya dicho (Ortolán, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 7a. edición, París, 1863, tomo 1º) que “en ninguna parte la idea de Ciudad se manifiesta tan vigorosamente como en el *CIVIS SUM ROMANUS*, expresión de que ha derivado la de *derecho civil* degenerada en nuestros días”, fácil es cerciorarse inmediatamente de que aún ella no lograba mantenerse en la acepción pura de *derecho de Ciudad*. Desde luego ha de reconocerse que el *Jus Quiritium*, *Optimum Jus Civium Romanorum*, de la antigüedad, llegó a ser designado más tarde, sí, como *Jus Civitatis* y apenas hubo menester de una pequeña transformación sobreviniente para ser resueltamente *Jus Civile*. Pero no debe prescindirse de que igualmente haya habido, de antaño, un *Jus Civile* cuya denominación no provenía precisamente de que tuviera condición de *derecho de la Ciudad*: la obra de los Pontífices o sea del Colegio cuyos componentes tuvieron individualmente, una vez dictadas las *Doce Tablas*, poderes para administrar justicia, reci-



bió específicamente el nombre de *derecho civil* (Ihering, *L' esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traducción de O. de Meulenaere, París, Maresq, tomo 3º, p. 83), y con ese nombre se alineó, juntamente con *las leyes y los usos populares* como una tercera fuente de derecho cuyo dispensador era el Sumo Sacerdote. Cuando la formulación del *jus civile* que emanaba de esa tercera fuente pasó de los Pontífices a los Pretores, es decir, a juristas que no estaban, como sus antecesores, organizados en corporaciones, (*ibid.* p. 92), el *jus civile* y el *jus pontificum* subsistieron el uno al lado del otro (*ibid.*, p. 93): el segundo de ellos con derivaciones hacia la enseñanza pública del derecho, emprendida por Coruncanus, Pontífice (Maynz, *Cour de droit romain*, 4ª edición, Bruxelles, 1876, tomo 1º, pp. 85, texto y nota 28, 234, texto y nota 8; y 238, texto y nota 28), y también las de la publicación del resumen que había tomado nombre de *Jus Papirianum* (*ibid.*, p. 76). A las diferencias así señaladas puede agregarse todavía —y no precisamente para dar caracteres más precisos a la tradición que se estaba elaborando— la que aparece en la citada obra de Cuq cuando sostiene que el estudio de las normas y principios integrantes de las respectivas fuentes se efectuaba en Roma juntamente con el estudio de las Doce Tablas, y que ello había conducido a dar nombre de *jus civile* al conjunto del derecho que formula, por una parte, la ley decemviral, y adquiere cuerpo, por la otra, en las obras de los Altos Sacerdotes (*op. cit.*, *loc. cit.*, p. 166). “Las obras de los juristas de los siglos VI y VII —agrega todavía— exhiben en general el nombre de *Libroio de Commentarii Juris Civilis*”, cuando nó el de *Corpus Juris Civilis*.

Pero el asunto es, a nuestros fines, demasiado importante para que no nos empeñemos, aún, en apurar otros elementos capaces de demostrar hasta qué punto los datos de la Roma antigua son insuficientes para concluir, respecto del derecho civil, en identificar la noción a que ellos se refieren con la que libremente circulan dentro de nuestra actualidad técnica y científica. M. Moreau de Montalin, en su *Analyse des Pandectes de Pothier* (París, 1824), después de haberse referido a las primeras leyes que se dictaron en la Capital del Latium; a la conocida compilación de las mismas por Sextus Paririus (*Jus Papirianum*); a la *Lex Tribunitia*, abolutiva de las anteriores y, en fin, a la formación y publicación de las que pasaron a la historia con el nombre de las Doce Tablas, expresa: “La interpre-

tación a que ellas dieron lugar (“a que las leyes de las Doce Tablas dieron lugar”.— Nota del A.) dió nacimiento a un derecho no-escrito, el cual no recibió denominación particular y quedó comprendido en la general de *derecho civil*”. Establecido lo cual, agrega: “Así, la jurisprudencia romana se compone de la Ley de las Doce Tablas, del *derecho civil no-escrito*, de las acciones de la ley, de los plebiscitos, del derecho honorario, de los *senatus consultum* y de las constituciones de los Emperadores”. Y en cuanto el propio e ilustre comentador de las Pandectas (Pothier, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre avec lois du Code et les Nouvelles qui confirment, expliquent et abrogent le droit des Pandectes*, traducción del Abate de Bréard-Neuville, París, 1818-23), el tomo 24 de su grande obra se inicia con un Prefacio cuya Primera Parte comienza así: “El *derecho civil* de los romanos emanaba de cuatro fuentes principales, a saber: De las leyes escritas, antiguas y modernas; De las acciones a que tales leyes daban lugar y de la interpretación formulada al aplicarlas; De los Edictos emanados de Pretores y de otros Magistrados; y de la jurisprudencia establecida en las discusiones públicas o en respuestas otorgadas a consultas recibidas por prudentes” (p. 43). “Invocado este derecho por los jurisconsultos y aún mencionado en las Constituciones de los Emperadores —añade— constituye el derecho primitivo, el derecho antiguo, el de las leyes primitivas, el de las leyes antiguas, el derecho más antiguo y, a veces, simplemente, *el derecho civil*. En efecto, estas leyes de las Doce Tablas son como *el fundamento del derecho civil de los romanos* y la fuente de todo su derecho público y privado: los niños las aprendían de memoria” (*ibid.*, p. 51) como era de uso, por otra parte, aprender los poemas. Y en el Libro Primero del texto romano de las Pandectas, es decir, en el lugar donde el propio Triboniano, Redactor en Jefe del célebre digesto, había creído oportuno preguntarse “Qué son la Justicia, el Derecho, la Jurisprudencia?”, la respuesta aparece en los siguientes términos, a saber (tomo II, p. 203): “Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”. Y en seguida: “La palabra derecho tiene varias acepciones: en la que corresponde a un concepto más general, significa lo que es siempre justo y bueno, es decir, *el derecho natural*; en otra acepción menos extensa designa lo que es útil a los habitantes de un país o, cuando menos, al mayor número de ellos, es decir,



el derecho civil". A tal movimiento de caracterización, tendiente a determinar dentro de una superficie mayor cierta zona, se añade en seguida el que resulta (p. 205) del reconocimiento de dos grandes categorías: la del "derecho público" y la del "Derecho privado", la segunda de las cuales se subdivide inmediatamente en tres partes emanadas respectivamente del *derecho natural*, del *derecho de gentes* y del *derecho civil*. Prosigue entonces: "Derecho natural es el que la Naturaleza enseña a todos los animales" (protesta del pandectista francés, para quien no puede existir derecho en los seres incapaces de discernimiento.— Nota del A.) y estaría patentizado por el matrimonio y la procreación (pp. 205 a 207); "derecho de gentes es el que existe para todos los hombres y se manifiesta en el culto religioso, en la institución de la patria potestad, en los deberes para con la patria, en la inmunidad respecto de violencias, en la restitución de estado a quienes hubiesen sido privados de la libertad, en el perfil general de las instituciones humanas" (p. 207 cit.). A esta altura de su obra el realizador de la gran compilación ha quedado frente a *la definición del derecho civil* y, para formularla, opta por transcribir a Cayo, de quien no desdeña tomar estas palabras: "Todos los pueblos que tienen leyes y costumbres se gobiernan por el derecho común a todos los hombres y por un derecho que les es propio y que se llama *derecho civil* por ser derecho de toda la Ciudad. El derecho civil se subdivide en cuanto a la forma y en cuanto a la manera según la cual haya sido introducido y establecido: desde el primer punto de vista es escrito o no-escrito; desde el segundo, es *derecho civil propiamente dicho* o es *derecho pretoriano*". A raíz de lo cual se pronuncia en estos términos, que lógicamente no hacen otra cosa que remitir la definición prometida a las respectivas fuentes: "*El derecho civil propiamente dicho es el que nace de las leyes, de los plebiscitos, de los senatus-consultum, de las ordenanzas de los Emperadores y de la autoridad de los prudentes*" (p. 209).

Siempre a gran distancia de la noción cultivada por los juristas de nuestros tiempos, prosigue la gran compilación imperial con explicaciones sobre *el origen y los progresos del derecho civil* (p. 211); con una recapitulación de elementos a que ya nos hemos referido y son, además de las leyes primitivas, el *Jus Papirianum*, la *Lex Tribunitia*, el conjunto central de las Doce Tablas, el de las interpretaciones de los Pontífices y Prudentes,

el de las fórmulas redactadas por Appio Claudio durante el período de los decemviro y el de las fórmulas publicadas por Flavio en el resumen que circuló después como *Jus Flaviano* y llegó a desarrollarse como *derecho civil Flaviano* (pp. 211 y 217). No olvida entre tanto a los jurisconsultos, y después de haber mencionado en gran número a los más famosos (pp. 231 y sig.) señala como *fundadores del derecho civil* a los que, por su parte, considera como los más eminentes (p. 235). Evidentemente este pasaje *contempla al derecho civil como un elemento integrante de la técnica jurídica*. En él y en los que le preceden, la tauología parece ser el régimen normal.

II

Nos hemos empeñado en esta demostración y, para salir con bien de la empresa, hemos de reconocer que si por exigencia de tradiciones jurídicas trasvasadas a nuestro Continente la necesaria base de sustentación hunde sus raíces en el derecho romano, nuevos puntos de apoyo pueden sernos brindados por rebrotes de distintas cepas. En primer lugar, porque "El camino de la jurisprudencia recorrido por el antiguo derecho romano *no fué exclusivamente romano*, como tampoco había sido exclusivamente griego el recorrido en las ciencias matemáticas por Euclides y por Arquímedes: los rudimentos del método jurídico están en todos los derechos como una introducción al período de la jurisprudencia científica" (Ihering, *op. cit.*, tomo III, 1877, N° 42); y en segundo lugar porque los pueblos donde la jurisprudencia científica, desarrollada en más o en menos, haya evolucionado de otro modo, nos estarían brindando elementos de juicio para establecer, en esta cuestión de vistas universales, nuevas peculiaridades del contorno, nuevas evasiones del concepto. La observación podría recaer, desde luego, sobre algunos núcleos humanos que se mostraron rebeldes a la penetración latina y con mayor provecho aún sobre otros que no hubieran llegado a soportarla. Tales, por ejemplo, los grupos celtas que se han perpetuado en los valles umbríos de "la verde Erin". Los habitantes de Irlanda, en efecto, se obstinaron en una orgullosa fidelidad a *las antiguas leyes de Brehón*, respecto de las cuales, en épocas anteriores a la plena soberanía de la actualidad —y justa o injustamente— aún el derecho in-



glés era considerado como derecho foráneo (F. R. Dareste, *Etudes d'histoire de droit*, Paris, 1899; D'Arbois de Jubainville et Paul Collinet, *Etudes sur le droit celtique*, Paris, 1895). Dichas leyes de Brehón lo contemplaban todo: sentaban, con algo de sabor totémico, normas concernientes a la composición de los grupos étnicos, a las relaciones entre los mismos, a la organización de la familia, a la determinación del parentesco, al laboreo de las minas, a la explotación de la tierra, al aprovechamiento de los pastos, al régimen de los bosques, al establecimiento y subsistencia de vínculos obligatorios, a la represión de los delitos. Recaían, por consiguiente, sobre las personas, sobre las cosas y sobre las acciones. Eran integrales como anteriormente lo habían sido, en sus propias jurisdicciones latinas, los *comentarii juris civilis*. Pero eran "las viejas leyes de Irlanda" (Ancient Laws of Ireland), y en ninguna de ellas aparecía, expresión romanizante, la de derecho civil. Su ejemplo, por lo demás, nos exime de referirnos, ya, a formaciones no-europeas, y nos permite señalar en el *common law* de los ingleses, después trasvasado a los Estados Unidos de la América del Norte, una típica formación vernácula, tan desentendida de los clásicos moldes del *jus civile* como fecunda respecto de los moldes del *jus gentium*.

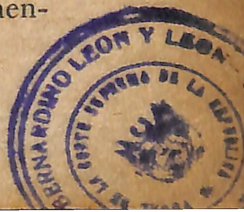
Desde un nuevo punto de vista, las naciones que recibieron, de Roma, el legado de su derecho, unas veces se atuvieron a él para cultivarlo y mejorarlo, y otras veces dieron sus entrañas a la formación de particulares cuerpos normativos imbuídos de los hábitos de las respectivas localidades hasta caracterizarse como activos *viveros de derecho consuetudinario*: antítesis o poco menos de los que los que aparecían como continuadores de tradiciones romanas y a su turno se caracterizaban como *países de derecho escrito*. Lo que no pudo impedir que en los primeros se manifestara la ley de formación señalada anteriormente y que en períodos de madurez la generalidad de las normas consuetudinarias fueran plasmadas en repertorios normativos que muy a la distancia, sin duda, pero esencialmente los mismos —habrían de emular a los más antiguos de la famosa capital del *Latium*, despreocupados, en todo caso, de especificidades que pudieran hacer, de ellos, verdaderos repositorios de lo que hoy entendemos establecido como *derecho civil*.

III.

En Francia, por ejemplo, donde la división de *países de derecho escrito* y *países de derecho consuetudinario* había llegado a constituir un hecho resaltante, una Ordenanza de Carlos VII —la Ordenanza de Montil les Tours, de 1453— dispuso que fuera oficialmente emprendida la *redacción por escrito de todas las costumbres consentidas en los países del segundo grupo* (Louis Josserand, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, Sirey, tomo 1º, 1930, p. 23), con lo que el derecho consuetudinario, sin deshacerse de su categoría de derecho abierto, se revistió de los signos exteriores del derecho escrito. Dumoulin (1500-1566), Lamoignon, (1617-1667), D'Aguesseau (1668-1751), fueron en sus tiempos obreros de la unificación de este derecho. Aún así, en el siglo de Voltaire, con *trescientos cuerpos de costumbres sesenta de los cuales entraban en la categoría de costumbres generales*, hubo motivo para decir (Frédéric Mourlon, *Répetitions écrites sur le premier examen du Code Napoleon*, 8ª edición, París, 1869, tomo 1º, p. 31) que “cuando se viajaba por Francia cada vez que se cambiaba de cabalgadura se cambiaba igualmente de legislación”, lo que hacía aparecer casi irrealizable el plan formulado, aún antes que por Carlos VII, por Luis XI, a saber: “uno solo peso; una sola medida; una sola ley” (Mourlon, *op. cit.*, *loc. cit.*). Y de todos modos, aún cuando hubiera podido decirse que *en tales cuerpos de costumbres yacían los prolegómenos de un código*, nada habría autorizado a sostener que yacieran, precisamente, los de *un código civil precursor de la concepción generalizada en nuestros tiempos*.

IV.

Por abigarrados que hayan podido parecer los caracteres que este mismo movimiento haya exhibido en otros países europeos, habría exageración en decir que se carece de datos generales en cuanto a las manifestaciones superiores alcanzadas a medida que los recuerdos del Imperio Romano se desvanecían en el pasado y se apaciguaban, por consiguiente los estrechamientos causados por la superposición de pueblos que la había motivado: cada nación, en efecto, al avanzar gradualmen-



te en sus movimientos de organización, hubo de hacer frente a requerimientos de claridad y economía que en todas partes fueron atendidos por hechos de coordinación legislativa y de depuración literaria. Un código moscovita de 1649, que las naciones europeas conocieron como *Il Oulogénie* (Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoleon*, París, 1856, tomo III, p. 278), había abarcado, como las irlandesas leyes de Brehon, la generalidad de las materias que la sencillez subsistente a comienzos de la Edad Moderna pudo considerar como susceptibles de legislación: las actividades lícitas como las ilícitas; las instituciones urbanas, las instituciones rurales. Igualmente en Dinamarca un código general había sido promulgado en 1683. Integrábanlo seis Libros: el Primero, sobre procedimiento judicial; el Segundo, sobre organización del culto religioso; el Tercero, sobre la celebración y efectos del matrimonio y sobre el estado civil de las personas; el Cuarto, sobre navegación y tráfico marítimos; el Quinto, sobre régimen de los bienes y de las deudas; el Sexto, sobre represión de los actos violatorios de la ley (*ibid.*, p. 134). Otro código promulgado cinco años después, el código noruego, se nutría de la misma diversidad (*ibid.*). Otro del año 1734, el Código de Suecia, siguiendo líneas muy semejantes a las que habían dado carácter, en el Reino, a una preexistente compilación de origen ostrogodo, legislaba simultáneamente sobre matrimonio, sobre derecho hereditario, sobre propiedad territorial, sobre procedimiento judicial, sobre crímenes o delitos y sobre actividades comerciales (*ibid.*, p. 495), lo que, por otra parte, nos brinda ocasión para aludir, en ese campo, a las *ordenanzas francesas* aprobadas bajo el Ministerio de Colbert, al *Consulado de mar*, de los catalanes, y a la *Tablâ Amalfitana*, redactada por cercanos herederos de la antigua Roma. Un código maltés de 1784 contenía, bajo el nombre de *Derecho Municipal compilado por Rohán*, un abigarrado conjunto de leyes comunes, de leyes comerciales, de leyes penales y de leyes procesales (*ibid.*, tomo II, pp. 574 y sig.), mientras en la Europa Central, Prusia, que como la Alemania en general había atraído hacia sí un voluminoso cupo de las tradiciones jurídicas elaboradas en la Roma de los Césares, tuvo —por inspiración de Federico el Grande y por acción ejecutiva de Federico Guillermo, su inmediato sucesor— un código que por haber regulado, además de las relaciones de los ciudadanos entre sí, las de los ciudadanos con

el Poder Público, y por abarcar, tanto como lo común y lo penal, lo constitucional, ha podido ser considerado por algunos tratadistas como una verdadera ley fundamental, de índole constitutiva (Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, versión castellana de la 2ª edición francesa, por R. V. de R., Madrid, 1911, pp. 40 y 368. Véase también la mencionada obra de Saint-Joseph, III, p. 190).

No son estos, entre tanto, los ejemplos que mayormente habrán de interesar a los hombres de nuestro Continente: del Continente en cuyos espacios geográficos otro monarca europeo se desempeñaba, a la sazón, como Soberano indiscutido. Códigos españoles habían procedido, en ellos, a la legislación del siglo XIX, con lo cual se hacían acreedores a precedencia, igualmente, en cuanto a la interrogación que formulamos. En España, pues, donde a la dominación romana había sucedido una invasora dominación visigótica y donde el latín de Séneca, de Quintiliano y de Marcial había evolucionado hacia la formación de una de las que en el devenir de los siglos llegarían a merecer el nombre de lenguas románicas, la *lex visigotorum, liber iudicum*, popularizada con el nombre de *Fuero Juzgo*, fué uno de los últimos monumentos literarios en que perduró la imagen de una influencia cuya declinación no sería contenida, ya, ni siquiera por el expediente de las versiones de la ley al romance castellano; versiones que, por otra parte no lograron hacer efectivas los reyes Don Fernando y Don Alfonso y sufrieron el destino de quedar pospuestas hasta 1783 (Sempere, *Historia del derecho español*, Madrid, 1847, p. 94). Y bien: tampoco este monumento nos ofrece asomos de especificación legislativa de un *derecho civil* que corresponda a nociones corrientes en nuestra actualidad: su *Exordio* se ocupa “de la elección de los príncipes et del insinnamiento como deven julgar derecho, et de la pena de aquellos que julgan torto”; el Libro Primero “de las leyes y de los legisladores”; el Libro Segundo, de la organización judicial, del procedimiento, de las escrituras y de algunas penas”; el Tercero, “del matrimonio y de otras relaciones de parentesco legítimo o ilegítimo”; el Cuarto, “de las herencias”; el Quinto, “de los contratos, donaciones, permutas, ventas, préstamos, usuras, patronato, servidumbres, manumisión”; el Sexto, “de los delitos y de las penas, tormentos y ordalías”; el Séptimo, “de los atentados contra la propiedad, de la delicción, de la falsificación”; el Octavo, “de otros atentados



contra la libertad y contra los bienes”; el Noveno, “de los esclavos, de los desertores, del cohecho de militares, del personal a proveer en los casos de guerra”; el Décimo, “de los diezmos, del amojonamiento, de los modos de adquirir y conservar el dominio y de la prescripción”; el Undécimo, “de las enfermedades, los médicos, los finamientos y las sepulturas”; y el Duodécimo, “del deber de abstenerse de gravar demasiadamente a los contribuyentes, que pesa sobre los Jueces”. Leyes, todas ellas, destinadas a sociedades de una grande homogeneidad y en las que —rasgo característico de la organización medieval— lo jurídico y lo político confundían sus raíces.

Por su parte, los códigos que siguieron al *Fuero Juzgo* tampoco evolucionaron hacia la especificación. El de *Las Partidas*, redactado en virtud de decisión de Don Alfonso, se componía de siete Libros cada uno de los cuales daba en desarrollar una materia: La Primera Partida trataba “de las leyes, de los usos, de la Santísima Trinidad, de los siete sacramentos, de los preladados, de los clérigos y de los beneficios, primicias y otras cosas eclesiásticas”; la Segunda Partida, “de los Emperadores, de los Reyes, de los Grandes Señores investidos del poder de administrar justicia y de los Pueblos”; la Tercera Partida, “de la justicia, de los jueces, de los abogados y del procedimiento judicial”; la Cuarta, “del matrimonio, del parentesco, de la patria potestad” y también “de los siervos y vasallos”; la Quinta, “de los contratos, prendas, transferencias, sociedades, donaciones, fianzas, fletamentos”; la Sexta, “de las herencias y de los testamentos”; la Séptima, en fin, “de todas las acusaciones et malfetrías que los homes facen porque merescen haver penas”. La *Nuevas Recopilación* dispuesta por S. M. Don Felipe II y publicada por primera vez en 1537, aumentaba el material contenido en los siete Libros de *Las Partidas* con las que habían sido *Leyes del Estilo*, del *Ordenamiento de Alcalá* y de las *Cortes de Toro*. Dicha *Nueva Recopilación* —preludio de la *Novísima*, es decir, de una que efectuada ha resultado posterior al que en Francia sería promulgado según veremos como el “código civil de los franceses”— no intentó en medida alguna modificar la composición de los repertorios que la habían precedido y con los cuales la legislación española, legislación de los países conquistados en América, había llegado a constituir algo que el Real Colegio de Abogados de Madrid pudo creer oportuno calificar como “un verdadero laberinto” (Sempere, *op. cit.*, p.

546). Ni rastros aparecían, en el supuesto laberinto, de expresiones como la de "leyes civiles" o de "código civil".

V.

Al estallar en 1789 y abolir de una sola vez todo el sistema feudal, la Revolución Francesa conmovió las líneas de separación geográfica que se encontraban tendidas al amparo de *costumbres* regionales. Había desmantelado una estructura política y se hallaba ante la necesidad de enfrentar *la creación de otra nueva*, con la particularidad de que *la nueva iba a ser regida, esta vez, por normas fundamentales*, superpuestas a la tradición del derecho divino de los Reyes. Las piedras liminares agrupadas en el Título I de la Constitución sancionada en 1791 contaron, para completarse, con una disposición final cuyo texto anunciaba que sería establecido *un código de leyes civiles comunes a todo el Reino*. Los paladines del movimiento, arrastrados o no arrastrados por la marea que continuaba creciendo hasta igualar sus estaturas pero conscientes, en todo caso, de la trascendencia adquirida por la empresa que los contaba como obreros, se volvieron hacia las grandes marcas del pasado de la humanidad y buscaron inspiración en los ejemplos clásicos: al discurrir sobre dictaduras honraban a Cincinato; al presentir conspiraciones nombraban a Catalina; al repudiar la injusticia vapuleaban a Tarquino; al encarar la fatalidad mentaban los idus de marzo. Por encima de hitos tradicionales derribados por el estallido volvieron a la circulación aspiraciones tan antiguas como genuinas y desde luego la de unidad legislativa a que se venía aspirando desde los tiempos de Luis XI y Carlos VI. La Constitución que, en esas circunstancias se caracterizaba como una de las etapas de la Revolución, no habría podido abstenerse de prohiar esa afanosa aspiración de la Nación entera. La incluyó, por consiguiente, entre sus planes, y la decoró con un marbete clásico: el de *leyes civiles* que en alguna medida representa, sin duda, al *civis, civilis, civitatis* en que nos detuvimos al comienzo.

Y bien. Aquello que originariamente había obedecido a claros motivos de unificación jurídica y unificación administrativa, iba a ser desde ese momento el punto de partida de la especificación que, por nuestra parte, tratamos de caracterizar. La Asamblea de 1791, en efecto, había formulado el anuncio del

código de leyes civiles; la Convención de 1793 lo *mandó redactar*, para lo cual constituyó en Comisión a varios de sus miembros y poseída de esa sensación de poderlo todo que suele despertarse en los que llegan a creer que lo hacen todo, estableció *el término de un mes* para que fuese presentado el respectivo *Proyecto*. El fervoroso Cambacerés se apresuró a satisfacer los deseos del Alto Cuerpo pero su *Proyecto de Código Civil* fué rechazado y cuando, sin desmoralizarse por la derrota, presentó un *Segundo Proyecto*, un segundo rechazo puso a todos en el camino de mirar las perspectivas con mayor circunspección. Los afanes de unidad, entre tanto, presionaban incansablemente. El Directorio de 1795 no pudo demorar en la renovación de la fracasada tentativa: designó, a su turno una nueva Comisión ante la cual el tenaz Cambacerés, también en este caso sin éxito, insistió con un *Tercer Proyecto*. Finalmente, dictada la Constitución de 1799 e instituido por ella un triunvirato consular, el magistrado a quien cupo encabezarlo como *Primer Cónsul* designó por decreto de 24 thermidor del año VIII correspondiente al año 1800 del calendario que las ínfulas revolucionarias se estaban llevando por delante, una comisión de juriconsultos que integraron Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu y Maleville; recibió poco después los primeros originales de un nuevo *Proyecto* y, a raíz de enérgicas medidas que hubieron de ser adoptadas para dominar obstáculos emanados del propio Consejo de Estado, autorizó a los nombrados redactores para incorporarse a las sesiones en que esa Corporación discutiría los textos presentados hasta convertirlos en textos de proyectos que se presentarían a la Asamblea y obtuvo, con tal procedimiento la redacción y aprobación de 36 nuevas leyes solidariamente encaminadas hacia una conjunción final (Mourlon, *op. cit., loc. cit.*, Nos. 32 y 33). Una ley consagratória, de 30 ventoso del año XII, o sea del 21 de marzo de 1804, declaró que *aquellas 36 leyes constituían el código civil de los franceses*: su artículo 1º dispuso, en efecto, que todas las 36 fuesen reunidas bajo este nombre, no sin haberlas enumerado, antes, detalladamente. La primera de ellas, pues —y conviene hacer constar que sus textos no sugerían en manera alguna *la existencia de leyes que se llamaran civiles y de leyes que pudieran llamarse no civiles*— establecía normas concernientes a la publicación, a los efectos y a la aplicación de las leyes en general, es decir, de leyes dictadas hasta entonces y de leyes que se llegase a san-

cionar. La segunda ley se refería al goce y a la privación de *los derechos civiles*. Las diez subsiguientes, recaían sobre las cuestiones de estado, domicilio de las personas y relaciones de familia. Otras cuatro instituían el régimen de los bienes y de los derechos reales, y con ellas se completaban dieciséis. La décimoséptima organizaba las transmisiones mortis causa dependientes del parentesco; la décimooctava, las transmisiones por donación o testamento; la décimonovena, el régimen de los contratos en general; la vigésima, el de las obligaciones que se forman sin convención; la vigésimoprimera, el de los contratos prematrimoniales; las numeradas del veintidós al treinta y uno, el régimen de la compra y venta, el de la permuta, el de la locación, el de la sociedad, el del préstamo, el del depósito, el de los contratos aleatorios, el del mandato, el de la fianza y el de las transacciones; la trigésimosegunda, el régimen de la prisión por deudas que ulteriores leyes habrían de abolir (en Francia, una de 22 de julio de 1867; en la Argentina una de 26 de junio de 1872; en el Perú, el art. 58 de la Constitución de 1933); la trigésimotercera, el de la prenda y el anticresis; la trigésimocuarta, el de los privilegios y de las hipotecas; la trigésimoquinta el de la expropiación forzosa y de la graduación de créditos; la trigésimosexta, el de la prescripción. Sobre la estructura final se pronunció todavía el art. 4º de la ley de 30 ventoso mandando que la primera de las mencionadas anteriormente constituyera un Título Preliminar; que las once subsiguientes formaran un Libro Primero, "De las personas"; que las cuatro inmediatas formaran un Libro Segundo "De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad"; y que las veinte restantes formaran un Libro Tercero, "De las diferentes maneras de adquirir la propiedad". La ley de ventoso dispuso, por último, en su art. 7º: "Desde el día en que las leyes del Código Civil tienen fuerza ejecutoria, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular *en las materias que constituyen el objeto del presente Código*" (subrrayados, del A.).

VI.

Considerado como *código civil de los franceses* o sea bajo el nombre que le había sido atribuido por la ley de su promul-

gación, el gran monumento legislativo a que acabamos de referirnos coronaba una obra de unificación nacional cuyos antecedentes como hemos visto se remontaban a muy lejanos tiempos. Era sin duda una obra de la Revolución, dada a engalanarse con tan ambicionada presea en el otoño de su vertiginosa existencia dando pié a la conjetura de que tan inmenso sacudimiento había gravitado como una condición en ausencia de la cual habría continuado siendo problemático el anhelado fruto. Pero desde el punto de vista en que nos hemos situado al formular las presentes reflexiones, *era antes que nada un código civil*, es decir, era un hecho cultural que —si considerado en concreto y en relación con análogas circunstancias de tradición abigarrada podía conducir en algunos países a soluciones de unificación equivalentes a la obtenida por los franceses— *considerado abstractamente podría ser trasladado a posiciones desde las cuales representara una conquista de la economía, de la sencillez y de la especificación: esto último, inevitablemente, en lucha constante con crecientes manifestaciones de la heterogeneidad que nos circunda*. La efemérides, de todos modos, debe ser tenida como crucial.

El mencionado código civil de los franceses incorporaba, por una parte, normas destinadas a regir la publicación, los efectos y la aplicación de toda clase de leyes, con lo cual habría podido decirse que se emancipaba de su propio plan. E incorporaba por otra parte normas como las del Libro Primero, que, mientras desde cierto punto de vista absorben toda la doctrina del sujeto del derecho y *se proyectan, por consiguiente, sobre la totalidad de las relaciones jurídicas*, desde un punto de vista diferente *acompañan a dicho sujeto en todas las vicisitudes de su actividad jurídica*, siguiéndolo, pues, ya en sus incursiones por la Administración Pública, las cuales habrán de adecuarse a principios no abarcados por el Código Civil, ya en sus pretensiones de miembro de la comunidad política, ya en sus esfuerzos de productor, en sus apremios de consumidor, en las acciones que la ley ampara y en las demasías que la ley reprime. Y también aquí tenemos, por consiguiente, incorporado al Código Civil algo que no le es privativo y que tampoco es monopolizable; algo que no podría ser confinado a una compilación particular; algo que aparece con el carácter de común, con el de general y, en cierto modo, *con el de fundamental*. El hecho

fué señalado, sin demora por tratadistas y catedráticos franceses.

Obras hubo, desde luego, que presentadas como "Cursos de derecho civil" y orientadas hacia el estudio del Código Civil, organizaron sus observaciones sin hacer, de la especificación que nos ocupa, capítulo especial. Así la de Duranton (*Cours de droit civil français suivant le Code Civil*, 4ª edición, París, 1844), en la que por otra parte las obligadas referencias a textos reglamentarios del *ejercicio de los derechos civiles* o de las consecuencias de *la ulteriormente abolida muerte civil* no cambiaban el concepto. Pero en otras de no menor predicamento la cuestión aparece con fisonomía diferente. a) Toullier, por ejemplo (*Droit civil français*, 5ª edición, tomo 1º, París, 1830), denomina *derecho civil*, émulo del *jus civitatis* de nuestra referencia (*supra*, I), al conjunto de las leyes particulares de un país, para agregar en seguida estas palabras en que *la especificidad queda totalmente desalentada*: "La ley civil es, pues, una regla de conducta prescripta a todos los ciudadanos, por su soberano legítimo, sobre un objeto de interés común; es la declaración solemne del Poder Legislativo por la cual dicho Poder manda, bajo ciertas penas o ciertas recompensas, lo que cada ciudadano, por el bien común de la Sociedad, debe hacer, no hacer o padecer (*op. cit.*, *loc. cit.*, N.º 13). b) La de Mourlon, anteriormente citada, después de haberse colocado (tomo 1º N.º 38) en un punto de vista análogo al de la obra de Toullier y de haber aclarado que *el Código Civil*, recolección de leyes, tomó ese nombre a causa de haberse integrado con *leyes civiles* (?), se vuelve hacia el Canal de la Mancha y apela soslayadamente a conceptos vertidos por ingleses de la escuela utilitarista diciendo: "La palabra civil, ha dicho Bentham, es una de las más insignes escapatorias de la jurisprudencia: múltiple en sus diversas acepciones, se la puede considerar *por oposición al derecho natural, al de gentes, al penal, al comercial, al eclesiástico, al político y al público*. La ley lo ha designado en evidente antítesis con uno de ellos, pero ¿con cuál?". Se extiende en diversas consideraciones que se encaminan a situar, en particular, la presumida antítesis y concluye que ésta ha debido ser contemplada con referencia al derecho político y público por una parte y a los cuerpos especiales de derecho por otra, para dejar, al final, establecido: "Lo primero, se traduce en que el Código Civil es un código de derecho privado; lo segundo, en que

es un código ordinario". c) La de Demante, que fué en 1830 un resumen de enseñanza y que transformada más tarde en *Cours Analytique de Code Civil* (2ª edición, proseguida por Clomet de Santerre, tomo 1º, París, 1881) veía en el derecho "el arte de conocer y aplicar la ley o más brevemente el arte de distinguir lo justo de lo injusto" y no se empeñaba de ningún modo en conciliar lo técnico del concepto a que debe corresponder ese "arte de conocer y aplicar la ley", con lo valorativo que se encierra en "el arte de distinguir lo justo de lo injusto". Identificaba después el derecho con la ley (Nº 2) y aún con la jurisprudencia (Nº 3), lo que no le impedía asomarse al derecho natural al advertir que las primeras leyes derivan de Dios (Nº 4), y que si bien *cada Ciudad* ha pronunciado sus leyes particulares, todas ellas han adoptado por acuerdo común aunque tácito, otras reglas que no son sino consecuencias más o menos alejadas, de las primeras, y a cuya observancia está vinculada la existencia de la Sociedad: "son las leyes que aseguran la protección de los débiles; las que organizan la propiedad, la posesión, los contratos; las que establecen los órganos legislativos y ejecutivos" (Nº 5). Así, pues, esta obra —que habiendo comenzado por identificar el derecho con la ley positiva sentía y confesaba sentir el influjo de una fuente superior al legislador humano, como también el de una lógica capaz de apadrinar, en lugares diversos, soluciones coincidentes o por lo menos coherentes— fijaba su posición en la materia que tratamos con las siguientes palabras, a saber: "Las leyes concernientes a las relaciones privadas *constituyen el derecho civil*; distinto, éste, del derecho público, y también del derecho entre naciones" (*ibid.*, Nº 9). d) La de Demolombe, *Cours de Code Napoleon* (4ª edición, París, 1869), que se ocupa en su tomo 1º "de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general", se sitúa muy cerca de la de Demante al reconocer que las normas del Título Preliminar han sido establecidas para todas las leyes (*op. cit.*, Nº 1). "La ley verdadera y propiamente dicha, la ley que estudiamos como juristas —sigue diciendo— es una regla sancionada por el Poder Público; una regla *civil* y jurídicamente obligatoria: *el derecho es el resultado, es el conjunto y es la colección de estas reglas*" (*ibid.*, Nº 2). A través de estas expresiones la obra guarda congruencia con el tema que adopta por nombre: *Código Napoleón*, en que ha sido cambiado por ley de 3 de septiembre de 1807 el de *código civil de los fran-*

ceses al iniciarse una alternativa de va-y-ven que habría de prolongarse en el decreto de 17 de julio de 1816, dictado por la Restauración para restituir el nombre de 1804, reanudarse en el de 27 de marzo de 1852, dictado por la lógica del Segundo Imperio, y diluirse desde los comienzos de la Tercera República en un tácito retorno a la denominación de 1804. Más adelante formula Demolombe una distinción entre leyes naturales y leyes positivas, y se empeña en refutar doctrinas como la expuesta en el mencionado *Cours Analytique* sosteniendo, pues, en una precursora simbiosis de ley y de derecho, que "sería más lógico y más prudente decir que *la verdadera ley o sea la regla civilmente obligatoria es siempre positiva*, y que desde tal punto de vista *no podemos tener sino una especie de derecho*, una sola especie de leyes, a saber: el derecho y las leyes sancionados por el Poder Público". La de Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoleon* (6ª edición, tomo 1º, Paris, 1869. Las ediciones anteriores habían circulado como *Eléments du Code Napoleon et Cours élémentaire de Code Napoleon*), se distinguió entre todas por haberse situado en el centro de la cuestión y haber discurrido concretamente sobre los motivos que la informan. Afrontó directamente y en son de crítica las acepciones dadas por el uso a las frases "Código Civil", "Derecho Civil", "Leyes civiles", para agregar en seguida: "En este como en otros asuntos se ha dejado que impere la rutina, y han sido conservadas las palabras a pesar de haber cambiado las cosas. Pero aún cuando todos los franceses fueran ciudadanos, como lo fueron los romanos; aún cuando la calificación de ciudadanos conviniera a todos los miembros de la Nación, fuesen o nó varones, fuesen o nó mayores de edad, *la expresión de Código Civil, o Ley Civil seguiría siendo impropia por otra causa*. En efecto, ella significaría código de los franceses, derecho de los franceses, leyes de los franceses, nombres en los cuales quedarían comprendidos el Código Penal y el Código Comercial que no son menos códigos y leyes de los franceses; y *lo que vendría a recibir el nombre de derecho civil sería el conjunto de todas nuestras leyes*, tal como en Roma se designaba con las palabras *jus civile* todo el derecho de los romanos" (*op. cit.*, N° 24.—*cfr. supra*, I). "En definitiva —concluye Marcadé— código civil significa entre nosotros *código de la teoría del derecho privado, en general*". "Código de la teoría, por oposición al de procedimientos, que organiza la práctica de ese mismo derecho pri-

vado; *del derecho privado*, por oposición a las leyes constitucionales, administrativas, criminales y demás que constituyen nuestro derecho público; *del derecho privado ordinario o general*, por oposición al Código de Comercio" (*ibid.*). f) La de Zachariae que, a diferencia de las anteriores no se propone, como tema, el del Código Napoleón, y que contempla, en cambio, *Le droit civil francais* (traducción de la 5ª edición alemana por Massé et Vergé, tomo 1º, París, 1854), considera que el derecho en su conjunto se compone de *derecho natural y derecho civil*, lo que se traduce —comentamos— en identificación de derecho civil y derecho positivo. Y consecuente dicho autor con puntos de vista familiares a juristas de su misma formación pero alejándose más y más de los franceses, agrega: "El derecho civil tiene por objeto, ya la constitución del Estado, ya el ejercicio del Poder Público y, según eso, *es constitucional es o administrativo*. El derecho administrativo se divide en tantas partes como objetos se hayan señalado al ejercicio del Poder Público; *el derecho civil, en cuanto contiene las reglas según las cuales el Poder Público se ejerce sobre las cosas civiles, es, pues, una parte del derecho administrativo*". Massé et Vergé, traductores y anotadores, señalan en estas palabras dos matices: uno, que corresponde al *derecho civil en sentido lato*, y otro que corresponde al *derecho civil en sentido estricto*. Pero de todos modos, el concepto manifestado por Zachariae, profesor no-francés, sobre la naturaleza y el contenido del derecho civil en general, no podría ser identificado en manera alguna con uno u otro de los expresados por tratadistas franceses cuyas obras acabamos de glosar. g) La de Aubry et Rau, profesores, ambos los dos, de la Universidad alsaciana de Strásburgo y más asomados tal vez, por razones de vecindad, que otros compatriotas, a las influencias que habían ensanchado la visión de Zachariae, se elevó resueltamente a la condición de *Cours de Droit Civil Francais* (4ª edición, París, 1869, a la cual han sucedido, honor excepcional, dos sucesivas y diferentes ediciones póstumas), lo que los ponía fuera de la línea guardada fielmente por colegas que, como ellos en la del Nord-Este, tenían a su cargo en otras universidades francesas sendos *cursos de Código Napoleón*. Para dichos autores que, por otra parte iban a ser seguidos muy de cerca por otro en cuyas obras *se hablaría del derecho natural como de un deber ser* (Huc, *Commentaire du Code Civil*, tomo 1º, París, (1892, Introducción, Nos. 7 y sig.), el de-

recho en general "toma nombres de *derecho civil*, derecho constitucional o derecho administrativo, según tenga por objeto regir las relaciones de los particulares entre sí, organizar el Estado y constituir los poderes públicos necesarios a su acción, o fijar las relaciones de los ciudadanos con el Estado" (Aubry et Rau, *op. cit.*, tomo 1º, Nº 2). Las nociones aumentaban evidentemente en precisión, pero no para coincidir en los caracteres de un tipo abstracto de *código civil*.

VII.

Desde la altura a que nos han conducido, en mucha parte, esfuerzos desplegados dentro de la gran corriente determinada por la codificación francesa, algún contraste puede percibirse entre la perseverante acción de los tratadistas y el insuficiente rigor científico de la enseñanza universitaria contemporánea a tal corriente: una enseñanza resueltamente orientada hacia la formación de hombres prácticos. Las universidades, tradicionalmente apegadas al derecho romano y al derecho canónico y, por exigencias del uno y del otro, casi absortas en el conocimiento del latín, solamente desde la época de Luis XIV se habían abierto, y aún limitadamente, a ciertas corrientes del derecho nacional (Robert Valeur, *L'enseignement du droit en France et aux Etats Unis*, Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, 1929, pp. 15 y 16). Bajo la influencia del Primer Cónsul esa enseñanza fué reorganizada por la ley de 22 ventoso del año XII (13 de marzo de 1804): en efecto, mientras el derecho canónico desaparecía de los planes universitarios y el derecho romano cedía posiciones, cobraba cuerpo la enseñanza del derecho francés en el orden establecido por el Código que acababa de sancionarse; y el establecimiento de nexos comunes entre ese derecho y las normas administrativas, las de derecho constitucional, las de derecho criminal y las de derecho procesal recientemente modificados, se convirtió en un menester indispensable. Toda la reforma se enlazaba al pensamiento —y más aún que al pensamiento— a la creencia en la posibilidad de una cristalización del derecho común en los textos de la ley escrita, creencia que se correspondía con la noción de un ciclo jurídico necesariamente completo y necesariamente cerrado, tal como indirectamente parecían haberlo definido los arts. 1, 3, 17, 21, 24 y 29

del decreto legislativo de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, que caracterizaron la función —en ese decreto, poco menos que automática— que se optó por deparar, en el mantenimiento de la integridad de los textos del derecho positivo, al Supremo Tribunal de Casación. A lo largo del período que se inicia en 1804 *los estudios del derecho civil se resuelven totalmente, ya lo hemos visto, en estudios del Código Civil cuando no simplemente en enseñanza del Código Napoleón*. Los movimientos que con ulterioridad fijarían las ideas jurídicas del siglo XIX —por una parte, *el historicismo* y por otra *el sociologismo*: ambos armados contra el derecho natural y obstinados en despostrarlo de su función eminente— *no acertaron, específicamente, en el establecimiento de una orientación más adecuada*. La Tercera República, al afrontar las perspectivas abiertas por la caída del Segundo Imperio y meditar sobre mejores bases, para la enseñanza del derecho, estimuló la formación de nuevas ramas pero mantuvo en cada uno de los tres años del plan un curso de código civil. (Rober Valeur, *op. cit.*, pássim). Y esto constituyó un nuevo punto de partida.

En efecto, el boceto así emanado de la conmoción de 1870 mantúvose durante cierto tiempo con aires de perdurabilidad y suavemente mecido por vientecillos de exégesis. Pero en los mejores órganos de la conciencia jurídica francesa incubábase una reacción que habría de hacerse palpable hacia fines del siglo XIX, a través de trabajos de Adhemar Esmein, de François Géný, de Raymond Saleilles, de Edourd Lambert y de la alte inspiración de muchos y eminentes magistrados judiciales (Ballot-Breaupré, Presidente Plenario de la Corte de Casación francesa: su discurso en la conmemoración del Centenario del Código Civil). El movimiento no tardó en reflejarse desde las páginas de nuevas obras de gran envergadura (Ambroise Colin et Henry Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, París, Dalloz, 1914) y claramente orientadas hacia conceptos generales que si no ignoraban las normas concretas tampoco se confinaban en un estrecho historicismo. La transformación que se operaba pudo ser juzgada en estos términos: “Durante largos años, *lo que se ha enseñado en Francia no ha sido el derecho civil sino el Código Napoleón*. Adoptados sus textos como punto de partida, se pasaba a definir los conceptos, a deducir las soluciones y a ilustrarlas con dificultades suscitadas en la práctica forense. Con ello, el estudiante se habituaba a la

precisión en el razonamiento. Pero poco a poco pudo advertirse que el Código no reglamentaba, ni aún implícitamente o por alusión, la totalidad del derecho civil: teorías generales como la de los actos jurídicos; teorías especiales como la del nombre, la de la personalidad moral, la de la posesión, habían sido omitidas u olvidadas. Desde otro punto de vista, el esqueleto se debilitaba y el valor didáctico disminuía. Los cuadros se rompieron entonces y aparecieron nuevos planes de exposición" (Paúl Lérébours-Pigeonniere et René Demogue, *Bibliographie*, en "R. T. de Droit Civil", París, tomo XIII, pp. 747 y sig.). Pero si esos nuevos planes han podido equilibrar el cuadro de la enseñanza del derecho civil francés, no podría decirse, de ellos tampoco, que hayan intentado esbozar imágenes abstractas a que pudiera ser referida una definición general y permanente.

VIII.

Poco es lo que nos ha estado permitido avanzar, como se ve, en la demanda de una concepción muy definida, del derecho civil, y de correlativos atributos específicos, para un código Civil. a) No podríamos razonablemente aspirar, desde luego, a que publicaciones periódicas meritoriamente especializadas en estudios técnicos concernientes al derecho civil establecieran, para sus propios planes, contornos que la ley y la doctrina no hayan alcanzado; pero podemos valernos, sí, de lo que nos dicen sus servicios informativos de bibliografía y de jurisprudencia cuando a la zaga de sus exámenes de "obras generales" o de sus resúmenes de "principios fundamentales", organizan secciones sobre *personas y derechos de familia*, sobre *obligaciones y contratos especiales*, sobre *propiedad y derechos reales*, sobre *donaciones y sucesiones*. Independientemente de lo que tales enunciados importan, como afirmación de zonas características del derecho civil, ellos nos permiten comprobar, además, que la autonomía formal de algunos cuerpos especiales de derecho que se dicen, v. g., del trabajo, de los transportes o de la propiedad intelectual, es mucho menos completa de lo que comúnmente se suele suponer. b) Desde otro punto de vista —refiriéndonos, como nos referimos, a un problema universal— no podríamos desentendernos de que la conclusión a que vamos aproximándonos no se presenta con los mismos caracteres en los países

cuyas tradiciones jurídicas evolucionaron bajo signos diferentes del de Roma (*supra*, II). No será necesario que invoquemos, de nuevo, diferencias entre Continente y Continente. Bastará con que aludamos al *common-law*, de los ingleses, y como a su característica proyección, a las nociones corrientes en los Estados Unidos de la América del Norte, recientemente explicadas en una comunicación a l'*Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris* y cuyo autor, al referirse a la organización judicial y a la jurisdicción de la Corte Suprema del mencionado país, expresaba: "El derecho civil según nosotros lo entendemos comprende no solamente vuestro derecho civil sino también otras ramas del derecho. Tenemos nuestra ciencias procesal, nuestro derecho constitucional y materias especiales que se estudian en nuestras facultades de derecho y que pueden ser objeto de estudio en tratados o en monografías. Pero en general nuestra clasificación del derecho está dividida en dos grandes ramas: *el derecho civil y el derecho penal* (Samuel C. Coleman, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, año VI, pp. 479 y siguientes). c) Finalmente, las posibilidades de especificación no dependen tampoco de que se retroceda un paso y se intente, por ejemplo, en lugar de un esbozo de *cursos de derecho civil*, el esbozo de *otros cursos que siendo necesariamente más generales* no podrían, por significativos que se les considere a otros fines, conducirnos a la determinación que nos interesaría alcanzar (cfr. Henri Levy-Ullmann, *Programme d'un cours d'introduction au droit civil*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, II, 1903, pp. 835 a 854). Y ello con una advertencia muy importante, a saber: la de que si semejante determinación no parece asequible por vías de retorno a lo que dentro de un orden lógico habría de ser anterior —la Introducción— tampoco parece que pudiera serlo por la traslación a zonas que el mismo orden lógico nos hace presumir ulteriores, por corresponder a interacciones recíprocas, prenda de existencia de múltiples centros de actividades jurídicas. Organos instituidos, en efecto, para el estudio del *derecho civil comparado* (v. g. el *Instituto de Derecho Civil Comparado* erigido en 1924 por la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina) y celosamente orientados por ilustres Directores, han podido enunciar en la vigorosa síntesis formulada por el que originariamente invistió tan honrosa función (Enrique Martínez Paz, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Córdoba, 1934) importantes

obras que representan, sí, señalados *aportes al derecho comparado*, pero que no habrían podido —sin una delimitación previa y, sobre todo, ardua y extensísima— situarse privativamente en *solares reservados a un puro derecho civil comparado*. Sus “naciones generales”, en efecto, se integran en el *derecho comparado*, su visión de las posibilidades que podrían estimularlo, como auxiliar de legislación, corresponden también al *derecho comparado*, sus caracteres de ciencia desprendida del derecho positivo se establecen igualmente en el *derecho comparado*, y en el *derecho comparado* —nunca exclusivamente en un supuesto *derecho civil comparado*— se perfilan el objeto, la finalidad y el método. Nada de esto cambia, por otra parte, al producirse en capítulos finales del libro que comentamos la incorporación material de cuatro grupos de *legislaciones civiles vigentes* (grupo anglo-sajón; grupo bárbaro-romano; grupo bárbaro-romano-católico; legislaciones democráticas). En los cuatro ha quedado pendiente la solución del problema que, por nuestra parte, venimos examinando; y como tal problema es *el del derecho civil, el del código civil*, menguada habría de ser la ventaja que se obtuviera con desplazarlo hacia el *estudio comparado de las legislaciones civiles en vigor*, legislaciones civiles tan menesterosas de definición como pueda estarlo el derecho civil, como pudiera estarlo el código civil. (cfr. Edouard Lambert, *La fonction du droit comparé*, *Introducción*, París, 1903; Ernest Roguin, *Traité de Droit Civil Comparé*, París, *Le mariage*, 1904; *Le régime matrimonial*, 1905; *Les successions*, cinco tomos, 1908-1912).

IX.

Por mucho que hayan pesado y que sigan pesando, en esta materia, los hechos concernientes a la sanción del que en 1804 recibió el nombre de “código civil de los franceses”, paradigma legislativo del siglo XX, otros hay que igualmente reclaman un lugar en el presente desfile de nociones, ya en razón de peculiaridades de organización constitucional muy próximas a las exhibidas por países americanos, ya por causa de su disposición transversal respecto de ciertas instituciones fundamentales. Lo primero alude a dos códigos generales sancionados en las postrimerías del siglo XIX para comunidades políticas establecidas, una de ellas como República Federal y la otra como

Imperio Federal; es decir, a código que, como el sancionado en 1869 para la República Argentina, han emanado de una Legislatura Central y han instituido, para todas las entidades políticas confederadas, un régimen general consumando con ello, respecto del federalismo doctrinario, la presencia de una tilde que no ha dejado de ser advertida por la crítica. Tales códigos eran, de todos modos, el Código Suizo de las Obligaciones establecido en 1881 con resultados positivos que se harían evidentes al producirse la ratificación y reajuste de 1911, y el Código Civil Alemán, sancionado en 1896 y vigente desde el 1º de enero de 1900.

1. La Confederación Helvética, de lejana prosapia, había adoptado en 1798 una Constitución cuyo art. 48 daba en formular, como la francesa de 1791 hiciéralo siete años antes, una alusión a planes de codificación de las leyes civiles. Su resultado inmediato fué el de acendramiento de colecciones existentes en la generalidad de *los cantones confederados*; cantones que habiendo comenzado por ser tres en 1291 y ocho en la centuria subsiguiente, llegaban a diez y nueve en 1803 y se rodeaban así de circunstancias dentro de las cuales comenzarían a germinar motivos de centralización. En 1874, habiendo aumentado los cantones hasta veintidós, un nuevo acto constitucional —consecuencia genuina de inconvenientes acumulados por conflictos derivados de la existencia, en un reducido espacio geográfico, de veintidós legislaciones diferentes— estableció en un movimiento inicial de generalización, que tanto las leyes de transacciones mobiliarias como el régimen de las actividades comerciales, en general, y cambiarias, en particular, quedaban *reservados a la competencia superior de los Poderes Públicos de la Confederación*. De ello surgió, en 1881, el Código Federal de las Obligaciones a que nos hemos referido más arriba, mientras su ratificación y reajuste, de 1911, habría de seguir de cerca al Código Civil Suizo sancionado en 1907, extensión de la experiencia iniciada en 1878.

2. Los Estados alemanes, donde las posibilidades de adhesión a corrientes codificadoras derivadas de los hechos de 1804, habían sido compensadas y aún excedidas por el movimiento y desarrollo de la Escuela Histórica que encabezaron Hugo, Puchta y Savigny, constituían un conjunto político-social de tonos característicamente abigarrados. Hacia los años 1870-71 en que dichos Estados, cediendo a estímulos de victoria, resolvieron

constituirse en Imperio Federal, algunos de ellos, como el de Mecklemburgo, el de Sajonia, el de Baden, el de Prusia y el de Baviera, contaban con códigos redactados en las precedentes décadas; otros, se regían por el "código civil de los franceses", promulgado como Código Napoleón; otros, por el código danés de 1683 o el austriaco de 1811; otros, en fin, por el derecho romano, en expresiones de prudente adecuación (O. de Meulenaere, *Code Civil Allemand et Loi d'Introduction*, París, 1897, pp. II y III). Los textos legislativos de los Estados Orientales circulaban en alemán; los de los países del centro, en latín y en griego; los de los países del Oeste, impresos en francés, reproducían el Código Napoleón, que únicamente en el Ducado de Baden se había hecho traducir a lengua germánica (*ibid.*). Era de esperar, entonces, que en las circunstancias que habían determinado estrechamiento de lazos y consecuente constitución de un Estado Federal regido por órganos que respecto de las entidades preexistentes habrían de asumir funciones totalizadoras, determinasen igualmente un movimiento hacia la coordinación de la legislación privada en un contexto general, condensación del derecho común. Una ley de 1873 pudo declarar, en efecto, que la codificación del derecho civil estaba comprendida entre los objetivos señalados por la Constitución de 1871, e inmediatamente se dió comienzo a los respectivos trabajos los cuales, al cabo de veinticinco años de iniciativas, ampliaciones, rectificaciones, modelación y depuración final, condujeron a la sanción de 1896, o sea al establecimiento, para todo el Imperio Federal, de un Código Civil que habría de quedar en vigor desde el 1º de enero de 1900: el Código Civil Alemán, del cual se creyó generalmente que llegaría a gravitar sobre el siglo XX como el código civil de los franceses había gravitado sobre el siglo XIX. El Código de 1804, inveterado e ilustre y de todos modos, *un código civil*, iba a ser confrontado con otro en que el rigor científico había sido apurado hasta sus últimos extremos y que era, también de todos modos, *otro código civil*; y de haber sido prudente dejarse guiar por impresiones iniciales, habría sido cosa de creer que las observaciones formuladas al respecto, según hemos visto, de uno y otro lado del Canal de la Mancha, no hubieran hecho mella en el lenguaje jurídico vigente. Pero las cosas cambiaban, en cierta medida por lo menos, cuando se entraba a determinar las materias abarcadas por el respectivo plan. Así, por ejemplo, las referentes a publicación,

aplicación y efectos de la ley, conocidas en Alemania desde tiempos remotos como cuestiones de competencia de cada Estado, *subsistieron tácitamente* como cuestiones privativas de esa jurisdicción. Las del vínculo de nacionalidad y, con ellas, las de los efectos de la ley en el espacio, o sea las de derecho internacional privado, fueron deferidas a una *Ley de Introducción* que quedaría integrada por 218 artículos y que, además de proveer al respectivo régimen jurídico, se hacía cargo de la regulación de conexiones de la legislación general con las legislaciones locales en términos que le permitían, sin perder su carácter de *Ley de Introducción sancionada en concomitancia con el Código Civil*, revestirse del carácter de *Ley de Introducción de las normas jurídicas del Imperio, en general*. La división interna del conjunto, efectuada en cinco libros, emprendía en el Primero de ellos, una importantísima generalización sobre personas, sobre cosas y sobre actos jurídicos, la cual generalización recae, por su naturaleza, sobre *elementos del derecho, en general*, y produce cuando menos la impresión de responder a una concepción dentro de la cual el Código Civil, ley común, *se conduciría como soporte de las demás leyes*. Los cuatro libros restantes, consagrados a “relaciones obligatorias”, a “derechos reales sobre las cosas”, a “derecho de familia” y a “sucesiones”, legislaron sobre las respectivas materias especiales no sin incorporar, por ejemplo, respecto de la responsabilidad civil, de la transferencia de deudas, de la posesión de las cosas, soluciones que impresionaron a los medios jurídicos europeo-americanos, como expresiones de una nueva orientación.

X.

M. Edouard Lambert, Director del Instituto de Derecho Comparado, de Lyon, en la Introducción de que hacía preceder (París, Giard, 1925) un noveno volumen que intitulaba *Les codes de la Russie Soviétique* (el tomo XIV, París, Giard, 1926, es complementario, y el XXIV, París, Giard, 1929, es de modificaciones), señalaba en tales códigos, sancionados en 1922, y por nuestra parte nos honramos en compartir la apreciación, la calidad de “monumentos de la misma naturaleza y de la misma destinación de aquellos que a comienzos del siglo XIX habían marcado, en Francia, el paso de las convulsiones revolucionarias a un nuevo orden social: más escuetos y menos fron-

dosos que los códigos napoleónicos pero extendidos, en cambio, sobre espacios de mayor amplitud". "Al lado de un código civil y de algo que, brevitatis causa, yo llamaría un Código de la Familia, de uno de Procedimientos, de uno Penal y de uno de Instrucción criminal —seguida diciendo ocupa posiciones una codificación del derecho obrero, del derecho agrario, del derecho de minas y de las normas concernientes a los trusts. Y si no aparece también un Código de Comercio es porque las instituciones comerciales que se consideran compatibles con el nuevo régimen han sido reglamentadas ya por el Código Civil, como ocurre con las sociedades en general, ya por disposiciones especiales, como ocurre con las ordenanzas de cambio y con los decretos sobre registro de comercio y de marcas de fábrica". El eminente Director del Instituto de Lyon, situado en puntos de vista diferentes del que por nuestra parte hemos adoptado, no pudo sentir necesidad de advertir que su abreviada expresión de *Código de la Familia* recaía sobre un conjunto integrado por leyes concernientes a las actas del estado civil, al matrimonio, a la relación filial, al parentesco, a la adopción y a la tutela; conjunto en cuya traducción había trabajado Jules Patouillet mencionado, sí, como digno colaborador del Instituto. A nosotros, entre tanto, el hecho nos interesa sobremanera, especialmente porque pone de manifiesto un cercenamiento de la noción corriente sobre *competencia de lo que suele denominarse legislación civil* y porque las leyes así reunidas han venido a caracterizarse como *leyes separadas; separadas como si constituyesen un residuo de lo que los órganos supremos de legislación soviética habían sancionado simultáneamente como Código Civil*. El Código Civil de las Repúblicas Soviéticas, de todos modos, fue vaciado en cuatro Libros: un Libro Primero con cincuenta y un artículos que formulaban principios fundamentales y establecían normas sobre personas, sobre bienes, sobre actos jurídicos y sobre prescripción; un Libro Segundo con cincuenta y cuatro artículos concernientes al régimen de los derechos reales; un Libro Tercero con trescientos diez artículos concernientes a las obligaciones y a los contratos; y un Libro Cuarto, con veinte artículos concernientes al derecho sucesorio. En suma, y siempre con prescindencia de los doscientos cuarenta y seis artículos del Código de la Familia, el Código Civil sancionado por el legislador soviético se componía de cuatrocientos treinta y cinco artículos. Sus textos, por otra parte, da-

ban la impresión de no corresponder a un contenido revolucionario proporcionado a las doctrinas en que el movimiento se inspiraba; y los más eminentes comparatistas se inclinaron a reconocer en ellos supervivencia de tradiciones nacionales y aún, a través de las mismas, de tradiciones romanizantes (René David, de la Universidad de París, *Tradición y revolución en el derecho civil soviético*: La Ley, de Buenos Aires, edición del 8 de marzo de 1949). Lo que no significaba que los promotores del movimiento no hubieran visto, en la transformación del derecho, uno de los más eficaces instrumentos de transformación social.

Así, aún a despecho de finalidades esenciales que a compás de los primeros episodios del estallido revolucionario parecieron señaladas con toda decisión, las sanciones de 1922 dejaron entrever gérmenes de reacción que la susceptibilidad exterior, no aleccionada hasta entonces por *guerras frías* ni por *paz fría*, se adelantaba a interpretar como establecimiento de un sistema de derecho y preludio de concierto universal. (John Hazard, *Le droit et l'évolution sociale en U.R.S.S.*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1953, pp. 241 a 254). En realidad, el programa económico de la revolución marxista, esencialmente encaminado a la supresión de la propiedad y por consiguiente a *cambiar hondamente la competencia de la legislación civil*, había resultado irrealizable dentro de la tremenda crisis causada por el estallido revolucionario; y la legislación de 1922 debió ser concebida, en esas circunstancias, como una diversión militar capaz de transformar el movimiento en retirada estratégica. Tal impresión se robustecía en presencia de la declaración inicial del nuevo código, cuyos términos establecían que "la ley *protege los derechos privados* siempre que no sean ejercidos contrariamente a sus fines económico y social" (subrayados, del A.).

De todos modos, la supuesta retirada estratégica pareció satisfecha de sus efectos hacia 1938, fecha de adopción del *primer plan quinquenal* y punto de partida de nuevas tendencias desfavorables al mantenimiento de la propiedad individual y por consiguiente a las nociones más generalizadas, en el Mundo de Occidente, sobre *competencia del derecho civil*. Los Manuales de Propaganda gubernamental, concebidos a imagen de lo que la jerga universitaria de otros países ha designado como *apuntes*, rehicieron totalmente las carátulas de que habían sido revestidos y las substituyeron por otras en que la clásica fór-

mula de *derecho civil* había sido reemplazada por expresiones que correspondían a un supuesto *derecho económico*. En la denominación de los respectivos cursos universitarios produjo una transformación equivalente: *derecho económico versus derecho civil*. Pero los empresarios del movimiento estaban enfrentando, mientras tanto, fuerzas fácilmente tornadizas. Y ocurrió, pues, que sin mostrar respeto alguno por los fueros del *tovarich* que capitaneaba a los juristas, el ritmo de la producción nacional, de indispensable mantenimiento a los fines del campaneado *plan*, decreciese peligrosamente y hubiera que optar, respecto de cierto tipo de colaboradores, por la introducción de estímulos que no podrían hallarse sino en la adjudicación de espléndidos salarios. Pero con ello no solamente quedaba consumado un cambio general de las posiciones originarias y abierto un claro espacio al principio según el cual el socialismo y la igualdad nada tendrían de común, sino que además —y esto es lo que interesa principalmente a nuestra exposición— la expresión *derecho civil* iba a ser rehabilitada y vuelta, pues, a las posiciones que ciertos agentes del Ministerio de la Verdad habían pretendido arrebatarse al redactar las eventuales carátulas de los *Manuales Económicos* (cfr. John Hazard, *op. cit.* pássim). En coincidencia con estos hechos las soluciones jurisprudenciales emanadas de los respectivos órganos de justicia, se mostraban empeñosas en la protección de derechos de propiedad que muy poco tiempo atrás habían dado la impresión de no hallarse suficientemente guarnecidos.

1. Ninguno de estos hechos es ajeno a la materia que tratamos, y la transformación que los determina se caracteriza, por su parte, respecto del orden jurídico todo entero, como una *cuestión fundamental*. Al establecer nuestras posiciones no habríamos podido prescindir de ellos. Pero tampoco podríamos abstenernos de hacer constar que no nos ha sido dado disponer al respecto sino de informaciones fragmentarias y, además de fragmentarias, condicionadas por diversas circunstancias. Un Comisario del Pueblo en el Departamento de Justicia declaraba en 1933 que *el sesenta por ciento de las disposiciones del Código Civil de 1922 era letra muerta* (B. Eliachevitch, ex-Profesor de la Universidad de Petrogrado, en *Le droit contractuel dans le système de droit soviétique*, *Revue Trimestrielle cit.*, 1938, pp. 403 a 421). “En cuanto a la doctrina —prosigue el

civilista ruso— hay ciertamente en Rusia Soviética obras científicas serias en las cuales aparece el derecho soviético acompañado de una construcción jurídica más o menos feliz. Pero *lo que falla en la doctrina soviética es la continuidad*. Durante el período de la NEP (Nueva Política Económica: 1921-28), las obras fueron numerosas. Pero cambios sobrevinientes en la política soviética dieron lugar a que sus autores fueran declarados, sin otro trámite, “profesores burgueses”, “representantes de la doctrina jurídica burguesa en el derecho soviético”. “El año 1930 fué para ellos año de penitencia” —prosigue Eliachevitch— “debieron reconocer sus errores, retractar sus teorías, desdeñarse de sus vistas. La función dirigente pasó entonces a juristas que se agruparon en derredor del Instituto de la Organización del Estado Soviético y del derecho profesado por la Academia Comunista. Los miembros de la Sección de Derecho Económico pertenecientes a este Instituto, publicaron en 1935-36 bajo la dirección de los Señores Pachoukanis, Guinsbourg y Dolzenko, una obra fundamental en dos volúmenes: *Curso de Derecho Económico Soviético*; la cual, adoptada por todas las escuelas de derecho, llegó a ser considerada con carácter poco menos que oficial. Pero en 1937 dichos sabios jurisconsultos corrieron a su turno la misma suerte de los anteriores: fueron tachados de zapadores del régimen soviético y sus doctrinas invalidadas como antimarxistas y antileninistas. Nuevamente estos profesores de derecho y sabios tratadistas debieron entonnar el *mea culpa* y reconocer públicamente sus virtuales heregías. En particular el Señor Pachoukanis, el más reputado teórico del marxismo y jefe incontestable de la escuela soviética de derecho, fué acusado de trotskista y contrarrevolucionario. El Procurador General Vichinsky al formular su requisitoria lo denunció como enemigo del Pueblo, y actualmente se ignora qué ha sido de él” (*ibid.*).

2. Dentro de esta dramática fugacidad hizo camino cierta tendencia a considerar que el rasgo dominante en el nuevo sistema se hallaba en el *plan quinquenal*: es decir, en un principio de organización y de dirección referidas al Poder Supremo: el Estado bajo la dominación del Proletariado. Pero aún cuando fuese así, no podría negarse que otras fuerzas ajenas al pregonado *plan* han sido decisivas en algunos de los bruscos cambios de dirección que han podido ser registrados; y ello ha ocu-

rrido señaladamente en materia de relaciones sexuales. En efecto, la ruptura de líneas de los años 1918 y siguientes había tenido como resultado, entre otros que igualmente repercutían sobre la organización de la familia, el *reconocimiento de los matrimonios de hecho*, oficialmente sancionado con fecha 16 de septiembre de 1935 por un pronunciamiento del Presidium del Tribunal Supremo de la R.S.F.S.R.; reconocimiento cuyo efecto inmediato hubo de traducirse en licenciamiento, o poco menos, de todos los oficiales públicos encargados de la celebración de matrimonios así liberados de sus tareas ordinarias. Nadie pareció inmutarse, desde luego, por el hecho de que holgaran los nombrados funcionarios. Pero al cabo de muy poco tiempo fueron tantas las madres abandonadas y los pequeñuelos hambrientos como para que se hiciese evidente, aún en los míopes, a dónde conduciría ese sistema de abolición de todas las formas legales en materia de celebración de matrimonios: hubo, pues, acompañado de estrepitosos anuncios en que alternaban subsidios a las madres, medallas a las múltiparas y guñadas a la gravedad, un *proceso de recuperación del derecho civil* acreditado por una serie de disposiciones tendientes al restablecimiento de las solemnidades del matrimonio, el cual volvió por consiguiente a celebrarse ante oficiales públicos investidos al efecto y a inscribirse en registros especiales. Decretos de 8 de julio de 1944 y ampliaciones de 1945 y 1946 lo dispusieron así (*Revue Internationale de Droit Comparé*, París, tomo II, 1950, pp. 347 y 348. Véase también, de M. Fridieff, *Le mariage et le divorce d'après la législation actuelle de la U.R.S.S.*; del Profesor sueco Gérard Simson, *Les transformations du droit européen du divorce depuis dix ans*, en la misma Revista, tomo I, 1949, pp. 23 a 38. En materia sucesoria, el del Profesor Paul Ossipow, *Le droit successoral soviétique; evolution et éléments*, *ibid.*, I, 1949, pp. 249 a 273, y también el del Profesor Tager, *Le régime successoral dans le droit soviétique*, en *Bulletin mensuel de la Société de Legislation Comparée*, París, 1926).

Cuando cesen las oscilaciones y crispaciones que han acompañado al gran movimiento legislativo cuyo esbozo hemos intentado, una de estas dos cosas tendrá que quedar firmemente establecida, a saber: o bien la *ineficiencia absoluta del derecho civil* y por consiguiente la de un código civil, o bien la *función relativa y necesariamente adecuada de sus principios y de sus disposiciones*. Este último orden de posibilidades sería alcan-

zado, cuando menos, por alguna de nuestras observaciones, y especialmente lo sería por las relacionadas con las clasificaciones de "Parte General" y "Parte Especial" que han tomado carta de naturaleza en códigos de gran predicamento.

XI.

Si existiera una superficie ideal privativamente deparada a la competencia del *derecho civil* sus fronteras no se identificarían, ya lo hemos visto, con las del *jus civitatis* de los conglomerados latinos; y si existiera un cuerpo de materias destinado a quedar comprendido dentro de los planes de la ley común que toma entre nosotros el nombre de *Código Civil*, tampoco podría decirse que ese cuerpo equivaliera esencialment al *Corpus Juris Civilis* redactado en las postrimerías del vasto Imperio Romano. En ambos casos apenas podría decirse que la semejanza de los nombres sólo corresponde exteriormente, y no siempre, a la contigüidad de los conceptos. Entre tanto (*supra*, V), el conjunto de leyes sucesivamente sancionadas por órganos legislativos de Francia y promulgadas el 21 de marzo de 1804 bajo el nombre de "código civil de los franceses", no salvó y no hubiera podido salvar las respectivas fronteras nacionales sino sostenido por todo el prestigio de que lo revestía su condición de monumento normativo elaborado dentro del recinto de una Revolución que al propagarse en las naciones limítrofes cambiaba la fisonomía de los Estados, enraizado en las bases de un Imperio Militar cuyas armas parecían invencibles. Si tal monumento había representado, pues, para la pujante Nación que durante siglos había sonado con él, un poderoso instrumento de regularidad y de orden, para los pueblos arrastrados al debate y contagiados de entusiasmo y de fervor debió representar algo así como *un hecho de inspiración que comenzaría por conquistarles adeptos y terminaría por manifestarse, virtualmente, como intangible*. Cundieron las simples adhesiones que fueron, por definición canónicas. Siguieron condicionadas asimilaciones que, no obstante mostrarse más cautelosas, respetaron, en general, las líneas y la concepción. Movimientos de reajuste como el patentizado en la propia legislación francesa hacia 1837, por un nuevo ordenamiento de la jurisdicción de casación y una moderada evolución hacia el restablecimiento del criterio judi-

cial, debieron ser cosa de la experiencia, como la experiencia cosa del vivir y del demandar justicia. Y parece muy natural siendo, además, muy legítimo, que los respectivos requerimientos se hayan hecho oír antes que en otros lugares en el que había sido teatro del movimiento inicial y a través de órganos tan caracterizados, según hemos visto, como las cátedras ilustradas por Marcadé, por Demolombe, por Demante. Entre tanto, la obra que en nuestra actualidad y al limitado objeto técnico que aquí nos proponemos parecería traernos un eco proporcionado, y de la misma naturaleza: *Vocabulaire juridique rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes, sous la direction de Henri Capitant* (Presses universitaires de France, Paris, 1936), ha definido el Código Civil por el Derecho Civil (p. 119), lo cual no está desprovisto de sencillez ni de claridad. Pero al ocuparse de tal *derecho civil* (p. 208) ha comenzado por señalar que su concepto varía según se le examine desde un punto de vista objetivo o desde un punto de vista subjetivo, para agregar todavía que desde el primero de ellos se percibe la posibilidad de considerarlo: a) ya en un sentido amplio y como *sinónimo de derecho privado* o sea (p. 215) en el de “conjunto de disposiciones que rigen las relaciones de los particulares entre sí o de los particulares con las colectividades públicas cuando éstas se expiden en las mismas condiciones que los particulares, *conjunto que incluye (!) el derecho civil*, el derecho comercial, el derecho procesal en materia civil y el derecho internacional privado” (la llamada es del A); “b) ya en un sentido estricto o sea como *parte fundamental del derecho privado* (cfr. *supra*, VI) en la cual se comprenden las reglas relativas al estado y capacidad de las personas, a la familia, al patrimonio, a la transmisión de los bienes, a los contratos y obligaciones” (p. 208 anteriormente citada. —Sería ocioso hacer notar que tal determinación de reglas coincide hondamente con las que en el código de 1804 aparecen como líneas específicas). “Desde el punto de vista subjetivo —sigue explicando el mencionado Vocabulario que, con estas palabras nos pone frente al meollo de las *declaraciones de derechos*— los *derechos civiles*, distintos de los derechos políticos, son los que pertenecen a todos los miembros de una Sociedad, sin distinción de edad ni de sexo ni aún de nacionalidad, como el de comprar, el de vender, el de poseer” (señalamos como dudoso que tales derechos, sancionados por constituciones americanas y por de-

claraciones internacionales como *derechos humanos*, sean esencialmente diferentes del de trabajar, del de transitar, del de conocer); "o son —reanuda el Vocabulario— los que con abstracción del derecho de gentes se niegan a veces a los extranjeros" (*ibid*).

Y bien. No habríamos podido desentendernos del auxilio que nos brindan estas transcripciones que nos han permitido comprobar, en primer término, cómo la inclusión en un código civil de los llamados *derechos civiles* —inclusión que nuestro Vélez Sarfield desechó motivadamente al elevar al Poder Ejecutivo los originales del Ante-Proyecto ulteriormente sancionado como código argentino— podría en cualquier momento recrudescer tomando como punto de apoyo el Título Preliminar del "código civil de los franceses"; y nos ha permitido cerciorarnos, de adhehala, que la indeterminación a que hemos venido refiriéndonos no ha cedido hasta el presente ni siquiera en una línea, aunque haya procurado, sí, refugiarse en tautologías tan flagrantes como la de *igualar el derecho civil con derecho privado y definir simultáneamente el derecho privado por el derecho civil*. Pero guardémonos de conclusiones desalentadoras, y en lugar de proseguir nuestra demostración "cualquiera que sea el significado de la expresión *derecho civil*" (cfr. Max Rheinstein, Profesor de la Universidad de Chicago, citado por Marcelo Finzi en *Didáctica y ciencia en el derecho comparado norteamericano*: La Ley, de Buenos Aires, edición del 7 de noviembre de 1946), volvamos a la idea de *derecho civil, categoría fundamental*, que nos cupo ya enunciar (*supra*, VI) y que el Vocabulario publicado bajo la autorizada dirección de Capitán parece confirmar. Tal categoría, pues, se afianza con los siguientes caracteres:

1º El de su oposición, por una parte, a determinada categoría formal, *la de derecho procesal*, incompletamente emancipada del código civil en las realizaciones legislativas, como lo demuestran acabadamente numerosos capítulos de todos los códigos civiles, y el de su oposición, por otra, a *eventuales categorías específicas* comúnmente representadas: a) por la del *derecho comercial*, susceptible de ser absorbido, como lo ha sido en Suiza, por un "código de las obligaciones" cuando nó de establecerse con tonos de superfetación como se estableció en la Argentina, donde un Código de Comercio fué adoptado antes de iniciarse la redacción del Ante-Proyecto de Código Civil; b)

por la del *derecho de los transportes*, ya terrestres, ya marítimos o aéreos, susceptibles, a su turno, de ser total o parcialmente absorbido por el Código de Comercio; c) por la del *derecho penal*, firmemente tipificado en cuanto a las acciones delictuosas de mayor intensidad pero susceptible igualmente de padecer absorción, tanto respecto de acciones nocivas y de limitadas proporciones, caracterizables en concepto de *faltas*, como respecto de medios coercitivos encaminados especialmente a la afirmación de las leyes fiscales y procesales, y caracterizables como *multas* (variedad particular en la jurisprudencia francesa: "les astreintes").

2º El de la acumulación, en ella, de los rasgos de un *derecho patrón* cuya teoría, correspondiéndose con las bases institucionales de todo el *derecho privado* se expande indefinidamente sobre una zona propia y paralela a la del *derecho público*, con la cual, entre tanto, establece y cultiva naturales e indestructibles conexiones. *El derecho civil es, así, distinto del derecho constitucional*, cuyas afirmaciones, no obstante, desarrolla; *distinto del derecho administrativo* alguna de cuyas ramas, la de la jurisdicción contenciosa, lo necesita indispensablemente, mientras alguna otra, la de la administración militar, se aleja de él con muy pocos miramientos. Aún las más divergentes, sin embargo, deben recurrir a sus principios básicos en lo referente a determinado orden de relaciones: en particular, a las relaciones de estado y capacidad de las personas; a las de representación voluntaria o necesaria; a las de formación, transferencia y extinción de vínculos obligatorios. El movimiento contemporáneo hacia la estatización de actividades económicas ordinariamente generalizadas como actividades individuales, repercute incesantemente sobre el volumen e intensidad de las mencionadas *relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo* como los ha demostrado en diversos países la reorganización de los ferrocarriles, la de las comunicaciones telegráfico-tefónicas, la de las industrias pesadas, la de los seguros y reaseguros, la de los cambios internacionales. En lo referente a concentración de trabajadores manuales y a sus modos característicos de acción, ella ha dependido principalmente de un cuerpo de leyes y de doctrina con muy frondosas ramazones, el cual cuerpo, con el nombre de *derecho del trabajo* y tendenciosamente inclinado hacia el campo del derecho público, no ha logrado hasta ahora ni podrá según parece lograr después, *emaniparse totalmente del código civil*.

3º El de la presencia constante de motivos que militan contra una especificación de contornos muy definidos y se refugian comúnmente en los repliegues de meras despreocupaciones técnicas. Esto se pone de manifiesto cada vez que se emprende una reforma y cada vez que se la pone en función: aunque las innovaciones hayan sido planteadas como especialidades del régimen del comercio, o de los transportes, o del trabajo, o de los seguros, o de la propiedad literaria, o de la propiedad industrial o comercial, *lo corriente es que las respectivas cuestiones de legislación o de doctrina sean abordadas como cuestiones de derecho civil y nada más* (Popoviliev, *Le droit civil transitoire ou intemporal: sa nature juridique, sa règle générale, et sa place dans la législation*: Revue Trimestrielle cit., tomo VII, 1908, pp. 461 a 507).

4º El de indispensable abroquelamiento contra motivos transversales incesantemente renovados. Doctrinas que avanzan con arrogancia e impaciencia proporcionadas a su consolidación insuficiente, cual sería el caso de las de *autonomía de un supuesto derecho fiscal*, y a las que suele agregarse la presión que resulta de investiduras otorgadas a determinada jurisdicción contenciosa —especialmente cuando tal jurisdicción queda habilitada para pronunciarse en conflictos que puedan surgir con motivo de la aplicación de leyes que establezcan obligaciones exigibles por el Fisco— tienden al allanamiento de toda especificidad cada vez que la extensión de los poderes de interpretación deferidos a flamantes tribunales administrativos los habilita para pronunciarse sobre el alcance y contenido de una norma de derecho común. Así, cuando un tribunal de esa especialidad sea llamado a pronunciarse, por ejemplo, sobre exigibilidad de determinado impuesto a los beneficios producidos por una sociedad comercial y surja, en el litigio, una cuestión sobre si la sociedad es o nó de capitales, es o nó mutualista y, por último, si es o nó una sociedad del tipo de las aludidas por la ley institutiva del respectivo gravamen, el reconocimiento de la competencia del tribunal para fijar en ese caso el estatuto entrañaría reconocimiento de competencia para *pronunciarse, juez administrativo, sobre una cuestión de derecho civil*. Idéntica necesidad de caracterización del respectivo estatuto podría presentarse en centenares de situaciones diferentes: en los de homologación de expensas que disminuyeran determinado acervo

sucesorio y repercutieran, pues, sobre la cuota de impuestos hereditarios; en los de convalidación de disposiciones de última voluntad cuyos términos podrían dar lugar a que determinados bienes relictos quedasen deferidos a heredero o pasaran a revisitar como bienes vacantes; en los de establecimiento de saldos en cuya composición deban entrar o no entrar valores de cambio internacional; en los de legitimidad o ilegitimidad de reconocimiento de obligaciones disminuidas por el transcurso del tiempo; en los de *adopción de reglas adecuadas para establecer directamente el monto de un impuesto y elípticamente la existencia o inexistencia de un derecho*. Ahora bien: si una ley impositiva alude claramente a relaciones jurídicas de caracterización corriente, la aplicación de sus disposiciones no suscitará otros problemas que los fiscales, razonablemente deferidos a la especial competencia del supuesto tribunal administrativo (Francois Géný, *Le particularisme du droit fiscal*, en *Revue Trimestrielle* cit., tomo XXX, 1931, pp. 797 a 834.— Cfr. L. Troabas, *Précis de science et de législation financière*, 2ª edición, Paris, 1931, Nos. 349 y sig.). Pero si la ley impositiva cambia los cuadros o incide en alguna medida sobre los elementos del respectivo contrato, nace con ello una posibilidad de interpretación que —si bien algunos autores no vacilan en atribuir a la competencia de los órganos autorizados para actuar como tribunal administrativo (L. Troabas, *op. cit.*, *loc. cit.*, y Nos. 344, 347, 415, 416, 459, 466)— creemos por nuestra parte que sería juicioso orientarlas hacia zonas de coordinación normales en todo ordenamiento jurídico. En todo caso, la jurisdicción extraordinaria, de casación, puede proporcionar medios eficaces para la protección de intereses generales. Medios eficaces para el mantenimiento de la unidad del derecho de fondo.

XII.

Y bien. Acumuladas además de las oposiciones y de las experiencias señaladas en párrafos precedentes, las que puedan resultar de especiales modalidades de la organización político-administrativa y también las que deriven de normas internacionales, *el concepto de derecho civil, categoría fundamental del derecho privado*, no ha hecho sino consolidarse tanto respecto de otras categorías integrantes del mismo derecho privado como

respecto del derecho público en general y de sus diversas ramas en particular; las cuales ramas, correlativamente impulsadas hacia análoga especificación, no hacen, a su turno, sino consolidarse también. Ello supondría desde luego, como hecho previo, uno de especificación del derecho privado por una parte y del derecho público por la otra; y tal hecho previo, ni concide con antecedentes expuestos en párrafos anteriores, ni parece destinado a recibir confirmación por parte de especialidades que clasificadas generalmente como ramas del derecho público ofrecen —tal es el caso del Derecho Penal— claros matices civiles, o traen del campo del derecho civil, donde se han bautizado como relaciones de trabajo, de asociación o, en general, de voluntad, resonancias que la intervención del Estado logra desvirtuar pero no extinguir. De donde resulta, pues, que lo fundamental de la categoría que el derecho civil logra reivindicar dentro del derecho privado no debe ser extendido a la generalidad de sus normales proyecciones, como tampoco a las manifestaciones secundarias de los respectivos institutos ni, en fin, a la multiplicación de las normas clásicas en otras normas que no posean ya, a primera vista, la misma condición fundamental.

Desde otro punto de vista, y para completar las observaciones formuladas, ha de reconocerse que los hechos en que se apoya semejante *concepción del derecho civil* no son exactamente los hechos en que podría apoyarse la *definición de un código civil*. Un código civil deberá alcanzar, sí, hasta donde lo consientan las actividades jurídicas de la nación que lo promulgue, *una estructura en que tengan parte, de una manera general, las materias que revistan, dentro del derecho privado, el carácter fundamental reconocido al derecho civil según lo expuesto en párrafos anteriores*. Pero otras especificaciones que podrían ser denominadas secundarias nos han habituado a la autonomía formal de ciertas especialidades que, como la del derecho comercial está en condiciones de regresar sin mayores inconvenientes al conjunto originario, con lo cual no haría otra cosa que seguir el camino abierto por el Código Federal Suizo de las Obligaciones; o como la del régimen de las minas, que las antiguas Leyes de Brehón incluían en el derecho común (*supra*, II); o como la de los transportes aéreos, cuyas características son tan accesibles a la reglamentación por el Código de Comercio como hayan podido serlo, en su tiempo, las de los transportes terrestres y las de los transportes marítimos. Promulgaciones efectuadas por

la U.R.S.S., en 1922, hicieron que en esa Nación el derecho de familia se desprendiera del cuerpo general de la ley común. Y en cuanto a la legislación del trabajo que, desde un punto de vista técnico no hace sino reglamentar contratos y caracterizar obligaciones, no tiene, para mantenerse fuera del Código Civil, argumento más valedero que el de su propia inestabilidad, ni obstáculo más poderoso que el de la necesidad de adecuar su tono al de las austeras exigencias de la juridicidad: triunfante la Dictadura del Proletariado, si llegara a triunfar alguna vez, la materia sobre que recae dicha legislación cobraría, aún a despecho de otras de derecho público y de derecho privado, verdadero carácter constitucional. *El Código Civil, augusto repositorio de los principios y de las normas liminares del derecho privado, atrae teóricamente, pues, hacia su ámbito, las respectivas teorías especiales y las incorpora, o nó, a su economía, según lo aconseje, o nó, un conjunto de motivos que se combinan eventualmente de acuerdo con circunstancias históricas, con realidades geológicas, con requerimientos económicos, con planes de transformación, con motivos de restauración, debiendo anotarse, como hecho común a todas estas combinaciones, el de la presencia de instituciones básicas y consolidadas, en el devenir de los siglos, con la existencia del hombre y el desarrollo de la Sociedad.*

Considerado exclusivamente desde el punto de vista de su contenido, *el código civil por excelencia* es tan solo una abstracción. La realidad, por consiguiente, no ha podido otorgárnoslo. Nos ha dado solamente *códigos civiles*.
