

LA PERMANENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS E IBEROAMERICANOS¹

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Direito Romano (Universidade de Vigo, Espanha)
sdefdo@uvigo.es

Sumário: Introducción. I.- Antecedentes históricos del movimiento codificador. 1.1. Labor de los humanistas durante el Renacimiento. 1.2 Siglo de las Luces. Derecho natural. II.- Las codificaciones: el retraso de la codificación en España y Alemania. III.- Las codificaciones iberoamericanas: influjo del Proyecto español de 1851. Conclusión.

Resumen: El Derecho Romano está presente en los distintos sistemas jurídicos aunque con diferente intensidad. En consecuencia, el derecho inglés tampoco dejó de percibir la influencia del romano e, incluso, está más cerca del *modus operandi* de éste que el de los países que se rigen por códigos. Por su parte, los codificadores iberoamericanos utilizaron como guía de su nueva legislación al Derecho Romano.

Palabras clave: Sistemas Jurídicos. *Common Law*. Codificación.

INTRODUCCIÓN

Una primera clasificación de los sistemas jurídicos de características occidentales obliga a distinguir entre los que se encuentran expuestos fundamentalmente en forma de códigos y los que se acomodan al sistema del *Common Law* (sistema anglonorteamericano). El Derecho romano está en algún modo presente en los diversos sistemas jurídicos, aunque necesariamente con distinta intensidad, según la mayor o menor preponderancia del derecho nacional y la diversidad de concepciones ideológicas que han inspirado y determinado la evolución particular de cada sistema jurídico. Tampoco el derecho inglés dejó de percibir la influencia del romano y, en todo caso, está más cerca del *modus operandi* de éste que el de los países que se rigen por medio de códigos. Así pues, no es tanta la separación entre estas dos esferas del derecho para que haya un abismo entre ellas. Aunque el canal, llamado inglés por los británicos, separa a la Isla del resto de Europa, sirve también de gran vía de comunicación. La nave del Derecho romano lo surca incesantemente y desde hace siglos impide que se cree un abismo entre estas dos grandes culturas jurídicas. Nunca conviene olvidar que las diferencias entre ambos sistemas inciden con más fuerza sobre los aspectos formales. El espíritu del derecho inglés y el de los ordenamientos herederos de Roma mantienen, en el fondo, muchas más relaciones que los aspectos exteriores de ambos mundos del derecho².

1 El presente trabajo, enriquecido con el aparato crítico, constituye el texto completo de la ponencia presentada en la X Semana FA7 de Direito em Homenagem ao Prof. Dr. Agerson Tabosa Pinto sobre “A presença do Direito romano no direito contemporâneo” Fortaleza (Brasil), del 29 al 31 de agosto de 2011.

2 RODRÍGUEZ ENNES, L., “La recepción del Derecho romano en Inglaterra”, en Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Granada, 1995) p. 203.

La génesis del fenómeno de las modernas codificaciones arranca propiamente de las llevadas a cabo a principios del siglo XIX por los estados autoritarios europeos, siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria; especialmente por lo que al Derecho romano se refiere, fue el Código civil francés el que provocó por primera vez un colapso radical en el estudio del Derecho romano, que desde entonces no podía ya presentarse como útil para la práctica, es decir, en la forma del *mos italicus*. Este mismo fenómeno iba a producirse necesariamente en todos aquellos países que durante el siglo XIX fueron recogiendo su derecho en forma de códigos, imitando el de Napoleón que, a su vez, recogía la tradición romanística anterior, en la forma que le habían dado los juristas-prácticos de fines del siglo XVIII³. El Código Napoleón influyó poderosamente en el italiano de 1865 y en el proyecto español de 1851, el cual, como veremos, tuvo, a su vez, amplia repercusión en numerosos códigos civiles de los recientes estados iberoamericanos⁴.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR

1.1.- Labor de los humanistas durante el Renacimiento.

El Renacimiento, al fortalecer la labor individual y poner la base del concepto moderno de ciencia –lo cual significaba no guiarse ya por la mera autoridad que impone unas conductas o unas verdades– hizo posible una aproximación nueva a los textos, acentuando el sentir histórico y la actitud crítica. En este momento histórico, juristas formados en el latín y el griego comienzan a criticar los textos del digesto, iniciándose así la crítica histórica. Se logra una nueva actitud, sobre todo a través de la escuela humanista francesa –por lo que se denomina *mos galicus*, en contraposición al *mos italicus*– y empieza a hacerse crítica textual viendo alteraciones en la hasta entonces intangible obra de Justiniano.

Esta nueva actitud ante el texto justinianeo tiene destacados cultivadores, sobre todo en Francia, dado que la oposición de la Iglesia católica al humanismo jurídico había empujado a sus representantes hacia el protestantismo y fue en el país vecino donde encontraron un clima de tolerancia. A partir del siglo XVII, la jurisprudencia humanista fue conocida bajo el nombre de Escuela *de culti* o de Jurisprudencia elegante⁵. Entre los humanistas más importantes de la escuela francesa se encuentran Cuyacio y Donello. Las persecuciones contra los hugonotes provocaron la huida de los *culti* a Holanda, destacando Vinnio, Voet y, sobre todo, Grocio unánimemente reconocido como uno de los progenitores del moderno derecho natural. Por lo que respecta a Alemania, el humanismo jurídico penetra al socaire de la recepción del Derecho romano en el siglo XVI dando lugar al *usus modernus pandectarum*, germen de la Escuela Histórica del XVIII y la Pandectística del XIX⁶. En acertado decir de Cannata, el *usus modernus* supo armonizar las tendencias filológicas, históricas y sistemáticas de la jurisprudencia elegante con las preocupaciones prácticas de los juristas alemanes preocupados de obtener un equilibrio entre el derecho común y los derechos locales⁷.

1.2- Siglo de las Luces. Derecho natural

El siglo XVIII es un período de equilibrio que se extiende entre dos grandes convulsiones que han sacudido y agitado la Europa de la modernidad. La primera sacudida proviene de las denominadas “Guerras de religión” que asolaron a Europa a lo largo de casi dos centurias

3 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanística en la cultura jurídica europea (Madrid, 1992) p. 84.

4 RODRÍGUEZ ENNES, L., “Florencio García Goyena y el proceso codificador iberoamericano”, en AHDE 76 (2006) p. 705-727.

5 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “La dimensión político cultural del humanismo jurídico”, en SCDR (2000) p. 69 ss.

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano⁷ (Madrid, 2004) p. 248 ss.

7 CANNATA, C. A., Historia de la Ciencia Jurídica Europea, trad. Esp. Gutiérrez Masson (Madrid, 1996) p. 162.

y cuyo término cabe situar a fines del XVII. La segunda está representada por las “guerras revolucionarias” que desde su eclosión a partir de las revoluciones americana (1776) y francesa (1789) van a ir removiendo Europa hasta poner punto final –mediado el siglo XX– al colonialismo. En medio de estos dos períodos agitados por la guerra se extiende el siglo XVIII como una etapa de equilibrio, ciertamente no con ausencia total de enfrentamientos bélicos, en el que cristaliza una utopía soñada por muchos de los más conocidos e ilustres pensadores de la época⁸. En 1784 contestaba Kant a la pregunta ¿Qué es la Ilustración? Con una reflexión sobre el uso libre de la razón que había emancipado al hombre de las antiguas creencias⁹. Esta razón, la misma que en el Renacimiento desarrollara un espíritu humanista enfrentado al teológico medieval, sería la base de una nueva cultura forjada en esencia en la baja modernidad, a partir de una revolución metodológica que transformó el conocimiento humano haciéndolo crítico y experimental¹⁰.

Este nuevo método empírico hecho de orden y precisión, desarrollado por el pensamiento matemático y geométrico del siglo XVII, fue puesto por último al servicio de las ciencias del hombre y de la naturaleza¹¹. Así, a fines del siglo XVII, la física newtoniana, partiendo de hechos probados, fija las leyes de la naturaleza superando el racionalismo abstracto cartesiano¹², por esa misma época Locke redacta en sendos tratados un nuevo código de política moderna y de entendimiento humano con sus virtudes de tolerancia, beneficencia y humanidad¹³; y en las Universidades de Heidelberg, Halle, Gotinga, autores como Puffendorf, Wolff o Heineccius, aplicando la sola razón al conocimiento del Derecho natural, acabaron por desligar la ley humana de la divina¹⁴.

La razón, convertida en arma de la nueva cultura, se hace crítica y universal, enfrentándose a una concepción del mundo profundamente marcada por más de mil años de cristianismo. Como si de una onda laica del espíritu libertario de la Reforma se tratase, esta razón, como apuntaba Leibniz, proviene de un norte germánico capaz de adoctrinar a un mundo latino que apenas transmite otra luz que la tenue de la tradición¹⁵. De ella nace una nueva civilización que por oposición a una presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los renacentistas se conoce en todas partes con el nombre de Ilustración o las Luces, en oposición a los “Siglos Oscuros”. “En saliendo de Europa todo se nos figura barbarie” dirá Feijóo consciente de que la luz sólo se ha posado sobre el continente europeo¹⁶.

8 FLOREZ, M., *La filosofía en la Europa de la Ilustración* (Madrid, 1998) p. 9.

9 KANT, E., *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* (Berlín 1784); cfr. *Was ist Aufklärung. Thesen und Definitionem* (Stuttgart, 1978).

10 HALL, C., *The Scientific Revolution 1500-1800* (Boston, 1956); KOYRE, A., *From the closed world to the infinite universe* (trad. esp. Madrid, 1979).

11 HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII* (trad. esp. Julián Marías, Madrid, 1958); HILL, *The century of the revolution 1603-1714* (Londres, 1961); PENNINGTON, Ch. *Europa en el siglo XVII* (Madrid, 1973).

12 NEWTON, I., *Philosophie naturalis principia mathematica* (Londres, 1687, trad. esp. F. Rada, Madrid, 1987): “Toda la dificultad de la filosofía parece consistir en que a partir de los fenómenos del movimiento, investiguen las fuerzas de la naturaleza y después, desde estas fuerzas, demostraremos el resto de los fenómenos” (Prefacio).

13 LOCKE, J., *Essay of human understanding* (Londres, 1690). Su divulgación europea vino propiciada por su traducción francesa *Essai philosophique concernant l’entendement humain* (trad. de P. Coste, Amsterdam, 1729). Como señala RODRÍGUEZ ARANDA en su prólogo a la trad. esp. (Madrid, 1987) p. 6: “La influencia de Locke en España fue muy profunda. En todo el tiempo transcurrido desde Feijoo hasta Martí de Eixalá no hay un solo filósofo que no acuse su huella”.

14 THOMASIIUS, Ch., *Fundamenta iuris naturae et gentium* (Halle-Leipzig, 1705); WOLFF, J. Ch., *Elementa mathematicae universae* Halle-Magdeburgo, 1703-1715); *Philosophie rationalis, sive logica* (Frankfurt-Leipzig, 1728); *Gesammelte Werke Zweite Abteilung: Lateinische Schriften* (Hildesheim-Nueva York, 1969); HEINECCIUS, J. G., *Elementa Philosophie rationalis et moralis* (Frankfurt del Oder, 1728); *Elementa iuris nature et gentium* (Halle, 1738)-Madrid, 1776); BOBBIO, N., *Il diritto naturale nel secolo XVIII* (Turín, 1947).

15 CORONAS GONZÁLEZ, S., “El pensamiento jurídico de la Ilustración en España”, en *Historia del pensamiento jurídico*, Tomás de Montagut (ed.) (Barcelona, 1999) p. 155.

16 SÁNCHEZ AGESTA, L., “España y Europa en el pensamiento español del siglo XVIII”, en *Cuadernos de la Cátedra Feijoo 2* (Oviedo, 1995) p. 3.

El siglo XVIII se caracteriza por elevar a la razón a la categoría de suprema deidad lo que, obviamente, va a enfrentarlo con la religión, la filosofía y el derecho imperantes. Al derecho se le aplica el mismo método que a la investigación científica, se rompe también aquí con el viejo sistema deductivo, se descompone la realidad hasta sus últimos elementos y por el camino del análisis se reconstruye el viejo edificio social. Cuando Leibniz declara que la ciencia del derecho pertenece a las disciplinas que no dependen de experiencias sino de definiciones, no de hechos, sino de demostraciones rigurosamente lógicas, asimilaba el derecho a la aritmética pura porque lo que ésta nos enseña sobre la naturaleza de los números y sus relaciones implica una realidad eterna y necesaria¹⁷. Así lo hicieron Grocio y Puffendorf, y así cobra sentido la expresión del primero según la cual el derecho natural podría constituirse y tener validez *etsi Deus non daretur*¹⁸. A partir de entonces, la legislación positiva deja de ser considerada participación en la ley eterna divina y se convierte en una reflexión sobre la naturaleza humana. Esta tendencia secularizada de concebir al derecho triunfa en la Europa ilustrada donde la relación entre los individuos y entre el derecho es contemplada a la luz de la “naturaleza del hombre”.

Estas mentes claras, iluminadas “por las luces de la razón”, no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que éste debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto. Todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la vieja “jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido sobre bases iusnaturalistas y racionales¹⁹. La doctrina basada en el *ius commune*, que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común del quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fue combatida desde distintos ángulos de tiro en el “Siglo de las Luces”²⁰.

En la ciencia del derecho, el siglo de la Ilustración consagra el triunfo de la doctrina del derecho natural. Que el derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico del XVIII se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Esta corriente antirromanista enlazaba con la idea del derecho popular –propia del iusnaturalismo- al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales, que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas. Durante la primera mitad del siglo XVIII, los iusnaturalistas emiten sobre el derecho romano juicios y opiniones que, por su acrimonia, recuerdan la crítica del humanismo sobre el *mos italicus*. Este ambiente hostil provoca que el interés hacia el derecho romano descienda y que los espíritus se orienten hacia el derecho natural y hacia las reformas humanitarias del derecho penal²¹.

Como fenómeno europeo, el derecho natural parece ser el enemigo del derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad sólo en parte muy pequeña. El derecho natural – como derecho de profesores que era – no podía eliminar el derecho de juristas, y sólo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abomi-

17 RODRÍGUEZ ENNES, L., Acotaciones histórico-jurídicas al Siglo de las Luces (Madrid, 2010) p. 27-28.

18 LASSIDER, E., La filosofía de la Ilustración 3 (México, 1997) p. 264.

19 TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia del Derecho Español 2 (Madrid, 1980) p. 383.

20 WIEACKER, F., Historia del derecho privado de la Edad Moderna, trad. esp. Fernández Jardón (Madrid, 1957) p. 197 ss.; THOMANN, A. P., “Influence du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l’Encyclopedie et le pensée politique et iuridique du XVII e siècle français », en APLD 13 (1968) p. 234 ss. ; con la literatura citada en la nota 1 de la pág. 235 ; COING, H., « Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform », en JAWG (1970) P. 34 SS. ; id., « L’insegnamento della giurisprudenza nell’epoca dell’Illuminismo », en L’Educazione giuridica. Il profili storici (Perugia, 1970) p. 140 ss.

21 Sobre el tema, vid. nuestro: “El antirromanismo ilustrado”, en SDHI 74 (2008) p. 663-688, con abundante literatura al respecto.

naron del derecho romano, pero con acierto afirma Koschaker que “tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a los que no debe concederse mucha importancia”²². Los iusnaturalistas, sobre todo sus más eximios representantes como Grocio o Puffendorf, fueron no sólo profundos conocedores del derecho romano, sino también amigos suyos.

2 LAS CODIFICACIONES: EL RETRASO DE LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA Y ALEMANIA

La codificación es, sin duda, uno de los fenómenos históricos más complejos de la evolución jurídica. Codificar es llegar a un grado de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone siglos de variedad legislativa, desorden en la aplicación de las normas, fuertes corrientes filosóficas subyacentes, servicio a una ideología política muy definida y pugna doctrinal, en algunos momentos de gran crudeza²³. Código no designa cualquier libro que recoja y elabore reglas jurídicas. Indica, más cumplidamente, un libro que aspira además a la plenitud. En el fondo podría decirse que la aspiración a la plenitud es funcional al deseo del Código de imponerse, de dominar. El Código siempre históricamente ha sido llamado a realizar la función unificadora, que se nos aparece como el corolario de las aspiración a la plenitud. La codificación, pues, ha cumplido la función de unificar, suprimiendo fraccionamientos, subdivisiones, pluralidad de situaciones²⁴. Unificar indica, después, también una operación que se desarrolla en un ámbito geográfico o territorial, dirigida a suprimir las fuentes jurídicas locales y sustituirlas por una regla única y uniforme de acuerdo con los postulados del iusnaturalismo.

La aspiración a un derecho unitario, materializado en un código, responde a una convergencia de intereses políticos y económicos²⁵. Los ejemplos italiano y alemán nos ilustran claramente que, conforme a las aspiraciones de los economistas, la unificación del derecho privado se presentaba como la última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional –ya unificado a nivel económico por la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercancías- ahora pudiese finalmente comenzar a funcionar como mercado. Ello queda corroborado por el hecho de que la codificación mercantil –que persigue la uniformidad de los negocios y de las transacciones comerciales- se anticipe en más de medio siglo a la civil²⁶.

España llegó a las vísperas de la codificación muy mal preparada, sin haber pasado por las etapas que vivieron otros países de la Europa continental y que fueron para ellos bases remotas o inmediatas de sus respectivos procesos codificadores. España es un país que no vivió la reforma protestante; que degolló inquisitorialmente un naciente y ortodoxo erasmismo; que atravesó con más amargura que triunfos un siglo de claroscuros, el barroco siglo XVII, lleno de

22 KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. esp. Santa Cruz Teigeiro (Madrid, 1955) p. 358.

23 ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, en *Centenario del Código civil* (Madrid, 1990) p. 17.

24 Vid., CLAVERO, B., *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid, 1982).

25 PIO CARONI, *Lecciones catalanas sobre la codificación* (Madrid, 1996) p. 26.

26 RODRÍGUEZ ENNES, L., “Proceso histórico de formación del Derecho civil de Galicia”, en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 5 (1996) p. 251 ss. En decir de GÓMEZ DE ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado* (Madrid, 1962) p. 451 ss.: el Código tiene desde la Ilustración una doble dimensión. Por su contenido, en cuanto que el derecho codificado es fruto de una unión natural que es patrimonio común de todos los hombres, el Código tiene vocación universal utópica y acrónica. Pero el ámbito de su vigencia viene deslindado por el espacio hasta donde alcanza el poder político que ha propuesto; el Código es así consustancial con un Estado nacional hasta el punto de erigirse en instrumento poderoso para contribuir a la construcción o al fortalecimiento de la unidad nacional en cuanto permite superar el particularismo jurídico y lo sustituye por un sistema normativo unitario y coherente.

glorias literarias y artísticas, pero asimismo repleto de derrotas militares y miseria cotidiana; un país que entró en la centuria de la Ilustración europea con muy escasas energías intelectuales carente de raíces propias y sin ser apenas capaz de romper su ignorante aislamiento. Por eso, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos Códigos ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España yacía pasiva en profundo letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado²⁷ y ajeno a los nuevos aires doctrinales derivados del iusnaturalismo racionalista, desconocido por nuestros juristas y legisladores²⁸.

Tomás y Valiente ha señalado que la codificación civil española fue la “larga historia de una frustración”. Sin duda fue una larga marcha, un proceso que parecía no llegar a su fin. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código civil era una sociedad incompleta, coja, mal construida. El mismo autor ha declarado que el Código civil no se hizo antes “porque cuando se quiso no se supo y cuando se supo no se quiso”²⁹. A diferencia de lo sucedido en Francia, donde el *Code civil* precedió a los demás, el Código civil no sólo no abrió en España el proceso codificador, sino que constituyó su último capítulo. Es así ciertamente curioso que aquí llegara a codificarse antes el Derecho adjetivo o procesal civil, que el sustantivo al que aquél debiera adaptarse. Retraso todavía más grave aún si tenemos en cuenta que nuestros ilustrados sintieron vivamente el ideal codificador desde el siglo XVIII³⁰. Tal anomalía suele ser explicada por varias causas. El no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la revolución liberal (el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona) ocupa un lugar prevalente³¹, la cuestión, indudablemente muy sugestiva sobrepasa el tema objeto de nuestro análisis, empero siempre quedará la duda de por qué triunfó el *Code Napoléon*, apenas iniciada la paz burguesa, o los Códigos italiano de 1865 o portugués de 1867 en países con tantos residuos feudales como el nuestro.

Los intentos de planificación legislativa por medio de códigos habían encontrado serias resistencias en Alemania debido al carácter federativo de la Confederación Germánica, hasta la fundación del Imperio por Bismarck, y aún en este estado federativo a duras penas pudo ser impuesta por el liberalismo nacional. La codificación del derecho civil alemán no se logra, en efecto, hasta 1900, fecha de entrada en vigor del B. G.B., fruto de la labor de sistematización jurídica de los últimos períodos de la Ciencia Pandectística, y representativo del estado unitario

27 Las Recopilaciones están muy lejos de lograr un Cuerpo Legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de contornos inconfundibles (Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador”, cit., p. 18).

28 CLAVERO, B., La idea de Código en la Ilustración jurídica, Historia, Instituciones, Documentos (1978) p. 49-88.

29 TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia, cit., p. 536.

30 En este sentido, FEDERICO DE CASTRO escribe: “El ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII; está en los proyectos de Ensenada, en el antirromanismo de Macanaz, en la petición de leyes derivadas de principios racionales de Jovellanos y en todo el deseo reformista del Setecientos” [Derecho civil de España I (Madrid, 1955) p. 194].

31 MALUQUER DE MOTES, C., ha escrito un importante trabajo dedicado a probar que la Codificación es el resultado final de un largo proceso, que o podía cerrarse hasta haber obtenido la total transformación de la propiedad y haber alcanzado el conjunto de los derechos individuales. Es menester la transformación de la propiedad de la tierra, que pierda sus elementos feudales y se haga libre, absoluta e individual, una vez desvinculada y desamortizada; que se despatrimonialicen las propiedades especiales (v. gr. aguas) y se consolida la propiedad adquirida (en particular el dominio de los inmuebles mediante la institución del Registro de la Propiedad); que se reconozcan las libertades individuales reconocidas por la Revolución liberal de 1868, una vez desarrollada la Constitución de 1869, y si la Codificación y Constitución no pueden llevar un rumbo distinto, la Codificación se alcanzará con las transformaciones de la propiedad en la esfera de la sociedad, y de los derechos de la persona en la esfera individual [“La codificación civil en España, síntesis de un proceso”, en RDP (1981) p. 1083-1101].

creado por Bismarck con el apoyo de la clase burguesa que, bajo la influencia francesa, había ido creando con anterioridad un propio Derecho de carácter unitario y había orientado hacia el espíritu francés las reformas de la administración de justicia³².

Aunque la comisión redactora –entre cuyos miembros destacaba el ilustre romanista Windscheid– inició sus trabajos en 1874, el código no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1900. El ilusorio deseo, típico del positivismo legalista, de pretender la regulación completa de la realidad social, obligó a los redactores del BGB a utilizar formulaciones abstractas y teóricas; su carácter excesivamente dogmático y técnico le dotaba de poca claridad y de difícil comprensión; su desconexión con la realidad social, que a fines de siglo estaba en plena crisis, hizo que quedara anticuado en la misma fecha de su entrada en vigor. En Alemania se recibió el B.G.B., por ello, con notable desinterés; en cambio, tuvo un gran influjo en muchos países, pues, como trabajo de juristas, el Código civil era una obra maestra, y entonces la más moderna de la Ciencia jurídica europea. Así, en Europa y en todo el mundo, el B.G.B. llegó a alcanzar un prestigio similar al francés, pues, después de todo, estaba tras él el prestigio adquirido hasta entonces por la Ciencia Pandectística. De este modo, el Código civil alemán, juntamente con el Código civil suizo (1912), influyeron en las codificaciones de numerosos países que configuraron su legislación civil durante el presente siglo, y también en las de otros que habían seguido las líneas anteriormente trazadas por el Code Napoléon, llegando a tener repercusiones en la propia Francia y en la misma Inglaterra. Una vez más, por tanto, el Derecho romano expande su influjo por el mundo entero, y lo hace, como en la época de la Recepción, mediante la actitud científica del *mos italicus*³³.

El influjo del Derecho romano llegó también a los sistemas jurídicos de los países que durante el pasado siglo configuraron su organización política sobre bases socialistas y ahí permanece pese a los profundos cambios socio-políticos que tuvieron lugar tras la caída del Muro de Berlín. Se comprueba aquí, de nuevo, la escasa permeabilidad del Derecho privado a las transformaciones políticas, lección que se deriva también del estudio de las instituciones romanas bajo los distintos regímenes políticos que en Roma se sucedieron.

3 LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS: INFLUJO DEL PROYECTO ESPAÑOL DEL 1851³⁴

Todo el mundo parece convenir en que la codificación marca un hito dentro de la historia jurídica de Europa continental y de América hispana. Pero todavía resulta difícil precisar en qué consiste exactamente su significación. Hasta ahora se la ha buscado más que nada en los propios códigos, esto es, en los textos mismos. Al hacerlo, se ha partido más o menos inconscientemente, del supuesto de que ellos mostrarían una ruptura del derecho anterior. Pero los resultados han sido más bien decepcionantes. El contenido de estos cuerpos legales no resultó tan novedoso como se creía.

Hoy sabemos –que pese a las críticas al derecho anterior– los autores de los grandes códigos europeos permanecieron en lo sustancial fieles al derecho romano. Conspicuos conocedores del mismo, se guardan de romper con él. Otro tanto sucede con los grandes códigos de derecho castellano o portugués: el penal brasileño de 1830 y el español de 1848, el civil de Chile, de Argentina o de Brasil y, en general, con los de procedimiento. Sus autores no se proponen hacer una obra original. Tampoco copian un modelo extranjero. Su labor consiste primordialmente en recoger y reformular el derecho castellano o portugués vigente hasta entonces. Con todo, el

32 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanista, cit., p. 114 ss.

33 CANNATA, C. A., Historia de la ciencia jurídica europea, cit., p. 206 ss.

34 En este apartado, reproducimos básicamente ideas expuestas en nuestro “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, cit., p. 705 ss.

tratarse de códigos civiles redactados casi en su totalidad por un solo autor –Bello, Teixeira de Freitas, García Goyena o Vélez Sarsfield- denota que la época disponía de grandes juristas para acometer tales empresas legislativas.

En lo que ha señalado Alamiro de Ávila a propósito del código chileno: “el código no salió de la mente del codificador, sino que existía con anterioridad y era válido en toda América española”³⁵. Ahí está la clave para entender el hecho, a primera vista inesperado, de que en el área jurídica castellano-portuguesa estos códigos de derecho nacional sean adoptados por países distintos de aquel en que se produjeron. Es decir, sucede con el derecho algo similar a lo que con la lengua. Con variantes el derecho y la lengua de Castilla prevalecen en toda la América española. En el terreno jurídico las variantes son mínimas y la similitud con el derecho portugués es muy marcada. Así se explica que una codificación penal hecha en Brasil en 1830 sirva de base a la española de 1848 y ésta, a su vez, se difunda en el resto de Iberoamérica³⁶.

Como se ve, la codificación estuvo lejos de destruir esta comunidad jurídica. El derecho que se codifica en los distintos países es, en último término, el mismo. La crítica ilustrada contra él no parece haberle hecho demasiada mella. Antes bien, la investigación indica que no debe sobrevalorársela. Tiene mucho de tópico, hasta el punto de que se repiten, a veces literalmente, expresiones con que Justiniano, en su tiempo –más de un milenio antes de la codificación- fundamentara la labor de los redactores de su *Corpus Iuris*³⁷. Por otro lado, estas mismas expresiones podrían aplicarse muy bien hoy al propio derecho codificado, a la vuelta de dos siglos de vigencia.

¿Cómo llegaron las ideas iluministas europeas a Iberoamérica? Se ha hablado -con cierta dosis de exageración sin duda- de los barcos de la Ilustración que transportaban al mismo tiempo que los productos, los libros, las noticias y las ideas de la Europa culta³⁸. Con todo, en América, como en España, y más aún que en España, lo que se entendía como Ilustración sólo tenía una relación lejana con el movimiento enciclopedista francés. Se trataba, no de “aplantar lo infame”, sino de elevar el nivel cultural de la población permaneciendo fieles, en lo esencial, al catolicismo tradicional, al que sólo se procuró adaptar a las exigencias del mundo moderno: menos metafísica y más física. La obra del padre Feijóo, divulgador de talento, parece haber sido mucho más meditada y leída que la de Rousseau³⁹.

El movimiento de la Ilustración llegó a América a través de España, merced a aquellos funcionarios tan criticados a los que, a partir de 1765, se les encargó modernizar las colonias⁴⁰. La mayor parte de ellos eran hombres bien preparados para su misión y estaban animados por un espíritu nuevo. Llegaron a hacer fructificar el territorio, a sacarlo de su letargo y a conducirlo por la vía del progreso. Los obispos nombrados por España tenían los mismos propósitos. Bajo el

35 ÁVILA MARTEL, A., “La enseñanza del derecho romano en Chile (desde sus orígenes hasta el siglo XIX), en *Romanitas* (1971) p. 99, nt. 31.

36 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”, en *REHJ* 9 (1984) p. 54 ss.

37 GUZMÁN BRITO, A., Andrés Bello codificador (Santiago de Chile, 1982) p. 135, nt. 2.1

38 En torno al tema, vid.: RAMÓN DE BASTERRA, Los navíos de la Ilustración, cit. en MAEZTU, Defensa de la Hispanidad 4 (Madrid, 1941) p. 39-40.

39 Como ha apuntado MARAVALL J. A.: “Feijoo no es sólo un tema español, sino tema común a todo el área de la cultura en lengua española. En América Feijoo ocupa la misma posición y desempeña el mismo papel que en la Península. Es leído e influye como ningún otro en el pensamiento del siglo XVIII y el carácter polémico de su obra es paralelo en ambos lados del Océano, dando lugar a campañas semejantes y trayendo consecuencias similares a la penetración del pensamiento moderno” [Cfr. “Feijoo, el europeo, desde América”, en *Revista de Occidente* año II (2ª época) nº 21, diciembre de 1964, p. 349=Estudios de la Historia del Pensamiento Español (siglo XVIII) (Madrid, 1991) p. 573 -citamos por esta últ.-]. Más bibliografía sobre el tema en ARDAO, La filosofía polémica de Feijoo (Buenos Aires, 1962).

40 GONZALO ANES, La Corona la América del Siglo de las Luces (Madrid, 1994) p. 15 ss.

impulso de unos y otros, se fundaron sociedades patrióticas de acuerdo con el modelo de las que ya funcionaban en la metrópoli con el fin de desarrollar la instrucción pública, la agricultura y el comercio; se abrieron bibliotecas públicas a partir de las confiscadas a la Compañía de Jesús; se crearon imprentas allí donde aún no había y se alentó la publicación de periódicos y revistas para difundir las Luces. Por doquier, se hizo un esfuerzo por reducir el peso de las disciplinas tradicionales -teología, metafísica, Derecho romano⁴¹- y por introducir materias nuevas -matemáticas, física, ciencias naturales, jurisprudencia, Derecho natural-.

No cabe duda, pues, que las ideas codificadoras penetraron en Iberoamérica al socaire de los vientos ilustradores. Empero, conviene precisar que el objetivo propio de la Codificación no es el cambio sustancial del Derecho. La Codificación, por tanto, no es sinónimo de innovación jurídica; lo es en cuanto a los modos de conservación, manifestación y fijación del Derecho y en cuanto a su estructura; pero no en cuanto a su contenido, pues los Códigos son también el reflejo del derecho tradicional por el que se ha regido un determinado pueblo a lo largo de su historia, y ello sin perjuicio de dar acogida a nuevas instituciones, o a otras preexistentes, ahora convenientemente reformadas. Derecho que se ofrece sistematizado, conciso y “racionalizado” a través de un nuevo lenguaje, sin duda para descubrir y corregir las deficiencias de que adolecía el Derecho del Antiguo Régimen⁴².

Alcanzado este punto en nuestro *iter* expositivo, debemos preguntarnos acerca de la existencia o no de una solución de continuidad en la vigencia del derecho hispano, tras la independencia de las antiguas colonias. Ante todo, es necesario constatar un fenómeno -que es consecuencia de la psicología de toda colonia que se libera: en el primer momento al socaire del ardor de la lucha por la emancipación, se generan enconos que impulsan a cortar todo vínculo con el país colonizador⁴³. Esta actitud se refleja netamente en los países que se apresuraron a codificar su Derecho civil, como Bolivia, que procuraron volver las espaldas a la tradición jurídica de la metrópoli, y así vemos que el Código civil de Bolivia, sancionado en 1831, es una

41 “¿Qué nos importa el derecho de los antiguos romanos?, exclamaba el Obispo de Quito, Pérez Calama; es más útil conocer la legislación de España y de las Indias”. Un sacerdote mexicano llevó esa preocupación utilitaria hasta la caricatura: “para el común de los mortales -escribió- la manera de cocer una hogaza de pan o de preparar una lechuga es mucho más importante que todas las ediciones que se podrían hacer de Virgilio, de Horacio y de otros poetas delicados”. Referencias tomadas de JOSEPH PÉREZ, *Historia de España* (Barcelona, 1999) p. 364.

42 A este respecto, cumple señalar que, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos códigos, ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España yacía pasiva en profundo y mortífero letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado. Las Recopilaciones están muy lejos de lograr un Cuerpo legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de proporcionalidad, en las que no existe una impronta nacional de contornos inconfundibles (Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Ideal codificador”, cit., p. 18). La Novísima Recopilación, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código civil napoleónico. No extraña, por tanto, que MARTÍNEZ MARINA la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas” [Cfr. Juicio crítico de la Novísima recopilación (Madrid, 1820)].

43 Como acaeció en los Estados Unidos. Allí, los sentimientos hostiles se reservaron a Inglaterra. Con la independencia política recientemente lograda se imponía y generalizaba la idea de un derecho americano autóctono. Escritores y magistrados atacarían el Common Law que, después de haber constituido el baluarte de las libertades públicas contra el absolutismo real... aparecerá ahora como una institución monárquica y aristocrática. El ideal republicano y el sentimiento del derecho nacional favorecía, de otro lado, la idea de codificación. Tres estados prohibieron por ley la cita de decisiones inglesas posteriores al Independence Day -4 de julio de 1776-. El territorio de Nueva Orleans, adoptó códigos similares a los franceses. Bentham ofreció en 1811 sus servicios al presidente Madison para redactar un código para los EE.UU. [Cfr. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. esp. Joan Vergé (Barcelona, 1988) p. 49 ss.].

simple traducción del Código civil francés⁴⁴. Con posterioridad a la Independencia, a pesar de las Constituciones y de los Códigos, la vigencia de muchas leyes españolas se perpetúa a través de los años por simple inercia. Basta, por ejemplo, con abrir el Código civil argentino y releer las notas que Vélez Sarsfield colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las leyes de Partida, que el codificador argentino conocía perfectamente y manejaba con soltura, no sólo porque las estudió en la Universidad de Córdoba, sino también porque en el ejercicio diario de la profesión debía aplicarlas. Menciona también la Novísima Recopilación, pese a que -según las opiniones más autorizadas- no llegó a tener vigencia en el Virreinato del Río de la Plata, y cita igualmente normas de carácter especial como las Reales cédulas para América e incluso la más moderna legislación española contemporánea como la Ley Hipotecaria de 1861⁴⁵.

Por su parte, el culto que Andrés Bello profesó al Derecho romano, del que dejó tantos testimonios impresos, no dejó de proyectarse en el *Código civil*, su obra jurídica impresa. Para Bello, en ese Derecho estaba el origen de la legislación civil moderna; en consecuencia, su estudio servía para entenderla en profundidad. Si se trataba de formar una nueva legislación, el Derecho romano habría de servir necesariamente de guía. Así, fue el plan de las *Institutiones* de Justiniano el que presidió muy cercanamente la organización sistemática de su Código. En las notas al articulado de su “Proyecto de 1853” cita diversos fragmentos del Digesto. Por otro lado, justo es decir que el romanismo llegó al *Código* indirectamente por la vía de las *Siete Partidas*⁴⁶. Lo mismo sucedía con la influencia de la doctrina; la apertura a otras influencias europeas ultra pirenaicas, no sólo había comenzado en los años coloniales -como hemos tenido ocasión de apuntar- sino que, en parte, venía encauzada por la propia doctrina española de los siglos XVIII y XIX⁴⁷.

A mayor abundamiento, cuando las naciones americanas se independizan de la Corona de España, conservan durante mucho tiempo en vigencia el Derecho español, o por lo menos lo hacen hasta que se logra la consolidación política de los gobiernos nacionales y, ya despreocupados de la lucha por la emancipación, pueden dedicar sus esfuerzos a la tarea de la renovación legislativa y dictarse sus propios códigos⁴⁸.

Los países hispanoamericanos, excepto Bolivia, participaron en la codificación conjuntamente con España y Portugal. No se limitaron, pues, a recibir códigos europeos o de corte europeo como, por ejemplo, Japón, Siam o Turquía, sino que realizaron también su propia codificación. Esta codificación hispanoamericana forma una unidad con la codificación española y portuguesa y conjuntamente con ella está ligada doblemente a la europea. Por una parte, recae sobre un derecho europeo vigente en América y, por tanto, es similar a la codificación europea y, por otra parte, recoge y aprovecha la experiencia de la primera fase de esa codificación. No estamos, pues, ante un caso de dependencia cultural, sino de comunidad cultural entre Europa e Iberoamérica⁴⁹. Ello nos debe conducir indefectiblemente a rechazar, por superficial, la *communis opinio* de la trascendencia de la influencia del *Code Napoléon*, como punto de partida para el

44 TERRAZAS TORRES, C., Estudio preliminar al Código civil de Bolivia (Madrid, 1959) p. 9 ss.

45 MOISSET DE ESPANÉS, L., “Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)”, en RDP 46 (1972) p. 600.

46 Cfr. GUZMÁN BRITO, A., Vida y Obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista (Pamplona, 2008) p. 90 ss.]

47 DE LOS MOZOS, J. L., “Algunos aspectos de la influencia hispanoamericana en el Código civil de Andrés Bello”, en RGLJ 77 (1978) p. 450, donde añade en nt. 50: “De la obra de Juan SALA, Ilustración del Derecho Real de España, que tuvo una gran difusión a comienzos del siglo XIX, sobre todo como libro escolar, se siguen haciendo numerosas ediciones, pero las posteriores se encuentran en América, o desde allí se promueven, yendo adicionadas con apéndices de las legislaciones de Chile, Méjico y Venezuela”.

48 MOISSET DE ESPANÉS, L., “Derecho civil español y americano”, cit., p. 599.

49 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la Codificación europea y la Hispanoamericana”, en REHJ 9 (Valparaíso-Chile, 1984) p. 51.

estudio de los sistemas jurídicos latino-americanos⁵⁰. En punto a la trascendencia o significación de la influencia francesa, cabe constar un evidente paralelismo entre la codificación en América Latina y el *Code civil* de 1865, puesto que tanto las jóvenes repúblicas americanas, como la Italia del *Risorgimento* ven en el *Code civil* la consagración de los ideales de su independencia. Pero este dato, por lo que respecta a América Latina, no se puede supervalorar de tal manera que se desconozca, allí donde subsista, la “continuidad” de la tradición jurídica anterior, de origen ibérico, sea castellana o portuguesa⁵¹.

4 LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS

Entre las vías de conocimiento de las codificaciones europeas en España, Portugal e Iberoamérica, merece especial mención la obra de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, publicada en 1840⁵², cuya traducción española apareció en 1843 y fue reeditada en 1847⁵³. En ella se contienen en columnas paralelas los tres grandes códigos: ALR, ABGB y *Code civil*, junto con otros ocho: Dos Sicilias, Luisiana, Cerdeña, Cantón de Vaud en Suiza y Holanda. Saint-Joseph es, además, autor de una obra similar, que también fue utilizada por los codificadores portugueses e iberoamericanos⁵⁴.

Durante la mitad del siglo XIX, al socaire de los influjos independentistas, los modelos más seguidos fueron los *Cinq codes* franceses, hasta tal punto que los primeros códigos civiles en los países de derecho castellano y portugués fueron -con más o menos adaptaciones- meras traducciones del *Code Napoléon*⁵⁵. Como acertadamente observa Baró Pazos: “los primeros intentos codificadores de todos estos países tuvieron como modelos los códigos franceses, los únicos que en los momentos iniciales de la independencia se habían consolidado como cuerpos legales completos y homogéneos”⁵⁶. En Latinoamérica el influjo de la Revolución Francesa caló hondo, y aprovechando los avatares de la Guerra de la Independencia española, se sirviera de las realizaciones galas en el campo del derecho para dar cauce a sus ansias emancipadoras. Desde esta perspectiva, las codificaciones del derecho privado y las constituciones -en lo que respecta al derecho público de los distintos países latinoamericanos- se utilizan como instrumentos formales de

50 Sobre esta cuestión, vid.: VALLARD, M., *Le droit latino-américain* (París, 1954); RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Visión de conjunto del derecho de América Latina”, en RGLJ (Madrid, 1960), CASTÁN VÁZQUEZ, J., M., “El sistema jurídico iberoamericano”, en REP 157 (1968) p. 209 ss.; “El sistema de derecho privado iberoamericano”, en Estudios Castán 6 (Pamplona, 1969) p. 157 ss.

51 DE LOS MOZOS, J. L., “Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano”, en RDP 60 (1976) p. 777.

52 SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon* (París, 1840) 4 vols.

53 VERLANGA-MUÑIZ, M., *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (Madrid, 1842), 2ª ed. (Madrid, 1847).

54 SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et les codes de commerce français* (París, 1851).

55 Esto sucedió en Santo Domingo, donde en 1825, bajo la dominación haitiana se promulgaron los *Cinq codes*, que traducidos y con algunas modificaciones siguen vigentes [Cfr. MEJÍA RICART, G., *Historia General del Derecho o Historia del Derecho Dominicano* (Santiago, República Dominicana, 1943)]. Poco después -entre 1827 y 1829 se adoptó en Oaxaca, un estado mexicano, un código civil que no es sino una versión castellana del *Code civil*. Pero tuvo una vigencia efímera [Vid., al respecto, *Código para el gobierno del Estado Libre de Oajaca* (Oajaca, 1829)]. Hay una reedición de los tres libros en ORTIZ-URQUIDI, S., *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana* (México, 1974). En cambio el de Bolivia, como es sabido también traducción del francés, rigió por más de un siglo [Cfr. TERRAZAS TORRES, C., *Estudio preliminar al Código civil de Bolivia* (Madrid, 1959) p. 9 ss]. El de Costa Rica, similar al anterior, incluido dentro del *Código General de 1841*, rigió casi medio siglo, hasta 1888 [Cfr. *Código General de la República de Costa Rica, 1841* (Nueva York, 1858). Consta de tres partes: materia civil, materia penal y materia de procedimientos judiciales]. Vid., al respecto, BEECHE JUJÁN-FOURNIER JIMÉNEZ, *Estudio preliminar a Código Civil de Costa Rica* (Madrid, 1962)].

56 BARÓ PAZOS, J., *La codificación*, cit., p. 152.

ruptura con la metrópoli⁵⁷, pero sin que ello suponga una completa quiebra en la tradición jurídica de estos países, que mantienen una cierta continuidad con el derecho histórico. Lo ordinario, pues, en Iberoamérica fue la elaboración de códigos propios, es decir, basados en el derecho castellano o portugués hasta entonces en vigor, hasta tal punto que, como se ha afirmado por Bravo Lira, “la codificación hispanoamericana es más fiel al derecho castellano o portugués que la española o portuguesa”⁵⁸. Pretender explicar este hecho nos llevaría muy lejos. Por eso aquí cabe recordar que, después de todo Brasil y Chile son, precisamente, los dos Estados sucesores de la monarquía portuguesa o española que primero lograron consolidarse bajo una forma nacional, en tanto que Portugal y España debieran soportar guerras civiles miguelistas o carlistas y un largo período de inestabilidad⁵⁹. Por otra parte, el fenómeno es más amplio. Como es sabido, en las poblaciones fundadas en lejanos territorios prende fácilmente una tendencia arcaizante. Así se observa que con la lengua ocurre algo similar a lo que acaece con el derecho. El castellano y el portugués hablados en Iberoamérica mantienen vivos giros y locuciones desaparecidas mucho tiempo atrás, incluso siglos ha, en Castilla o Portugal.

El Proyecto de García Goyena, que por las circunstancias antedichas, había resultado inviable, se convirtió, en cambio, en una de las principales fuentes utilizadas por los codificadores americanos. Es lugar común considerar al Código civil chileno como el gran código latinoamericano⁶⁰. Fue redactado en 1855⁶¹ y promulgado el 14 de diciembre de ese mismo año, entró en vigor el 1 de enero de 1857⁶². Se debe a Andrés Bello, humanista, lingüista y gran jurista que constituye, al propio tiempo, una de las más egregias figuras de la lengua y el derecho castellano en el siglo XIX⁶³. Este Código civil de Chile, obra cumbre de la codificación iberoamericana, tuvo una asombrosa difusión. Con mínimas modificaciones fue adoptado por Colombia y El Salvador a partir de 1860, Ecuador en 1861, Nicaragua en 1871, Honduras desde 1880 y Panamá desde 1917⁶⁴. Además, influyó en la codificación de otros países iberoamericanos como Uruguay⁶⁵,

57 DE LOS MOZOS, J. L., “Algunos aspectos de la influencia”, cit., p. 452-454.

58 BRAVO LIRA, B., “Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”, en REHJ 9 (1984) p. 63.

59 El primero en hacerlo notar, hace casi cincuenta años, fue el ilustre iushistoriador luso BRAGA DA CRUZ, G., “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro” en Revista da Faculdade de Direito 50 (Sao Paulo, 1955).

60 BRAVO LIRA, B., con harta expresivas palabras afirma: “En cuanto cuerpo ordenado, sistemático y completo de derechos patrio o nacional, purgado de las contradicciones, vacíos y defectos de las antiguas leyes, el código de Bello fue, en su época, la más cabal realización del ideal codificador común a los países de derecho castellano y portugués. Por su rigor, sistematización y por su difusión puede compararse al Code civil francés o al ABGB austriaco” (Cfr. “Relaciones entre la codificación”, cit., p. 59 y 63).

61 Al parecer los trabajos de redacción fueron ya iniciados en 1831. Sobre esto, vid. LIRA URQUIETA, P., El Código civil chileno y su época (Santiago de Chile, 1957); GUZMÁN BRITO, A., “Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena”, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 7 (1978) p. 601-646; BRAVO LIRA, B., “La Codificación en Chile (1811-1907) dentro del marco de la Codificación europea e hispanoamericana”, en REHJ 12 (1987-88) p. 51-109.

62 Utilizó la edición Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico por Gumersindo de Azcárate (Madrid, 1981).

63 Sobre ANDRÉS BELLO, venezolano de nacimiento, pero chileno de adopción, existe una inmensa bibliografía, incrementada hace unos años con motivo de la celebración del bicentenario de su nacimiento; de ahí que nos limitemos a constatar las obras más significativas: AMUSÁTEGUI, A., Vida de Don Andrés Bello (Caracas, 1950); CALDERA, R., Andrés Bello (Caracas, 1950); ÁVILA MARTEL, A., Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obra (Santiago, 1981); GUZMÁN BRITO, Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y Codificación del derecho civil en Chile (Santiago, 1982); MURILLO RIBERA, F., Andrés Bello, historia de una vida y de una obra (Caracas, 1986).

64 BRAVO LIRA, B., “Difusión del Código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués”, en Andrés Bello y el Derecho latinoamericano (Caracas, 1987) p. 343-373=REHJ 9 (1984) p. 51-64.

65 NARVAJA, T., Notas y concordancias del Código Civil de la República Oriental, escritas por el autor del mismo código (Montevideo, 1910); NIN y SILVA, C., Código Civil de la República Oriental del Uruguay (Montevideo, 1958).

Argentina⁶⁶ y Paraguay⁶⁷; siendo también utilizado por Teixeira de Freitas como una de las fuentes de su *Esboço* o Proyecto de Código civil brasileño⁶⁸. ¿Cuaés fueron las fuentes que utilizó Andrés Bello? Ante todo, debemos poner de manifiesto su condición de buen romanista, lo que le permitió dotar a su Código de una continuidad tradicional en lo que respecta al derecho vigente la Ultramar a través del derecho de la metrópoli⁶⁹. De los Mozos ha observado igualmente que el Código de Bello constituye “un notable factor de continuidad de la tradición romanista en la América Latina”⁷⁰. Su tiempo de exilio en Londres iniciado en 1810, y que duró hasta 1829, le permitió conocer el derecho europeo y seguir de cerca las consecuencias en el orden jurídico de la Revolución Francesa, plasmadas fundamentalmente en el *Code* de 1804..

Finalmente, el conocimiento puntual que este ilustre jurista tenía de la labor codificadora que se realizaba en España al tiempo de la confección de su Código civil (1831-1855), que se refleja en el influjo que tuvieron el Proyecto de 1851 y la obra de García Goyena en el código chileno⁷¹. Es sabido que Bello recibió el proyecto isabelino a tiempo de tenerlo en cuenta en sus trabajos⁷². Con todo, harto probada tal influencia, no deja de sorprendernos la parca consideración que le merece al propio Bello. La explicación a esta insuficiente ponderación podría obedecer a que las circunstancias políticas de la época no le inducen a ello y sí a destacar los influjos procedentes del derecho francés o inglés. Empero, la civilística chilena contemporánea reconoce sin ambages la importante aportación del proyecto isabelino. A título ejemplificativo, basta con traer a colación las palabras de Lira Urquieta cuando afirma: “los autores de nuestro Código civil -se refiere al chileno- tuvieron un texto completo y modernizado con el cual comparar su trabajo, y texto doblemente útil pues reunió a la síntesis de la vieja legislación española los adelantos de la Codificación francesa y europea”⁷³. Por todo ello se puede convenir con Gumersindo de Azcárate, que “El código chileno, al no traducir literalmente el código napoleónico, sino que teniendo a la vista ese y otros tomando como punto de partida el derecho común español, hasta entonces allí

66 RISOLIA, M.A., Andrés Bello y el código civil de Chile. Su influencia en la intelectualidad y la legislación argentinas (Buenos Aires, 1974).

67 Ley de 19 de agosto de 1875.

68 TEIXEIRA DE FREITAS, A., Código civil, Esboço, 4 vol. (Río de Janeiro 1860-65).

69 Sobre la influencia romanística en la obra de Bello, vid. PACHECO GÓMEZ, M., La Universidad de Chile (Santiago, 1953) p. 38-47. Según VERA, E., las fuentes que utilizó Andrés Bello fueron los Códigos de Napoleón, Austria, Luisiana y la “sabia legislación romana y española” [Cfr. Código Civil de la República de Chile, I (Santiago, 1982) p. VII y VIII].

70 DE LOS MOZOS, J. L., “Perspectivas y métodos para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano”, en RDP (1976) p. 778.

71 La afinidad entre el Proyecto de 1851 y el Código de Andrés Bello se manifiesta a través de las Concordancias de García Goyena, conocidas en el otro lado del Atlántico a poco de su publicación en España. Su difusión, según CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., se vió favorecida por el éxito que alcanzó el Febrero reformado, en su edición preparada precisamente por el jurista navarro y Joaquín Aguirre en 1841 [Cfr. “La influencia de García Goyena en las Codificaciones Americanas”, en Homenaje a Juan Roca (Murcia, 1983) p. 156].

72 El hecho lo explica muy bien el civilista chileno LIRA URQUIETA, P., con estas palabras: “En los años que precedieron a la redacción definitiva de nuestro Código Civil, llegó una espléndida obra española que prestó inapreciables servicios: fue el Proyecto de Código Civil español de García Goyena. A este libro no se le dio en España la resonancia debida. Aparecido en 1852, como fruto de los trabajos codificadores de la Comisión de Juristas que presidía don Florencio García Goyena, llegó a Chile pocos meses después y alcanzó a ser utilizado en el llamado Proyecto de 1853 y en el Proyecto de 1855. Presentaba este libro una ventaja inapreciable que no podían dar las obras españolas restantes, como las de Escriche o Eugenio de Tapia: se tomaban en cuenta no únicamente las leyes castellanas y los fueros, sino también las recientes leyes europeas. Se trataba de un esfuerzo de adaptación encomiable. Es posible que el Proyecto fuera considerado en la Península como algo muy avanzado, y por esa causa se le dejó en la penumbra, más lo cierto es que influyó mucho, y ventajosamente, en el Código Civil chileno” [Cfr. “Estudio preliminar” de la ed. del Código civil de Chile del Instituto de Cultura Hispánica (Madrid, 1961) p. 11-12].

73 LIRA URQUIETA, P., Andrés Bello (México, 1948) p. 98.

vigente, lleva impreso un sello de originalidad que le envidiaron algunos de los hechos recientemente en la culta y vieja Europa⁷⁴.

La codificación argentina es también obra personal de otro insigne jurista, de elevada talla intelectual, Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código civil aprobado el 25 de septiembre de 1869, aunque su puesta en vigor se pospuso hasta el día 1 de enero de 1871⁷⁵. El código argentino es deudor de un conjunto heterogéneo de influencias. Destacan los Códigos de Bello y el napoleónico como las obras principales que utilizó Vélez en su redacción⁷⁶. Rige en Paraguay⁷⁷. Con todo, la influencia de la tradición española es menos acusada que en el código chileno, pero no es del todo punto inexistente. Basta, por ejemplo, abrir el Código civil argentino, y releer las *Notas* que Vélez Sarsfield colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las Leyes de Partida, a la Novísima Recopilación, a las Reales Cédulas para América⁷⁸. Por lo que hace al Proyecto de García Goyena, sabemos que lo tenía en su biblioteca, como se advierte en el catálogo de esta publicado por la Universidad argentina de Córdoba, y lo citó numerosas veces en sus *Notas* al Código⁷⁹. De hecho emplea una técnica similar a la del autor del proyecto isabelino acompañando su obra con notas explicativas de los motivos y concordancias de los preceptos que proponía, y que son muy útiles para conocer las fuentes y sentido de los mismos. En alguna ocasión, se aprecian también en las concordancias las mismas erratas⁸⁰. Con todo, la influencia del Proyecto del Señor Goyena, como lo cita Vélez Sarsfield, queda paladinamente clara⁸¹.

En México, la literatura jurídica española alcanzó una importante difusión, a través fundamentalmente del *Febrero* y de las *Instituciones* de Sala. Esta doctrina española se recoge en el primer “código” que se realiza en este país en un intento de facilitar el conocimiento del derecho vigente y que se denominó “Pandectas Hispano Mexicanas”⁸². Empero, el primer proyecto verdaderamente digno de ser calificado como precursor de un código fue el elaborado en 1860 por el jurista Justo Sierra⁸³, en el que se denota una influencia palma-

74 GUMERSINDO DE AZCÁRATE, Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico (Madrid, 1881) p. VII.

75 Sobre la codificación del derecho argentino es imprescindible la monografía debida a TAU ANZOÁTEGUI, V., La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad e ideas jurídicas (Buenos Aires) 1977.

76 Como apunta MUSTAPICH, J. M., “La influencia del Derecho civil francés fue extraordinaria... De los dos mil doscientos ochenta y dos artículos de que consta el Código de Napoleón, la mitad ha sido reproducido en el Código argentino y ciento cuarenta y nueve han sido copiados... Añadamos que a veces se corrigen conceptualmente los modelos” [Cfr. Estudio preliminar del Código civil de la República Argentina (Madrid, 1960) p. 18].

77 MOISSET DE ESPANÉS, L., Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay y la del Código civil argentino (Córdoba-Argentina, 1968).

78 Ibidem, “Derecho español y americano”, cit., p. 600.

79 CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez y Sarsfield”, en Estudios de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda (Buenos Aires, 1984) p. 73-83.

80 A este respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., señala que en el artículo 1446 del Proyecto español de 1851 y en el artículo 1390 del Código argentino, se cita en ambos el Código holandés con la misma equivocación en el número del artículo [Cfr. “El Anteproyecto del Código civil español”, en Centenario de la Ley del Notariado I (Madrid, 1965) p. 36, nt. 110].

81 Vid. Oficio de remisión del Proyecto del libro primero del Código civil argentino, nota elevada por Dalmacio Vélez Sarsfield al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor don Eduardo Costa, el 21 de junio de 1865, donde expresa, al hacer referencia a las fuentes consultadas: “... Me he servido principalmente del Proyecto de Código civil para España del señor Goyena”.

82 El autor de la obra fue JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ SAN MIGUEL y el título -un tanto pomposo-: Pandectas Hispano-Mexicanas, o sea Código general comprensivo de las leyes útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación, Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Boloña, y cédulas posteriores hasta el 1820, con exclusión de las totalmente inútiles, de las repetidas y de las expresamente derogadas, dos volúmenes; el 1º en México, 1839; el 2º también en México, 1840.

83 Proyecto de un Código Civil mexicano formado por orden del Supremo Gobierno (México, 1861). Este Código estuvo vigente en el Estado de Veracruz. Para su estudio, cfr. CAZA DAFOUR, F., “La Codificación civil en México 1821-1884”, en Revista de Investigaciones Jurídicas 9 (México, 1985).

ria de nuestro Proyecto isabelino. En efecto, como demostró Batiza⁸⁴ de los 2.124 artículos que integraban el Proyecto Sierra, cerca de 2.000 provenían en forma literal o con literal del Proyecto español de 1851, y 58 se tomaron de las *Concordancias* de Goyena. Más tarde, el Código civil del Imperio Mexicano tuvo entre las fuentes utilizadas por los redactores el Proyecto de Goyena y las *Concordancias*⁸⁵. Restaurada la forma de estado republicana, se aprueba un nuevo Código civil en 1870 que -en decir de Castán Tobeñas- “acusa destacadamente la influencia del Código portugués y del Proyecto español de 1851 a los cuales frecuentemente transcribe”⁸⁶. El Código civil de 1870 fue sustituido por el aprobado en 31 de marzo de 1884 pero, como apunta Peña Bernaldo de Quirós⁸⁷ fue aquél y no éste el que nuestros codificadores tuvieron presente.

El Código civil uruguayo aprobado el 23 de enero de 1868, utilizó -según la Exposición de Motivos de la Comisión que lo dictaminó- además del Proyecto de Código civil de Acevedo de 1852 y otras fuentes, “el del Señor Goyena”⁸⁸. En Brasil sucedió con la codificación civil algo parecido a lo que ocurrió en Alemania. De momento no se quiso alterar el derecho vigente y por eso se aplazó su codificación. Brasil, vinculado política y culturalmente a Portugal es más deudor de su derecho que del español, pero no por eso ha de renunciarse a admitir algunos influjos del Proyecto de García Goyena⁸⁹. Como preparatoria de la labor codificadora, el máximo impulsor de la codificación brasileña Teixeira de Freitas⁹⁰, compuso una *Consolidação das leis civis*⁹¹ en 1857 que fue seguida de un *Esboço de Código Civil*, que quedó inconcluso⁹², pero influyó junto con los códigos portugueses, francés y alemán, el articulado del Código vigente de 1916⁹³.

84 BATIZA, R., Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano (México, 1982) p. 168 ss.

85 Ibid. p. 178. Vid., también, GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, M. R., “Notas para el estudio del proceso de Codificación en México (1821-1824)”, en Libro de Centenario del Código civil (México, 1978) p. 95 ss.

86 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, común y foral I 1 (Madrid, 1962) p. 160.

87 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., El Anteproyecto del Código civil español, cit., p. 35, nt. 107.

88 Cfr. NIN Y SILVA, C., Código Civil de la República Oriental de Uruguay (Montevideo, 1925) p. VIII:

89 Tales influencias penetraron en Brasil fundamentalmente a través del Código civil portugués, a cuya génesis vamos a referirnos brevemente. Por Decreto de 8 de agosto de 1850 fue encargado A.L. DE SEABRA de elaborar el Código civil y terminó sus tareas en 1859. Presentado al Gobierno el Proyecto de Seabra, se nombró una Comisión para su revisión. Por Ley de 1 de junio de 1867 se dispuso que el Código entraría en vigor seis meses después de su publicación, es decir el 22 de mayo de 1868 en todo el territorio del Reino e islas adyacentes; más tarde se extendió su vigencia a Ultramar [Datos tomados de DIAS FERREIRA, J., Código Civil Portuguez anotado por ..., 2ª ed. (Coimbra, 1894) p. V y VII]. En este Código de sistemática original se nota frecuentemente la influencia del Proyecto español de 1851 (Cfr., para esto último, CUNHA GONÇALVES, L., Tratado de Direito Civil I (Coimbra, 1929) p. 128 donde afirma que Seabra consultó frecuentemente “o excelente livro de García Goyena as Concordancias”).

90 Acerca de este eximio jurista brasileño, vid.: MEIRA SILVIO, Teixeira de Freitas, o jurista do Imperio (Rio de Janeiro, 1979).

91 *Consolidação das leis civis* (Rio de Janeiro, 1857). Se trata de una simple refundición de las leyes vigentes en un nuevo cuerpo legal, siguiendo la técnica de las recopilaciones hispanas y de las Ordenações filipinas, promulgadas en 1603 bajo el reinado de Felipe II de Portugal (III de España).

92 Código Civil, *Esboço*, 4 vol. (Rio de Janeiro, 1860-65).

93 El Código civil de Brasil, es el resultado de un proceso de superposición de la influencia alemana sobre la francesa o latina. Según expresa el prestigioso iushistoriador P. MEREÁ: “El Código civil brasileño funde muchas corrientes de pensamiento: la tradición nacional, que se remonta al Derecho portugués, en el que el Derecho romano ha recibido la influencia del Derecho germánico y del Derecho canónico, el prestigio del Código francés y de la doctrina francesa, la influencia del Código civil y de la doctrina de Alemania y las soluciones felices que se presentan en los demás Códigos civiles, en particular el portugués, el italiano, el español, el argentino y aún en el del cantón de Zurich” [Cfr. Código civil brasileiro anotado (Lisboa, 1917) p. 5 ss.].

CONCLUSIÓN

La superación de los particularismos regionales, con la consiguiente integración en una comunidad política superior, presupone también la formulación de un derecho “común”; el fenómeno se produce ya en Roma, a través del *ius gentium*, y se repite en otros períodos posteriores: se habla así de *droit commun français*, de *common law*, y de ese mismo carácter participa el Derecho elaborado por los juristas italianos a partir del renacimiento cultural y jurídico de la Escuela de Bolonia. El Derecho, fruto de la actividad de los glosadores y comentaristas, se presenta, por una parte, como subsidiario frente a las disposiciones particulares de cada uno de los Estados, pero, por otro lado, constituye la base común de todas las jurisdicciones que lo acogen, por lo que –desde este ángulo– los que aparecen como subsidiarios son los derechos locales que, por lo demás, regulan sólo una parte mínima de las relaciones jurídico-privadas, precisamente porque presuponen el derecho común⁹⁴.

La recuperación de la identidad europea después de la Segunda Guerra Mundial va a institucionalizarse en la organización que nace del Tratado de Roma de 1957. Desde entonces, se está produciendo una aproximación normativa entre los derechos nacionales y la formación de un cuerpo de principios jurídicos y doctrinales que tienden a configurar un nuevo *ius commune*, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, así como en la teoría general del derecho. Desde un punto de vista funcional, ha podido verse este fenómeno en relación con el antecedente bajo-medieval del *ius commune*⁹⁵.

A PERMANÊNCIA DO DIREITO ROMANO NOS CÓDIGOS EUROPEUS E IBERO-AMERICANOS

Resumo: O Direito romano está presente em vários sistemas jurídicos, em níveis diferentes. O Direito inglês, por exemplo, continua sendo influenciado pelo Direito Romano, com *modus operandi* até mais assemelhado ao de alguns países de *civil law*. Já os juristas latino-americanos têm empregado com frequência aspectos do Direito romano como guia para suas normas.

Palavras-chave: Direito romano. América Latina. Europa.

94 LOMBARDI, L., Saggio sul Diritto giurisprudenziale (Milán, 1967) p. 79 ss.

95 FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La tradición romanista, cit., p. 130.