

LA CODIFICACION DE LOS DERECHOS NACIONALES EN EUROPA E IBEROAMERICA Y SU DISOCIACION DEL DERECHO COMUN

BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile

“No podemos negar sin ingratitud los beneficios que recibimos de los doctores. Es justo deseemos el poder pasarnos sin ellos; pero esto no puede ser faltando un sistema legal con sólidos y luminosos principios que puedan, sin peligro de error, conducirnos a la verdad. Cuando este deseado cuerpo de leyes salga a la luz, será el tiempo de despedir a nuestros trabajosos conductores, sin desairarlos porque nos han bien servido”.

Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos*, apéndice.

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 con el 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 —el ALR prusiano, el ABGB austríaco o los *cinco codes* franceses— permanecieron en lo substancial fieles a ese derecho. Buenos conocedores del mismo, se guardan de romper con él.¹ 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,² de Argentina³ o de Brasil⁴ 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. Es lo que, hace ya varios lustros, acertó a expresar con singular claridad Alamiro de Avila, a propósito del chileno: “el código civil no salió de la mente del codificador, sino que existía con anterioridad y era válido en toda América española”.⁵

Como él mismo señala, 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

¹ ARNAUD, André Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, París 1969. GAGNER, Sten, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* en: Coing, Helmut y Wilhelm Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert* Francfort 1974. WAGNER, Wolfgang, *Die Wissenschaft des Gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussische Staaten*, allí mismo. OGRIS, Werner, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, allí mismo.

² GUZMAN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello, codificador*, 2 vol., Santiago, 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, *La codificación en Chile 1811-1907, dentro del marco de la codificación europea e hispano-americana* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*

12, Valparaíso, 1987. NELLE, Dietrich, *Entstehung und Austrahlungswirkung des chilenisches Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello*, Francfort am Main, 1988.

³ CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1938. TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977. LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho*, 3 vol., Buenos Aires, 1986-91, 2, pp. 265 ss.

⁴ MEIRA Silvio Bastos de, *Texeira de Freitas, O juriconsulto do império. Vida e obra*, Río de Janeiro, 1979.

⁵ AVILA MARTEL, Alamiro de, *La Enseñanza del derecho romano en Chile (desde sus orígenes hasta el siglo XIX)* en *Romanitas*, Río de Janeiro, 1971, p. 99, nota 31.

adoptados por países distintos de aquel en que se produjeron. Así ocurre con el penal español de 1848 y con el civil chileno. 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 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 Iberoamérica.⁶

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 civilis*.⁷ Por otro lado, estas mismas expresiones podrían aplicarse muy bien hoy al propio derecho codificado, a la vuelta de más de siglo y medio de vigencia. Dicho en otras palabras, antes y después de la codificación, las quejas son las mismas. Hogaño como antaño la multitud de las leyes, sus obscuridades, contradicciones y defectos, la proliferación de comentarios y de opiniones que se hacen fuego entre sí, terminan de igual manera: en incertidumbre e inseguridad para los ciudadanos. La única gran diferencia entre la época anterior y la posterior a la codificación parece estar en que entonces los males se atribuían al arbitrio de los jueces y hoy hay que atribuirlos a la arbitrariedad de los gobernantes, bajo la forma de abusos legislativos o la, mil veces más temible por más directa y asfixiante, de los abusos administrativos.

Todos los indicios son, pues, coincidentes. La mejor vía para descubrir el significado de la codificación no parece ser el análisis del contenido, más o menos novedoso de los códigos, sino el examen del papel del juez frente al derecho vigente, cuya alteración hicieron posible esos códigos. La investigación se ha orientado en este sentido desde los años 1970. En particular se ha indagado la relación entre los derechos nacionales codificados y el Derecho Común.⁸

La atención se centra en el juez. Para averiguar el sentido y alcance de la codificación no basta conocer quiénes y cómo elaboraron los nuevos cuerpos legales. Es menester saber, ante todo, quiénes y cómo aplican ese derecho codificado. Es decir, hay que fijarse en el juez, en el más amplio sentido de la palabra. Después de todo, conforme a la aguda observación de D'Ors, derecho es lo que aprueban los jueces⁹ y no lo que mandan los gobernantes. Su expresión primaria son las *sententiae* de juristas y jueces; no los *decreta* de príncipes o legisladores. El supremo gobierno podrá ser amo y señor de dictar las leyes, pero no puede evitar que los jueces supremos sean, a su vez, amos y señores de fijar el sentido y alcance de ellas, según el cual se entienden y aplican.

Dentro de esta línea pretende inscribirse el presente estudio, centrado en el juez y no en la ley o, mejor dicho, en la posición del juez frente al derecho legislado.

Partiendo de los códigos trataremos de abordar la codificación desde el punto de vista del juez y de su papel.

Al respecto, nada es tan ilustrativo como las reglas del derecho. A diferencia de las leyes, que regulan actividades de la población en general, estas reglas regulan las actuaciones del juez como tal. Están dirigidas a él. No son propiamente normas, sino más bien puntos de partida para discernir en cada caso lo justo de lo injusto.

Entre ellas hay una que por su significación sobresale respecto de las demás. Es la regla *odia restringi, favores convenit ampliari*. Por más de medio milenio ocupó un sitio de privilegio en la vida jurídica de Europa, primero y luego, también, en la de Iberoamérica.

⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9, Valparaíso, 1984.

⁷ GUZMAN, nota 2, 1, p. 135.

⁸ Véase nota 1.

⁹ D'ORS, Alvaro, *Introducción al estudio del Derecho*, Valparaíso, 1976, esp. p. 24.

Juristas y jueces echaron mano de ella para solucionar el más primario de los problemas jurídicos, el de determinar el derecho que corresponde aplicar.

Hasta la codificación era ésta, tal vez, la cuestión más delicada y apremiante que podía presentarse al juez. De hecho, se planteaba a cada paso, pues el derecho vigente era todo menos una masa homogénea y compacta. Antes bien, descansaba sobre un dualismo: Derecho Común y derechos propios. Competía al juez articularlos entre sí.

No era ésta una tarea fácil, debido a la extrema disparidad de uno y otro elementos. Por un lado el Derecho Común era un derecho de juristas, como tal, alimentado por una corriente viva de opiniones autorizadas. Su cultivo se hacía por los juristas y en las universidades, a partir de dos grandes veneros, el derecho romano y el derecho canónico, que constituían el *utrumque ius*. En contraste, los derechos propios eran múltiples y eminentemente varios. Constituían un conjunto muy abigarrado y dispar, generalmente consuetudinario, vigente en cada reino, país o región.

Las bases para compaginar la vigencia del Derecho Común con los derechos propios se sentaron en la Baja Edad Media. Se reconoció al primero una primacía que no excluía la aplicación de los otros derechos. Dicha superioridad se manifiesta, principalmente, de dos maneras. Por una parte, el Derecho Común es como el marco general dentro del cual debe encuadrarse la vigencia de los derechos propios. Lo que expresa de una manera muy precisa la regla *odia restringi*. Conforme a ella el derecho propio debe aplicarse del modo menos odioso, entendiendo por tal el que lesiona al Derecho Común. Por otra parte, donde no hay derecho propio se retorna al Derecho Común, lo cual significa que éste tiene un papel supletorio y se acude a él cada vez que es necesario llenar los vacíos u obscuridades y contradicciones del derecho propio.

Bajo este signo se inician la Edad Moderna y la difusión del derecho castellano y portugués en América y Filipinas. Pero por esta época el derecho real comienza a consolidar su primacía dentro del derecho propio. Relega a un segundo plano a los usos de la tierra, a los derechos municipales y demás. Se convierte así en el principal exponente del derecho propio y, *pars pro toto*, en sinónimo de él. Ahora se habla, cada vez más, de derecho real y se lo califica de derecho patrio o nacional, expresiones que desplazan a la de derecho propio. En otras palabras, la polaridad Derecho Común-derecho propio deja paso a una tensión derecho nacional-Derecho Común.

Este ascenso de los derechos nacionales es la tónica de la Edad Moderna. No se refiere sólo a su avance entre los otros derechos propios. Se extiende, asimismo, a su afirmación frente al Derecho Común. El síntoma más claro de ello es que la regla *odia restringi* deje de ser indiscutida y se convierta en materia de disputa. Se inicia así su declinación, que es paralela y, en cierto modo, reflejo del reflujo del Derecho Común frente al derecho nacional.

La codificación se inscribe dentro de este contexto. Es un paso más dentro del ascenso del derecho nacional. Al ser codificado, éste puede, por fin, intentar desligarse del Derecho Común. Se disuelve así el dualismo medieval entre los dos derechos, en favor del derecho nacional codificado, el cual se convierte, por ende, en un derecho propio absoluto. El Derecho Común subsiste o bien dentro de los códigos, recogido en su texto, o bien como supletorio de éste. A su papel integrador se refiere expresamente la mayoría de los códigos. En cambio, ninguno de los códigos europeos e iberoamericanos menciona la regla *odia restringi*. Ni siquiera para abolirla. La excepción es el *Código Civil* de Chile, que en su artículo 23 expresamente la proscribire.

Sin embargo, los códigos no bastan por sí solos para desvincular el derecho nacional del Común. Esta disociación sólo se produce efectivamente desde que los jueces abandonan su inveterada práctica de condicionar la aplicación del derecho nacional al Derecho Común. Este cambio de mentalidad no fue fácil ni se verificó de golpe. Sólo cuando se hubo consumado puede decirse que el derecho nacional codificado se impuso sobre el Común y murió la regla *odia restringi*. Perdió todo sentido y cayó en desuso y en el olvido. Así, sin pena ni gloria, terminó su carrera esta regla otrora tan indiscutible como indiscutida.

En contraste con los estudios relativos al Derecho Común como integrador del derecho

codificado, la desaparición de esta regla no ha recibido hasta ahora la atención que merece. Sin embargo, constituye un hito decisivo dentro de esta larga lucha que se libra en los países de Derecho Común de Europa continental e Iberoamérica por hacer prevalecer sus derechos nacionales.

El presente trabajo intenta apuntar a las grandes líneas de esta lucha, que se prolonga a lo largo de la Edad Moderna y que permite enfocar bajo una nueva luz la codificación: bajo el prisma judicial más bien que el legal.

Al efecto, se abordan las dos grandes vías a través de las cuales el Derecho Común, que es un derecho de juristas, hizo sentir su primacía. Por un lado su papel moderador de la aplicación de los derechos nacionales y, por otro, su papel integrador de los mismos. La codificación hizo posible un cambio decisivo en ambos aspectos. Aquí parece radicar su verdadero sentido y alcance, más bien que en innovaciones de orden legal. El verdadero significado de la codificación parece estar en este terreno judicial más bien que en el legal.

La exposición consta de seis partes y una conclusión. Las tres primeras están dedicadas a la regla *odia restringi*, a sus grandes momentos en la Edad Moderna: auge, declinación y extinción. Los tres siguientes a la integración de los derechos nacionales por la equidad. Aquí se diferencian otras tantas etapas, en cierto modo paralelas a las antedichas. Al apogeo del Derecho Común corresponde el de la *aequitas nondum constituta*. A la crítica del Derecho Común, la prevención contra esta *aequitas nondum constituta* y a la codificación la primacía de la *aequitas constituta*.

Por último, a modo de epílogo se echa un vistazo a la suerte del derecho nacional codificado, después de su disociación del Derecho Común.

I

Auge de la regla *odia restringi*

Según es sabido, la regla en cuestión es de origen canónico y tuvo vigencia europea hasta el Descubrimiento de América, a partir del cual se extendió a Hispanoamérica y a Filipinas. Viene del Libro V de las *Decretales*, promulgado por Bonifacio VIII en 1298.¹⁰ A través de las universidades se divulgó en toda Europa y luego también en Iberoamérica hasta pasar a constituir patrimonio común de los juristas formados en las facultades de Derecho.¹¹

En Castilla y Portugal esta regla gozó de una autoridad indiscutida, Lo mismo sucedió en América hispana y Filipinas. Así lo muestra el testimonio de un sinnúmero de autores, entre los que descuellan, en el siglo XVI, un Antonio Gómez (150?-62)¹² o en el XVII un

¹⁰ *Decretalium*, Liber Sextus 5, 5, 13: "Odia restringi et favores convenit ampliari".

¹¹ STEIN, Peter, *The formation of the Glosse De Regulis iuris: and the glossators concept of regula* en *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, Milán, 1963. El mismo, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo, 1966. ARIAS BONET, Juan Antonio, *Las reglas del derecho en la séptima Partida* en *AHDE* 48, 1978. DUEÑAS, Petrus, *Regulorum iuris utriusque*, Salamanca 1554. SOCINI et al. *Regulae iuris tam civilis quam canonici*, Frankfurt, 1570, AZONIS et al. *Regularum im utriusque iuris tam civilis quam pontifici*, 2 vol., Lyon, 1587.

Obras clásicas sobre la materia son la de BRONCHORST, Ever, *Comentarios al título del Digesto De regulis iuris*, Leyden, 1624 y las de PEDROSA y MENESES, Fernando, *Repetita praelectio... ad titulum Pandectarum de diversis regulis iuris*, Sala-

manca, 1665 y *Academica expositio ad titulum de regulis iuris, ex libro Sexto Decretalium*, Salamanca, 1666.

Obras contemporáneas del código chileno, GARCIA-GOYENA, Florencio *Reglas del Derecho Romano*, Madrid, 1841. MACKELDEY, Ferdinand. *Elementos de Derecho Romano*, 2 vol., Madrid, 1844, 2. *Manual de las Reglas*. FLEURY, Claude, *Institutions du droit françois* cap. 4, 1665, publicadas en París sólo en 1858.

Sobre la vigencia de las reglas en Iberoamérica, GONZALEZ, María del Refugio, *Las reglas de derecho en México durante el siglo XIX*, en *Anuario Jurídico* 11, México, BRAVO LIRA, nota 2. Sobre la regla en cuestión DOLEZALEK, Gero, *Odia restringere. Taak en toekomst der geschiedenis van het canonick recht*, Nimega, 1986.

Fernando Pedrosa y Meneses, catedrático de Salamanca y racionero de Santa Fe de Bogotá, autor de varias obras sobre las reglas del derecho.¹³

Estas reglas tenían entonces un relieve que a nosotros, habituados a un derecho legislado, a veces nos cuesta comprender. El derecho castellano o portugués, lo mismo que el indiano, se generaban simultáneamente por múltiples fuentes consuetudinarias, jurisprudenciales y legales. Por otra parte, daban ancha cabida al arbitrio judicial. Por tanto, el papel del juez estaba lejos de reducirse a subsumir los casos particulares, sometidos a su decisión, bajo una ley general. Antes bien, el juez se veía abocado a buscar por sí mismo la solución de cada caso, utilizando para ello las diversas fuentes del derecho. Lo que en la práctica equivalía muy a menudo a acudir a fuentes distintas de las leyes, ya que entonces éstas solían tener un alcance sumamente concreto y restringido.

En estas condiciones las reglas del derecho, del *Digesto* y de las *Decretales* y las recogidas en las *Partidas* eran un instrumento precioso para jueces y jurisconsultos. Ninguno podía pensar en prescindir de ellas. Sin su guía les habría resultado del todo imposible manejarse dentro del vasto campo de las opiniones de los juristas, las costumbres locales y generales, las leyes locales, territoriales y reales.¹⁴

Los juristas del barroco califican de buena gana este conjunto como laberinto y los ilustrados, más críticamente, de piélagos, océano, intrincado laberinto. Todas estas expresiones se siguen oyendo hasta la época de la codificación.¹⁵

No obstante, el contraste entre estas dos maneras de apreciar el cúmulo de fuentes es muy revelador. Reflejan un cambio de actitud que se produce en el siglo XVIII. La misma regla *odia restringi* de la que los juristas de los siglos XVI y XVII habían hecho uno de los pilares del juego entre lo que ellos llamaban la teórica y la práctica del derecho, se convierte en blanco de toda suerte de críticas por parte de los juristas ilustrados del siglo XVIII.

La distinción entre teórica y práctica del derecho coincide, en cierto modo, con la dualidad Derecho Común y derecho propio. Por teórica se entendía el derecho estudiado en las universidades, vale decir, Leyes y Cánones, derecho romano y derecho canónico, las dos vertientes que conforman el Derecho Común. Por práctica se entendía, en cambio, el derecho aplicado en la vida cotidiana, es decir, en los tribunales, escribanatos y, en general, en la actividad jurídica ordinaria.

En virtud de la regla *odia restringi* los juristas de esta época condicionaban la aplicación de las leyes del reino a su conformidad con el Derecho Común. Las dividían en dos clases: favorables y odiosas. Llamaban favorables a las que estaban en consonancia con el Derecho Común, y odiosas, en cambio, a las que se apartaban de él. Mientras a las unas les daban aplicación extensiva—*favores ampliari*—a las otras se la daban restrictiva—*odia restringi*—. En una palabra, se aplicaba el derecho real o nacional del modo que menos lesionara al Derecho Común.

Este sentir era general en la Europa de entonces. Así, a fines del siglo XVII el jurista francés Jean Domat (1625-96) en su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* sigue la doctrina de los comentaristas que califican de odiosas las leyes que se oponen al Derecho Común. “Las leyes que restringen la libertad natural —escribe—, como las que prohíben lo que según la fe no es ilícito o que derogan de otra manera al Derecho Común... y las otras semejantes, se interpretan de manera que no se les aplique más allá de sus disposiciones o consecuencias o para casos a los que no se extienden”.¹⁶

¹² GOMEZII, Antonius, *Ad Leges Taurii, Commentarium absolutissimum*, Salamanca, 1555. BRAVO LIRA, Bernardino, *El Derecho Común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas en Ius Commune* 15, Francfort am Main, 1988, ahora en El mismo, *Derecho Común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989.

¹³ PEDROSA y MENESES, nota 8. BRAVO LIRA, nota 9.

¹⁴ GONZALEZ, nota 8, BRAVO LIRA, nota 2.

¹⁵ GUZMAN, nota 2, esp. 1. pp. 134 ss.

¹⁶ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1689-94. Cito, ed. París 1777, livre préliminaire 1, 2, 14-15.

II

Declinación de la regla *odia restringi*

En el siglo XVIII en toda Europa se da con insistencia al derecho vigente los calificativos de patrio y nacional.¹⁷ Al mismo tiempo se rechaza, también con insistencia, esa primacía reconocida al Derecho Común —que se comienza a mirar como extraño— sobre el derecho nacional. Todo lo cual se refleja en una crítica de la regla *odia restringi*, tal como era entendida hasta entonces.

Ya en 1715 el práctico Tomás Martínez Galindo en su *Phoenix iurisprudentiae hispanicae* denuncia, por medio de ejemplos concretos, cómo en virtud de esta regla se limita, restringe y estrecha el alcance de las leyes reales, en beneficio del Derecho Común.¹⁸

Al mediar el siglo este reproche se convierte en clamor. Fernández de Mesa se ocupa en su *Arte histórica*, de 1747, “de la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España y de interpretar aquel por éste y por su propio origen”. Se alza contra el sentir dominante representado, según él mismo señala, por autores como Marcos de Paz, Covarrubias o Antonio Gómez, que sostienen, con este último, que “todas (las leyes reales) se deben interpretar y reducir al Derecho romano, como verdadera fuente de todas”.¹⁹

Poco a poco cobra fuerza el anhelo de desligar el derecho patrio o nacional del Común. Para Mora y Jaraba este es un punto fundamental. En su *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, dice que los autores prácticos incurren en un doble error. Comienzan por “mirar con el carácter de verdaderas leyes a las romanas”.²⁰ Por consiguiente, “cuando los autores prácticos comentan las leyes del reino, les dan sentidos extraños y violentos, para que no se opongan a las civiles”,²¹ vale decir, a las romanas.

Para este autor, tal abuso deriva de la aplicación de la regla *odia restringi*. Así lo muestra con ejemplos tomados de obras como los comentarios a las leyes de Toro de Antonio Gómez, “en llegando —este jurisperito— a las leyes reales que derogan expresamente alguna máxima del Derecho Civil, de tal modo las comenta y tales tornillos les da para conciliarlas con el Derecho Común, con que vienen a quedar acordes y como si no tuviesen ninguna decisión”.

Mora y Jaraba insiste en que todo esto lo hace “fundado el Gómez y los demás en el axioma de que la derogación de las leyes (romanas) es odiosa y debe evitarse hasta impropriarse voces y cláusulas de la ley, a fin de conciliarla”.²² Por este camino, concluye nuestro autor, “respetando como verdaderas las leyes romanas, no hay ficción ni sentido extravagante que no se busque para dejar inútiles nuestras leyes y con toda su fuerza al Derecho Civil”.²³

Para cortar de raíz este abuso, reclama Mora y Jaraba que “entiendan, pues, todos los profesores que las leyes romanas no son leyes para nosotros, que no tienen más representación que las opiniones de aquellos autores sabios que no supieron cosa de nuestro gobierno”.²⁴ Esta última frase es reveladora. Era cosa muy sabida que en Castilla el derecho romano no regía *ratione imperii* sino *imperio rationis*, vale decir, como sentencias de sa-

¹⁷ LUIG, Klaus, *Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, en IC, 3, 1970. El mismo, *Die Geltungsgrund der römischen Recht im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland in La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 3 vols. Florencia, 1977. 2, 819 ss. BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho Patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 Santiago, 1984, ahora en su *Derecho Común*, nota 9.

¹⁸ MARTINEZ GALINDO, Tomás, *Phoenix Ju-*

risprudentiae Hispanicae, Sevilla, 1715.

¹⁹ FERNANDEZ DE MESA, Thomas Manuel, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos nacional y romano en España*, Valencia, 1747.

²⁰ MORA Y JARABA, Pablo, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748, p. 217.

²¹ Id., p. 218.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ Id. Lo mismo, p. 222.

bios.²⁵ En cambio, la puntualización de que los romanos mal podían ser sabios respecto al gobierno de los pueblos modernos, nos pone delante del sentido crítico de la Ilustración. Anticipa la ley portuguesa la *boa razão* de 1769 y el Plan de Estudios de la Universidad de Coimbra de 1772.²⁶

En conclusión, sostiene Mora y Jaraba que a la hora de interpretar las leyes reales debe prescindirse de las romanas, al igual que se hace con las extranjeras: "así como para comentar y entender las leyes reales no entran en consideración, ni sirven de embarazo, ni restringen ni amplían los sentidos, las opiniones de otros autores extranjeros, por sabios y doctos que sean; del mismo modo no se ha de hacer aprecio de las leyes romanas para limitar y violentar la generalidad de las nuestras".²⁷

Esta afirmación del derecho nacional frente al Común da un nuevo paso con Juan Francisco de Castro (1731-90). En sus *Discursos críticos* supera la postura negativa del rechazo al Derecho Común. Reconoce el peso de la regla *odia restringi*: "De cualquier modo que sientan los doctores sobre la autoridad del Derecho romano, siempre ocupan la mayor parte de sus escritos en exponerle, cotejando con él las leyes reales, acomodándolas al sistema del Derecho Común (que así llaman al romano) interpretándolas y restringiéndolas, para que, en cuanto sea dable, menos le deroguen".²⁸ Al respecto se remite a los ejemplos propuestos medio siglo antes por Galindo. Pero no se queda en lamentar esta primacía de que goza el Derecho Común. Aboga positivamente por la "formación de un cuerpo metódico de derecho español",²⁹ es decir, de un código, aunque no emplee este término. Tal es, a su juicio, el único medio de hacer prevalecer el derecho patrio o nacional sobre el Común.

Con ello plantea la codificación en los términos en que ella efectivamente se realizó a partir de los años 1820 en los países de derecho castellano y portugués.

III

Extinción de la regla *odia restringi*

Estos *Discursos* de Castro tuvieron mayor y más inmediata repercusión sobre la codificación del derecho castellano y portugués que la obra de Mora y Jaraba. Se difundieron ampliamente en los medios jurídicos que promovieron la codificación y contribuyeron a que ella tuviera en toda el área jurídica castellano-portuguesa unos mismos propósitos centrales.³⁰ Entre éstos, en primer lugar, el propósito que Castro asigna al cuerpo de derecho nacional. Los códigos son cabalmente cuerpos de derecho patrio, como él quería, y con ellos se pretende, como él mismo propone, romper la dependencia en que el derecho nacional se encontraba frente al Común.

Ningún código lo expresa más claramente que el civil chileno. Es el único que proscribe expresamente la regla *odia restringi*. En su título preliminar, que tiene valor general para todo el derecho chileno, proclama que éste no reconoce a ningún otro por encima de él, esto es, su plena autonomía y autosuficiencia frente al Derecho Común. Concretamente,

²⁵ GUZMAN, Alejandro, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, 1981.

²⁶ Ley de 18 de agosto de 1769, denominada por CORREIA TRELES, José Homem en su *Comentario crítico*, Lisboa, 1824, "da boa razão porque refugou as Leis Romanas que em boa razão nao foren fundadas". CABRAL DE MONCADA, Luis, *O século XVIII na legislação de Pombal en Revista da Faculdade de Direito*, 1, Coimbra, 1948. SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES de, *História do Direito Português*, Lisboa, 1971. BRAGA DA CRUZ, Gilherme, *O Direito subsidiario na história do direito português*, Coimbra, 1975. ALBUQUERQUE RUI y MARTIM,

História des Instituições do Direito Português, 2 vol., publicados, Lisboa, 1981-82.

²⁷ MORA Y JARABA, nota 17, pp. 218-19.

²⁸ CASTRO, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, Cito nueva ed., 2 vol., Madrid, 1829, 1, p. 64.

²⁹ Id. p. 65.

³⁰ TAU ANZOATEGUI, Víctor, *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los Discursos críticos de Juan Francisco de Castro*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5, 1980.

su artículo 23 rechaza la regla que nos ocupa: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”. Y añade: “La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.³¹

El código da cumplimiento así, del modo más tajante y oficial, al gran anhelo de la jurisprudencia ilustrada. Proclama la desvinculación completa del derecho patrio o nacional respecto del Derecho Común. Pone así fin a una interacción varias veces centenaria entre ambos. Puede hacerlo, porque en sus artículos ha recogido el derecho civil castellano en un solo cuerpo, metódico y, en principio, autosuficiente. Es decir, ha cumplido esa condición que, casi un siglo antes, había reconocido Juan Francisco de Castro como indispensable para que el derecho patrio pudiera sustraerse a la tutela del Derecho Común.

El propósito de desligar al derecho patrio del Derecho Común es una de las constantes de la codificación en Europa continental e Iberoamérica. No obstante, ninguno de los grandes códigos iusnaturalistas se refirió directamente a la regla en cuestión. No lo hicieron el ALR prusiano ni el ABGB austríaco. Tampoco el *Code civil* francés. Lo mismo ocurre en los otros códigos de derecho castellano, anteriores al chileno: los de Oaxaca (1827-29), Bolivia (1831), Costa Rica (1841) y Perú (1852).

El ALR tiene valor subsidiario frente a los derechos provinciales vigentes. Pero aspira a substituir “al derecho romano, al derecho germánico común y otros derechos y leyes tomadas del extranjero y vigentes en Prusia como subsidiarios”.³² En cambio, la ley de 30 del Ventoso del año XII (1803) abroga los derechos anteriores en las materias reguladas por el código “incluidas las leyes romanas, las ordenanzas, el derecho consuetudinario (*coutumes*), los estatutos y los reglamentos”.³³ A su vez, la ordenanza promulgatoria del ABGB declara “abrogado el derecho común seguido hasta ahora... así como el derecho consuetudinario en lo tocante a los objetos regulados por el presente código”.³⁴

Ya hemos dicho que los primeros códigos de derecho castellano se dictaron en Iberoamérica. Todos tienen un título preliminar, pero ni allí ni en otra parte tratan del tema. Ni siquiera mencionan la regla *odia restringi*.³⁵

De su lado en el proyecto chileno de 1853 se señala como fuente el *código de Luisiana*.³⁶ De éste, como se sabe, hay diversas versiones. La segunda de 1829, en su art. 20 dice: “La distinción de las leyes en leyes odiosas y leyes favorables, con vistas a restringir o de extender sus disposiciones, no puede ser hecha por los que están encargados de interpretar-la”.³⁷ El propio Livingston (1764-1836), redactor de este cuerpo legal, ha señalado su origen. Se remite a *Les lois civiles* de Domat, quien, como vimos, coincide con los autores españoles y, en general, europeos, en reconocer la primacía del Derecho Común. La nota de Livingston no invoca un fundamento para el artículo, sino por el contrario, se limita a señalar el concepto que pretende eliminar.

De todos modos, es claro que los dos artículos difieren. Bello (1781-1865), el redactor

³¹ *Código Civil*, art. 23, Santiago, 1855, numerosas ediciones posteriores.

³² *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1794, *Ley promulgatoria*, art. 1, traducción de Verlanga y Muñiz en su versión castellana, Madrid, 1842. de SAINT-JOSEPH, Antoine, *Concordance entre les codes civiles et le Code de Napoléon*, 4 vol., París, 1840.

³³ Ley promulgatoria de 30 del Ventoso del año XII (21 marzo 1804).

³⁴ *Ordenanzas promulgatorias del ABGB*, art. 4, traducción de Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo, en *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, Madrid, 1892, 9, pp. 82.ss

³⁵ *Código civil para el gobierno del Estado libre de Oajaca*, 3 vols, Oajaca, 1828-29, hay reedición en ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana*, México, 1974. *Código civil de Bolivia*. La Paz de Ayacucho, 1831, numerosas ediciones posteriores. *Código general de la República de Costa Rica*, primera parte, civil (1841), hay otra edición, Nueva York 1858, *Código Civil del Perú*, Lima, 1852, numerosas ediciones posteriores.

³⁶ *Proyecto de Código civil*, 3 vol., Santiago 1853, reeditado en BELLO, Andrés, *Obras completas*, 15 vol., Santiago, 1881-93, vol. 12, reimpresos 9 vol., Santiago, 1930-31, vol. 4.

³⁷ *Código de Luisiana* (1819), Agradezco al profesor Dr. Alejandro Guzmán esta referencia.

del código de Chile, no se limitó a excluir la regla *odia restringi*, como lo hizo Livingston. Además, reemplazó esa regla por otra positiva, que apela al sentido de la ley y a las otras reglas de interpretación, siempre dentro del derecho nacional y sin volver a remitirse al Derecho Común.

En este sentido, puede decirse que el Código Civil de Chile rindió un involuntario homenaje a la regla *odia restringi*. En lugar de dejarla caer simplemente en desuso, como los demás códigos, o de declarar oficialmente su abolición, como el de Luisiana, se preocupó de darle los más solemnes funerales.

En todo caso, la solemnidad como muere esta regla es lo de menos. Lo que cuenta es el hecho mismo. El nuevo avance que comporta hacia una disociación completa entre los derechos nacionales y el Derecho Común.

En adelante las leyes patrias no pueden ser consideradas odiosas. Es decir, pasan a valer por sí mismas, sin ninguna referencia ulterior. Se convierten en la piedra angular de un derecho nacional, que por lo mismo se transforma en un derecho propio absoluto.

De esta forma, en el siglo XIX y en Iberoamérica llega a su término la larga historia iniciada en Europa siete siglos antes. El engarce entre Derecho Común y derecho propio se rompe. Comienza entonces la etapa en que todavía vivimos, de un derecho propio absoluto, es decir, desligado del Derecho Común.

Dentro de esta historia la regla *odia restringi* siguió la suerte del Derecho Común. Por espacio de cuatro siglos, mientras este derecho estuvo en auge, su vigencia fue indiscutida. Luego, los tiempos cambiaron y se produjo el reflujo del Derecho Común ante la presión de los derechos nacionales. Entonces esta regla fue rechazada cada vez con mayor decisión hasta que en América dos códigos le asestaron un golpe de gracia, primero el de Luisiana y, luego, el de Chile.

IV

Derecho Común y *aequitas nondum constituta*

La codificación pone fin a la vigencia del Derecho Común por encima de los derechos nacionales. Pero, en general, deja subsistente el papel supletorio del Derecho Común respecto de los nacionales. Se le señala como elemento integrador para interpretar las leyes o costumbres oscuras o contradictorias o para llenar simplemente vacíos. Así, a menudo los códigos se remiten para tales efectos a la equidad, la que en el sentir de los juristas equivalía al derecho romano. De esta manera, según explica Guzmán: "El derecho romano ha conservado su valor supletorio, pero no a título de derecho común ni siquiera de derecho, porque el verdadero derecho resultaba ser el nacional, sino a título de equidad, a la cual recurrir en defecto de ley nacional o para interpretarla".³⁸

Este papel del derecho romano como medio de integración del derecho vigente es tan antiguo como el Derecho Común. Se remonta a los glosadores, y se fundamenta precisamente en la convicción de que el derecho romano es expresión de la equidad.

Los glosadores distinguían dos tipos de equidad: una *aequitas constituta*, que se halla contenida en leyes o costumbres, y otra, *aequitas nondum constituta*, que es la que sirve para suplir los vacíos de unas y otras. A esta la definen, al modo ciceroniano, como adecuación de las cosas que todo lo equipara y que en casos iguales exige igual derecho.³⁹

Los juristas ven en el derecho romano la expresión más pura de esta razón natural, de

³⁸ GUZMAN BRITO, Alejandro, *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno en Revista de Ciencias Sociales* 18-19, Valparaíso, 1981, p. 138.

³⁹ Cfr. CICERONIS, *Topica* 4. 24, IRNERIUS

en *Summa codicis, De nomine libri et materia* 3. Últimamente, GUZMAN BRITO, Alejandro, *El juez entre la equidad y la ley*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 78, Santiago 1981, parte 1, pp. 5 y ss. El mismo, nota 38.

esta equidad natural. En cuanto tal, el derecho romano y con él, en cierto modo el Derecho Común, se tornan a sus ojos inderogables por ningún derecho positivo. Todavía en el siglo XVIII un autor ilustrado como Gregorio Mayans (1699-1781) fundamenta en esta forma “el valor y grande autoridad del Derecho romano en los tribunales de España y en casi todos los de Europa, aun después de su abrogación”. “Porque como la mayor parte del Derecho romano está sacada del Natural y de las Gentes, es necesario que en lo que toca a estos derechos permanezca inviolable”.⁴⁰

En diversos países de Europa que no formaban parte del sacro imperio romano germánico, sucesor del imperio romano, los juristas entendieron que regía el derecho romano, por cierto no *ratione imperii*, sino *imperio rationis*. Es decir, el derecho romano se aplicaba en algunas regiones, como Italia y Alemania, *ratione imperii*, esto es, por formar parte del imperio, en cuanto allí estaba respaldado por la potestad universal del emperador. En otras, como España o Francia, el derecho romano se aplicaba, en cambio, *imperio rationis*, por estar respaldado por la autoridad de la razón, que es también universal.⁴¹

Todas estas nociones y distinciones llegan vivas hasta la época de la codificación. Sin ellas es imposible comprender el sentido de expresiones como equidad natural, razones de equidad o principios de la razón natural. Ellas aluden a una *aequitas nondum constituta*. En tanto que las expresiones: espíritu general de la legislación o principios generales del derecho se refieren más bien a una *aequitas constituta*, tal como se contiene en las leyes y costumbres vigentes.

Pero en el siglo XVIII, bajo el signo de la Ilustración, los términos razón y natural cambian de acento. Dicho en forma muy general, ya no se los entiende simplemente como reflejo del ser hombre y de las cosas, *ratio scripta*, sino como fruto de la razón humana que aspira a rehacer el mundo según sus dictados, es decir, de una *ratio critica*. De la misma manera, por derecho natural no se entiende ya el que está ínsito en la realidad de las cosas y es conocido por la razón humana. A esta noción realista, llamada también católica, se opone otra racionalista, denominada protestante. Para ella el derecho natural es producto de la razón humana, de la lucubraciones acerca del hombre individual. Esta nueva manera de ver las cosas se refleja inequívocamente en una preferencia por la *aequitas constituta*, derivada de la ley y en una resistencia o desconfianza frente a la equidad natural, de la cual se teme que acabe en una pura equidad cerebrina.

Tal es el contexto dentro del cual se mueven los codificadores.

La postura realista está representada principalmente por un autor del siglo XVII que goza de gran autoridad, el francés Jean Domat. Conocida es su influencia sobre la codificación francesa. Para él equidad natural y derecho romano son equivalentes. “Los libros de derecho romano son el depósito de las reglas naturales de la equidad”. De las decisiones incorporadas al derecho romano dice: “tienen el carácter de ley natural por los principios de equidad natural de donde ellas han sido extraídas”.⁴²

Dentro de esta misma línea realista se sitúa a mediados del siglo XVIII el valenciano Gregorio Mayans. Este jurista recoge la distinción medieval entre las dos *aequitates*. Diferencia una equidad de las leyes y costumbres de una equidad natural. Explica que ésta es la que juega un papel integrador del derecho vigente “si el Derecho escrito o no escrito tiene demasiada generalidad —es decir, es excesivo— o menor de lo que conviene —es decir, se queda corto—”. Según esto considera a esta “equidad natural o de derecho de gentes, como corregidora de aquella demasía o suplidora de aquel defecto”.

Como la generalidad de los autores, hace derivar de ella “el valor y la autoridad intrínseca del Derecho romano, que consisten en la razón de la equidad natural confirmada por la potestad legislativa”. Por tanto, “el Derecho romano en lo que contiene del derecho

⁴⁰ MAYANS, Gregorio, Carta prólogo a BER- NI, José, *Instituta civil y real*, Madrid, 1744, cito ed. Madrid 1760.

⁴¹ GUZMAN, nota 25, con bibliografía.

⁴² DOMAT, Jean, *Traité des lois*, preface; 11, 29; 13, 9. En el mismo, nota 16.

natural y de las gentes, siempre ha tenido y mantenido el mismo vigor y autoridad". En cambio, ese mismo derecho romano "en lo meramente positivo solamente tiene fuerza de ley en lo que está especialmente confirmado por las leyes y costumbres patrias".⁴³

Tal era, por lo demás, la práctica de los tribunales castellanos e indianos, que hacían largo uso del arbitrio judicial, especialmente para moderar las penas, demasiado severas o de la legislación medieval entonces todavía vigente. Para ellos la equidad estaba en muchos casos representada por el derecho romano.

V

De la *ratio scripta* a la razón natural

Con la Ilustración toma cuerpo una cierta reticencia frente a la equidad natural y, por tanto, frente al juez, que es quien la aplica. Dentro del área jurídica castellano-portuguesa uno de sus representantes más influyentes es Juan Francisco de Castro. Este autor no se limita a analizar el papel que la equidad juega en la práctica judicial de Castilla, por lo demás muy similar a la de Indias. Asume una postura eminentemente crítica. En su opinión, el papel supletorio de la equidad se ha hipertrofiado a causa de la imperfección de las leyes: "Cuando hay decisión expresa de ley y su autoridad es conocida, cesando el motivo de grandes controversias, cesa también el recurso a los intérpretes". Pero añade: "Son ya muy raros los casos que se comprenden claramente en la letra de la ley, y en que no sea necesario hacer recurso a doctores..." Y explica: "Su autoridad es tan grande, que tiene veces de ley. Apartarnos de la doctrina común de los doctores es apartarnos de la ley misma: y decidir contra esa doctrina es como decidir contra la ley, y la sentencia igualmente nula".⁴⁴

Esta imperfección de las leyes es la gran razón de que se use y abuse de la equidad: "Jamás se hallará para su destrucción (de esta práctica) otro remedio que las leyes claras, precisas y bien circunstanciadas; pues en el ínterin que subsista un derecho incierto, siempre será dificultoso argüir la injusticia de algunas sentencias, sin que pueda paliarse con el decoroso nombre de equidad".⁴⁵

Sin embargo, reconoce que la codificación es un remedio limitado. No cabe convertir al juez en mero ejecutor de la ley, por eso aboga por reducir su arbitrio: "Parece no es dable otro que hacer leyes precisas y decisivas de los casos, sin dar más hacer al juez que aplicarlas a su ejecución. ¿Pero será esto posible? En verdad no lo es, porque no cabe en la posibilidad humana la comprensión de todas las circunstancias prácticas que en la variedad de los casos puedan concurrir, y que sirvan a formar un recto juicio.

Pero, no obstante, pueden proponerse principios ciertos y metódicas reglas de las que puedan inferir precisas consecuencias aplicables a los casos, cortando en cuando sea dable toda ocasión al juez de arbitrar, encomendándole sólo el obedecer; esto es, sujetando el juez a la ley, no la ley al juez".⁴⁶

Esta es una de las ideas matrices de la codificación. Castro fue uno de los primeros en comprender que la lucha por hacer prevalecer los derechos nacionales sobre el Común debía librarse en dos frentes. Por una parte, según ya vimos, mediante la formación de cuerpos legales de derecho nacional. Por otra, mediante esta sujeción del juez al derecho codificado.

Al respecto no se hace ilusiones. Es lo bastante realista como para comprender que ni con el mejor de los códigos podría prescindirse del juez y de la equidad. Por eso en lugar de soñar con eliminarla se aplicó a luchar por su recto uso. Propició, principalmente, tres cosas. En primer término que la legislación deje menos cosas entregadas al arbitrio del juez,

⁴³ MAYANS, nota 40.

⁴⁴ CASTRO, nota 28, 1, 216-217.

⁴⁵ *Ibíd.*, 187.

⁴⁶ *Ibíd.*, 183.

para reducir así el campo de la equidad en general. Luego, que dentro de la equidad se dé mayor cabida a la *aequitas constituta*, que viene a ser como la sombra de la ley. Por último, que, como consecuencia de lo anterior, se reduzca a un mínimo el campo de la equidad natural.

En su conjunto, este programa, fiel reflejo del espíritu ilustrado, fue el de los grandes codificadores en Europa y en Iberoamérica. Encontró tal vez su más cabal realización en materia penal, con códigos como el brasileño de 1830, que llevan hasta sus últimas consecuencias el principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*.

Castro comienza por advertir los límites de la legislación: “No siendo posible en las leyes decidir todos los casos que puedan ocurrir, principalmente variados de infinitas circunstancias, el prudente arbitrio del juez tiene mucha parte en la justicia de la decisión”.

De ahí el papel imprescindible de la equidad, tanto por lo que toca a la ley como al juez: “Hay leyes que no son propiamente escritas ni son costumbre, como es la equidad con que se modera el rigor aparente de la ley y arbitrio”.⁴⁷

En consecuencia, interesa sobremanera precisar “qué sea equidad, su verdadero uso y su común abuso. Equidad a que los griegos llamaron *epiikia*, de donde vulgarmente tomamos el nombre de epiqueya, no es más que un acto prudencial, según el que cree el juez deber en algún modo apartarse en todo o en parte de la ley”. Esto lo hace el juez, “sin embargo de la claridad de su expresión, por el concurso de las circunstancias existentes, las que, se persuade que, teniendo presente el legislador y preguntado en el caso sería del mismo acuerdo”.⁴⁸ O sea, el juez actúa claramente de un modo distinto al prescrito por el legislador, pero conforme a una convicción de que éste, en su caso, le habría dado la razón. Según esto, cuando las leyes no encargan expresamente al juez resolver en equidad y “las circunstancias del caso la piden o se cree o finge pedirla, incidimos en el caso de un juicio arbitrario”.⁴⁹

Hay que distinguir, pues, entre arbitrio y arbitrariedad. “El arbitrio que se concede al juez en algunos casos no es un arbitrio libre y absoluto; es un arbitrio regulado por las leyes y el derecho”, como enseñan múltiples autores tales como Tiraquel, Velasco, Bobadilla, Larrea y Valenzuela.⁵⁰

Se abusa del arbitrio judicial cuando el juez resuelve al margen de la ley y de la razón, es decir, a su amaño, conforme a su personal ingenio o corazón, según la llamada equidad cerebrina: “A semejantes equidades llaman y con razón los doctores cerebrinas porque no tienen fundamento en la ley ni en la razón, sino que cada uno se finge a su antojo, acomodándola según los delirios de su fantasía a las ideas de su ignorancia, precipitación o ciega pasión”.⁵¹

Lo contrario de esta equidad cerebrina es la equidad o razón natural. Castro, como la mayoría de los autores, rechaza de plano que el derecho romano tenga en España fuerza de ley a falta de ley del reino, es decir, que rija *ratione imperii*. En cambio, conviene en que “sólo las leyes romanas son supletorias y obligan en cuanto son dictámenes de la razón natural”. Vale decir, *imperio rationis*. “Es mucha la distancia que hay entre estas dos opiniones —explica— pues dista mucho que el derecho romano tenga fuerza de ley o tanto valga, cuanto la razón natural en que se funda”.⁵²

Lo cual se aplica en general a los autores de Derecho Común, nacionales o extranjeros, “puesto que el Derecho Romano es común de casi toda la Europa, también le son comunes las interpretaciones de los jurisconsultos europeos. Y así los autores y doctores o intérpretes

⁴⁷ *Ibid.*, 178.

⁴⁸ *Ibid.*, 184.

⁴⁹ *Ibid.*, 185.

⁵⁰ *Ibid.*, 181. TIRAQUEL, Andrés, *Inter Regulas iuris*, Lyon, 1560. VELASCO, Pedro, *De Iudice perfecto*, 12, 14. BOBADILLA, Jerónimo Castillo, de, *Política para corregidores y señores de vasallos*,

Madrid, 1597, 2, 10, 27. LARREA, Juan Bautista, *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis*, 2 vol., Lyon, 1658, 68. 8. VALENZUELA, Joannes, *Consilia sive responsa iuris*, 2 vol., Ginebra, 1727, 69 y 211 y 90, 21.

⁵¹ CASTRO, nota 28, 186.

⁵² CASTRO, nota 28, 59.

franceses, italianos o alemanes, no nos son a los españoles de menos autoridad que los nacionales, cuando se trata de negocio expresamente decidido por la ley del reino y en este mismo sentido observamos decisiones de los tribunales extranjeros con casi la misma decisión con que veneramos las de los nuestros”.⁵³

Pero ya en tiempos de Castro la razón crítica había comenzado a erosionar la autoridad del derecho romano, en cuanto a expresión de la razón natural. Este autor no vacila en decir que si el derecho romano no tiene otra fuerza que la de la razón natural en que se funda: “puede bien ahorrarse el trabajo de estudiar ansiosamente un derecho que sólo vale en cuanto vale la razón natural, pudiendo ésta fortalecerse de otros principios o de otro modo explicados que lo han hecho los romanos”.⁵⁴

Esto es cabalmente lo que hace la ley portuguesa de la *boã razão*. Allí se amplía la noción de razón natural, para comprender, además del derecho romano, elementos sancionados por el derecho de gentes o por la legislación de las naciones más ilustradas. Después de reconocérsela como supletoria del derecho vigente, se dice “que consiste en los primitivos principios que contienen verdades esenciales, intrínsecas e inalterables, que la ética de los mismos romanos había establecido y que los derechos divino y natural formalizaron para servir de reglas morales y civiles entre los cristianos”. Pero, además, se habla de “aquella buena razón, que se funda en otras reglas, que por unánime consentimiento estableció el derecho de gentes para la dirección de todas las naciones civilizadas” y de “aquella buena razón, que se establece en las leyes políticas, económicas, mercantiles y marítimas que las mismas naciones cristianas han promulgado con manifiesta utilidad del sosiego público, del establecimiento de la reputación y del aumento de los capitales de los pueblos, que con la disciplina de estas sabias y provechosas leyes viven felices a la sombra de tronos y bajo los auspicios de sus respectivos monarcas y príncipes soberanos”.⁵⁵

Pero esto no es todo. En ciertas materias se antepone esa legislación de otras naciones ilustradas y cristianas al derecho romano. “Mucho más racional y mucho más coherente que en estas interesantes materias —política, económica, mercantil, marítima— se recurra antes en casos de necesidad al subsidio próximo de las sobredichas leyes de las naciones cristianas, ilustradas y cultas, que con ellas están resplandeciendo en la buena, depurada y sana jurisprudencia”.⁵⁶

Sin embargo, no era fácil de comparar las soluciones del derecho romano con derechos tan diferentes como el natural, divino, de gentes, político, económico, mercantil y marítimo. Por ello en los Estatutos de la Universidad de 1772 se admitió “como camino más plano y corto” que se indagase “el uso moderno de las mismas leyes romanas entre las sobredichas naciones, que hoy habitan Europa”.⁵⁷ De este modo se consagró en Portugal como derecho subsidiario el *usus modernus Pandectarum*.⁵⁸

VI

Codificación y *aequitas constituta*

En la codificación se refleja la prevención ilustrada hacia la equidad. En parte es fruto de la exaltación de la razón humana de la que los códigos pretenden hacerse intérpretes. Se procura entonces por todos los medios asegurar el predominio de la legislación. Se teme que por la vía de la equidad renazcan los antiguos derechos.⁵⁹ Todo lo cual se

⁵³ *Ibid.*, 22.

⁵⁴ *Id.*, p. 59.

⁵⁵ Ley de 18 agosto 1769, 9. Véase nota 26.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Estatutos da Universidade*, 2, 5, 3, párrafo 6, SILVA, nota 26, esp. p. 470, nota 2.

⁵⁸ Véase nota 26.

⁵⁹ Sobre esto en general, THIEME, Hans, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basilea, 1947. Cito Basilea, 1954. SOJKA-ZIELINSKA, Katarzyna *L'équité et les codes civils du XIX-é. Siècle*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 3 vols., Florencia, 1976-77, 2, 995 ss.

manifiesta en una preferencia por la *aequitas constituta*, contenida en las leyes, sobre la *nondum constituta*, que tiene en el derecho romano su principal expresión.

No es el caso del *Codex maximilianeus bavaricus civilis* de 1756, que se atribuye a sí mismo un papel supletorio y admite expresamente la vigencia subsidiaria del derecho romano y lombardo.⁶⁰ En cambio el ALR prusiano, que tiene valor supletorio, pretende “substituir al derecho ordinario sajón y a los otros derechos tomados del extranjero” entre los que se incluye el romano.⁶¹

La cuestión se planteó abiertamente en Austria. El WGB de 1797 se remite a los principios de derecho natural en caso de oscuridad de la ley.⁶² Karl Anton von Martini (1726-1800), su principal autor, participaba de la convicción, generalizada entre los juristas europeos e iberoamericanos de su tiempo, de que el derecho romano “está tomado en gran parte de las leyes naturales, conforme a las cuales deben resolverse los pasajes incompletos o dudosos de los códigos romanos”.⁶³

La mencionada disposición del WGB suscitó numerosas objeciones. Franz von Zeiller (1753-1828), que fue encargado entonces de dirigir los trabajos de codificación, pensaba, a diferencia de su maestro Von Martini, que el derecho deriva, en última instancia, de la razón y, por tanto, atribuía especial valor a la *aequitas constituta*, derivada de la ley y desconfiaba de la equidad natural, que le parecía podía terminar fácilmente en una *aequitas cerebrina*. En consecuencia, criticó al WGB por su carácter abstracto y el empleo de fórmulas filosóficas. Según él, en el código no había lugar para normas morales.

Para Zeiller “el derecho no es hechura de los hombres y los gobernantes no son creadores de él. Todos los derechos derivan originariamente de la razón. El legislador es órgano de ella, una antorcha que ilumina prácticamente la razón jurídica”.⁶⁴ Es decir, la legislación positiva, dictada por los gobernantes, precisa de una fundamentación anterior, suprapositiva puesto que los derechos son “otorgados por un poder todavía más alto”.⁶⁵ En este sentido “los derechos se fundan en el carácter racional del sujeto y derivan de la razón. De ella tienen su valor, por encima de todo condicionamiento a un contexto social previo”.⁶⁶ De ahí que el código tenga un contenido fundamental anterior y superior al legislador. En todo caso, debe “destacar constantemente el respeto a la dignidad del hombre, a la equidad, a las buenas costumbres y a la religión”.⁶⁷ En consecuencia, para el Estado será siempre conveniente que “las leyes de la justicia sean acatadas en virtud de este resorte, eficaz en todos los casos posibles, y no en virtud de puro temor al castigo civil”.⁶⁸

Por este camino llega Zeiller a la convicción de que no cabe imponer la legislación desde arriba prescindiendo de las creencias, costumbres y modo de ser de cada pueblo. Antes bien, las leyes han de adaptarse a ellas. Si no, serían inhumanas, arbitrarias y abusivas. “Un legislador sabio, prudente y humano —dice— se cuida en materia de justicia no menos que en materia política de no derribar el antiguo edificio para levantar uno completamente nuevo”.⁶⁹

⁶⁰ *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, arts. 9 a 11, trad. castellana VERLANGA Y MUNIZ, nota 32. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga 1952, trad. castellana, Madrid, 1957, p. 297. POPPERL, Peter, *Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, Bamberg, 1867, GAGNER, nota 1.

⁶¹ *Ley promulgatoria*, art. 3, Véase nota 32.

⁶² *Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurf Martinis*, 1, 1 párrafo 12, ahora en HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Der Codex thesianus und seine Umarbeitungen*, vol. 5, Viena, 1886.

⁶³ MARTINI, Karl Anton, von, *Lehrbegriff des Natur-Staats- u. Völkerrecht*, Viena, 1783-84, esp. p. 108 ss. CONRAD, Hermann, *Rechtsstaatlichen Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Osterreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, Colonia-Oplanden, 1961, pp. 27 ss.

⁶⁴ ZEILLER, Franz von, *Conferencia ante la Hofkommission in Gesetzsachen 21 dic. 1801*, en PFAFF, Leopold y HOFMANN, Franz, *Excursus über österreichisches bürgerliches Recht*, Viena, 1877, 1, pp. 36 ss., la cita, p. 43. Para esto y lo que sigue, EBERT, Kurt, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* en ZRG Germ. Abt. 85, 1968, esp. p. 116. MONNHAUPT Heinz, *Zeillers, Rechtsquellenverständnis* en SELB, WALTER y HOFMEISTER, Herbert (comp.) *Forschungsband, Franz von Zeiller (1751-1828)*, Viena, Graz, Colonia, 1980.

⁶⁵ ZEILLER, Franz von, *Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde im Straf- und Civil-Justiz-Fache*. Viena-Trieste, 1810, p. 4.

⁶⁶ ZEILLER, nota 65, p. 40.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁸ *Conferencia*, nota 64, p. 45.

⁶⁹ ZEILLER, nota 65, p. 60.

En esta breve frase parece estar sintetizado el contraste entre las dos vertientes de la Ilustración: la reformadora y la revolucionaria. La revolución triunfó en Francia. Es radical. Alienta pretensiones fundacionales. Quiere comenzar de nuevo, partir de cero. Por eso es intolerante y destructora. Intenta hacer tabla rasa del pasado. Liberar a los pueblos de sus creencias y de su pasado, para someterlos a los dictados de la razón, es decir, de los ilustrados. Con este objeto acude a la violencia. Es decir, intenta imponer desde arriba, sin contemplación alguna, los ideales de la Ilustración. La vía de las reformas es la de las monarquías ilustradas, como Austria, Prusia, Toscana, Nápoles, España y Portugal. Es más realista. Cuenta con el tiempo y con la diversidad de los pueblos. Por eso, como hace notar Zeiller, tantea el terreno. Gradúa el avance según las posibilidades y la situación de cada pueblo. Es decir, intenta como la revolución imponer desde arriba los ideales de la Ilustración, pero de un modo razonable, por la vía de mejoras parciales, pero efectivas. No siempre acierta a ello. En ocasiones no logra acompasar el ritmo de las reformas con las condiciones del momento. Sobrevienen entonces protestas y revueltas que, por lo general, no determinan un cambio de política, sino sólo de ministro, de medidas o, en fin, de otros medios.

A tono con la anterior fundamentación del derecho legislado en la razón, el ABGB dio una marcada preferencia a la *aequitas constituta* sobre la simple equidad natural. Si se piensa que la ley no es mera obra del legislador, sino que proviene de la naturaleza racional del hombre, es lógico que para llenar los vacíos de ella se apele en primer lugar a la razón, tal como se encuentra reflejada en las propias leyes. Se antepone así esta equidad de las leyes a la puramente natural. "Cuando una causa judicial no pueda ser decidida ni según el texto literal ni según el sentido natural de la ley, deben tomarse en consideración casos análogos contemplados por las leyes, así como los motivos de las leyes que tratan casos análogos. Si aún así permaneciera dudosa la causa, deberá ser decidida según los principios de derecho natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*)".⁷⁰

Esta expresión dio pie a grandes discusiones. Desde luego, Zeiller rechazó la traducción "principios jurídicos naturales". En su Comentario al Código se muestra muy contrario a la *aequitas cerebrina* que, según dice, "convierte al juez en legislador". Sostiene que, aun en los casos en que el juez acuda a estos principios, debe evitar que "el caso caiga en el libre campo de los razonamientos y en la arbitrariedad".⁷¹ Para evitarlo debe resolver en armonía con el código.⁷²

En cuanto al derecho romano Zeiller, que no era un buen conocedor de él, distinguía, no obstante, entre el conocimiento corriente entonces y el que podía adquirirse si se iba a las fuentes. Lo que no podía menos que conducir a la crítica de las construcciones jurídicas superpuestas en los últimos seis siglos a los primitivos textos romanos por los autores de Derecho Común. Pero esta misma crítica lleva, según él, a poner más de relieve el valor permanente del derecho romano. "Quien conoce la legislación romana no a través de meros compendios y manuales, quien ha estudiado con incansable dedicación sus fuentes, no puede poner en duda que ella encierra un tesoro de conocimientos útiles... Abarca casi todos los asuntos jurídicos de su tiempo, la mayor parte de los cuales aún hoy se presentan en la vida civil y, en comparación al conjunto de esas instituciones y situaciones jurídicas, es muy poco lo que ha hecho surgir el espíritu de los tiempos posteriores y no puede ser relacionado con las leyes romanas. Ellas iluminan, especialmente en las *Pandectas*... los asuntos jurídicos

⁷⁰ ABGB 7, traducción nota 34.

Al respecto hay una rica bibliografía. DNIESTRZAŪSKI, Stanislaus, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze en Festschrift zu Jahrhundertfeier des Allge-meinen bürgerlichen Gesetzbuches* 1 Juni, 1911, 2 vol., Viena, 1911. Allí mismo: SCHEY, Josef Freiherr von, *Gesetzbuch und Richter*, KOSCHENBAHRLYSKOWSKI, J., *Zur Stellung als romisches Recht in allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Osterreich*. WELLSPACHER, Moritz, *Das Naturrecht und das*

allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. SWOBODA, Ernst, *Franz von Zeiller*, Graz, Viena, Leipzig, 1931. WIEACKER, nota 60. THIEME, nota 59. EBERT, nota 64. SOJKA-ZIELINSKA, nota 59.

⁷¹ ZEILLER, Franz, *Commentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, Viena y Trieste, 1811, 1, p. 68. Cfr. Conferencia, nota 64, p. 40.

⁷² ZEILLER, nota 65, 1, pp. 64 ss. SWOBODA, nota 70, esp. pp. 51ss.

desde todos los lados y deciden las cuestiones jurídicas involucradas en ellos con un examen crítico de los fundamentos contrapuestos de un modo en la mayor parte de los casos justo y convincente”.⁷³ A la luz de esta visión renovada del derecho romano se entiende el alcance de su afirmación “el derecho romano es la base de nuestro derecho patrio, cuyo estudio sistemático y bien encaminado debe mirarse como preparación fundamental para la enseñanza de éste”.⁷⁴

En otras palabras, a los ojos de Zeiller el derecho romano había perdido prácticamente toda significación propia después de la codificación. Sólo subsistirá para los asuntos anteriores al ABGB. Para los futuros se aplicará únicamente en cuanto esté incorporado a ese cuerpo legal. En suma, según él, el derecho romano, y en general todo el Derecho Común, se había convertido en mero antecedente de derecho codificado.

Sin embargo, vale la pena advertir que ésta no era la opinión dominante. La Hofkanzlei en una exposición del 30 de noviembre de 1807, en favor del mantenimiento del estudio del derecho romano, expuso con notable claridad los fundamentos que hacían necesario su estudio. Comienza por decir que el derecho civil romano era, desde hacía tantos siglos, el derecho común de todos los pueblos civilizados de Europa y el único vínculo mediante el cual ellos mantenían nociones comunes no sólo en materia de derecho privado, sino en materia internacional y estatal. Añadió que la jurisprudencia romana, con excepción de algunas de sus partes, es sinónimo de razón común, de sentimiento moral humano, de la prudencia judicial llegada a su madurez, tras siglos de experiencia. Ella, insistió, es el resultado de la reflexión de tantos estadistas y de estudiosos que han trabajado en tribunales y cátedras este campo de múltiples estratos, así también como en los consejos de gabinete de los gobernantes. En una palabra, la jurisprudencia romana es la más rica colección de principios comunes de la jurisprudencia aplicados a esos particulares.⁷⁵

La codificación francesa parte de presupuestos muy similares. Iniciada después que la austríaca, llegó a término algunos años antes que ella.

En contraste con el ABGB, el Code Civil francés no mencionó ningún derecho supletorio. Se limitó a ordenar al juez fallar, aunque no hubiera ley sobre el caso. El proyecto del año VIII (1799) se abrió con el siguiente artículo: “Existe un derecho universal e inamovible, fuente de todas las leyes positivas. No es otro que la razón natural en cuanto gobierna a los hombres”.⁷⁶

De acuerdo con lo anterior, se decía más adelante: “En las materias civiles, el juez en defecto de ley precisa es ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos recibidos ante el silencio de la ley positiva”.⁷⁷

Estas expresiones son muy similares a las de Zeiller, por ejemplo, en su famosa conferencia de 1801. La coincidencia no es casual. Muestra la unidad de pensamiento que existe entre los codificadores austríacos y franceses, que deriva de la Ilustración y se manifiesta, en esta materia, en la exaltación del derecho natural frente al derecho positivo.

Los mencionados artículos del proyecto del año VIII no pasaron al código, pero son reiterados en los años siguientes por diversos juristas, en especial por Portalis y Toullier.

Jean Etienne-Marie Portalis (1746-1807) es el autor del conocido *Discours préliminaire* al proyecto de Code Civil de 1801 (año IX). Su coincidencia con von Zeiller es palmaria. Hasta ahora no ha sido suficientemente destacada. Como él, sostiene Portalis, “el Derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o no deben ser sino el Derecho reducido o reglas positivas, a preceptos singulares”. Añade: “La razón en tanto gobierna ilimitadamente a todos los hombres, se llama

⁷³ ZEILLER, nota 65, 1, pp. 31 ss.

⁷⁴ *Ibid.* p. 39 ss.

⁷⁵ STEINWENTER, A., *Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation der bürgerlichen Rechtes in Osterreich* in KOSCHAKER, Paul, *Studi in memoria di*, 2 vols., Milán, 1954, 1, p. 415.

⁷⁶ *Project de Code Civil...*, París, año IX, Libro preliminar, art. 1, ahora en FENET, P. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, 15 vols., París, 1836 ss, 2, p. 1.

⁷⁷ *Ibid.*, libro preliminar, título 5, artículo 11.

Derecho natural y en las relaciones de pueblo a pueblo se llama Derecho de gentes".⁷⁸ Distingue el orden físico de lo moral y jurídico: "Los jurisconsultos romanos, hablando del matrimonio, han confundido el orden físico de la naturaleza, que es común a todos los seres animados, con el Derecho natural, que rige exclusivamente a los hombres y está fundado en las relaciones de los seres inteligentes y libres, con sus semejantes".⁷⁹

De ahí deduce, al igual que Von Zeiller, que el poder del legislador no es ilimitado ni arbitrario y debe usarse con mesura. Pero, a diferencia del codificador austríaco, Portalis no habla del respeto a una dignidad, creencias y costumbres inamovibles, sino tan sólo de tenerlas en cuenta: "Sus leyes jamás deben ser más perfectas que lo que puedan soportar los hombres a quienes están destinadas. Debe consultar las costumbres, el carácter y la situación política y religiosa de la nación a que representa".⁸⁰ Este contraste es también el que existe entre las reformas ilustradas de Austria, que están al servicio de un orden establecido, cuyos fundamentos son Dios-Emperador-Patria, y la Revolución de Francia, que intenta implantar un orden radicalmente nuevo, irreligioso y cosmopolita, mediante abolición de creencias, gobiernos y patrias, que a sus ojos no son sino barreras artificiales entre los hombres. Según es sabido, Portalis estaba lejos de compartir este espíritu revolucionario y escribe cuando éste se halla en reflujó, bajo la dictadura de Napoleón. Acaso este pasaje no sea más que una concesión, no muy consciente, al lenguaje que prevaleció en Francia antes de la dictadura napoleónica.

En todo caso, Portalis tenía una experiencia de la revolución que Zeiller no sufrió y que le llevó a escribir: "En nuestros tiempos hemos amado demasiado los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de la ignorancia son teatro del abuso, los siglos de luces y de filosofía no son con harta frecuencia más que el teatro de los excesos".⁸¹

De esta manera llega a reconocer la limitación propia de las leyes y el papel que en todo caso corresponde al juez. Aquí su pensamiento se sitúa de lleno dentro de la tradición europea y francesa del Derecho Común: "Las leyes positivas —escribe— jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan varias, las comunicaciones entre los hombres, tan activas, sus intereses, tan múltiples, sus relaciones, tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo... Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado".⁸²

Y explica que la inmovilidad de la ley se contraponen a la movilidad de la vida social: "Las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás; viven en constante actividad y ese movimiento nunca se detiene y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce una combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la decisión de los hombres instruidos, el arbitrio de los jueces".⁸³

Una es la labor de los legisladores y otra la de los jueces: "La sabiduría del legislador consiste en encontrar en cada materia los principios más favorables al bien común; la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificados, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata y no exponerse a ser a la vez esclavo y rebelde, desobedeciéndole por espíritu de servidumbre".⁸⁴

Este arbitrio judicial no se confunde en modo alguno con arbitrariedad, porque está

⁷⁸ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire Code Civil* (1801), trad. castellana RIVACOBÁ, Manuel, con estudio preliminar, Valparaíso, 1978, p. 46.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁸¹ *Ibid.*, p. 54.

⁸² *Ibid.*, p. 35-36.

⁸³ *Ibid.*, p. 36.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 45.

reglado por la jurisprudencia. El juez debe olvidar “que, si bien existen cosas libradas al arbitrio de su razón, no existe ninguna que lo esté a su mero capricho y voluntad”.⁸⁵ De ahí que, en todas las naciones civilizadas se vea formarse siempre, cabe al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación”.⁸⁶

Al tratar de la integración del derecho, Portalis establece la misma prelación que Zeiller: primero la ley, luego la costumbre o la *aequitas constituta* y, por último, la simple equidad natural.

“Cuando la ley es clara, precisa seguirla; cuando es oscura, precisa profundizar sus disposiciones. A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre o la equidad. Y añade, con palabras del proyecto del año VIII, “La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas”.⁸⁷

Como explica en otro pasaje: “Sin duda sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias hace las veces de ley. Y cuando no se cuenta con nada establecido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios de derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y está detrás de cuanto puede interesar a los hombres”.⁸⁸

Equidad y derecho natural son lo mismo. El derecho romano, en cuanto *ratio scripta*, es expresión de esta equidad. Con no menos decisión que Zeiller, Portalis indica que se debe ir a las fuentes para discernir la *ratio scripta*, de lo que pertenece a otros tiempos y no tiene vigencia actual. “El Derecho escrito que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado a Europa. La mayor parte de los autores que censuran el Derecho romano blasfeman de algo que ignoran. Finalmente se convence uno de que si en las colecciones que nos han sido transmitidas de dicho derecho, se sabe distinguir las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita, de aquellas que atañen sólo a razones específicas, extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres”.⁸⁹

La coincidencia entre los codificadores se prolonga entre los comentaristas o expositores de los códigos: el propio Von Zeiller para el ABGB, un Toullier o un Delvincourt para el *Code Civil*. También en Francia la disposición relativa a la integración del derecho codificado suscitó grandes discusiones. Como en Austria se sostuvo que una jurisprudencia que no descansara “sobre la base fija de la ley sino sobre principios indeterminados de la equidad” podía ahogar la voz del legislador.⁹⁰

Finalmente, se optó por la disposición del art. 4 que abroga el referimiento al legislador y, por tanto, dispone: “El juez que rehúse juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.

Para diversos autores, comenzando por Portalis, en estos casos el juez debía fallar en equidad. Por tal entendieron, como lo habían hecho D'Aguesseau (1668-1751),⁹¹ Domat⁹² y tantos autores anteriores, el derecho romano.

Así, por ejemplo, Toullier al tratar de este artículo en *Le droit civil français suivant le code* no trepida en parafrasear el proyecto del año VIII: “Pero aunque la ley esté muda,

⁸⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 36-37.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁰ SALEILLES, Raymond, *Le code civil et la méthode historique en Le Code Civil 1804-1904*, Li-

vre du Centenaire, 2 vol., París, 1904, p. 102. Para esto y lo que sigue SOJKA-ZIELIMSKA, nota 59. GUZMAN, notas 38 y 39.

⁹¹ D'AGUESSEAU, Henri-François, *Oeuvres Completes*, 13 vol., París, 1759-89.

⁹² DOMAT, nota 16.

el juez en los asuntos civiles, no está por eso menos obligado a pronunciarse; se convierte en ministro de la equidad, es ley parlante, *lex loquens*".⁹³

Y precisa lo que entiende por equidad: "Se ha dicho en todos los tiempos que ella era el suplemento de las leyes; nada más justo ni verdadero, con tal que la equidad sea dirigida por la ciencia, sin la cual el magistrado ha de temblar antes de sentarse en el templo de la justicia y sin la cual el espíritu no hará más que vagar en la búsqueda de un fantasma de equidad puramente imaginario. Sobre todo es en los escritos de los jurisconsultos romanos en donde él encontrará guías seguras y reglas de decisión infalibles". Y cita al respecto D'Aguesseau, para quien "este solo libro (el *corpus iuris*) desenvuelve sin tropiezo los primeros principios y las últimas consecuencias del derecho natural".⁹⁴

Del mismo modo entiende Delvincourt en sus *Institutes de droit civil français* el mencionado artículo 4: "Si las leyes positivas están mudas o son oscuras o insuficientes, el juez debe suplirlas, sea por indicaciones sacadas de las mismas leyes sobre otros objetos, sea incluso por la equidad natural".⁹⁵ Estamos de nuevo ante las dos formas de equidad, *constituta* y *nondum constituta* o natural. Sobre el significado de ésta nos ilustra el propio Delvincourt, en una nota. Allí muestra cómo el juez avocado a llenar la laguna legal del art. 1426 del Code civil, debe resolverla fundándose en el principio *nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento*. Según observa Guzmán, "cuando Delvincourt glosa la expresión *equité naturelle*, ilustrándola a través de un ejemplo concreto, no sabe sino invocar textos, nada menos que del Digesto de Justiniano... La equidad natural para Delvincourt, en este caso al menos, aparece expresada en el derecho romano".⁹⁶

En los países de derecho castellano y portugués se admite, en general, al derecho romano como supletorio del derecho codificado.

Los primeros códigos civiles de Oaxaca o de Bolivia no se refieren al punto.⁹⁷ En Chile la cuestión se suscitó a propósito de la ley sobre fundamentación de las sentencias de 1837. El fiscal de la Corte Suprema aclaró su contenido y su vista recibió sanción legal.⁹⁸

El dictamen se basa en el derecho castellano tal como desde hacía tres siglos regía en América. Invoca a cada paso las Partidas y la Novísima Recopilación. Revela un amplio conocimiento no sólo de los juristas castellanos y portugueses, sino del derecho europeo, tanto por lo que toca a la legislación —ABGB o Code Civil— como a los autores, Portalis, Delvincourt y demás. No menciona la palabra equidad. Habla de "máximas eternas de derecho natural" o "principios generales de jurisprudencia", "reglas y principios generales de derecho", "principios generales de derecho", "espíritu de las leyes", "principio deducido de las leyes", pero no de equidad. Por otra parte, confirma como indubitable el papel supletorio del derecho romano.

⁹³ TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Civil*, París, 1811 ss., cito ed. 1819, 1, p. 114.

⁹⁴ Id., 1, p. 116.

⁹⁵ DELVINCOURT, M, *Institutes de droit civil français*, París, 1813, incluido dentro de su *Cours de Droit Civil*, París, 1819. Cito, *Cours* según ed. 3 vol., París, 1824, 1, p. 12.

⁹⁶ GUZMÁN, nota 38, p. 128.

⁹⁷ Véase nota 35.

⁹⁸ (EGAÑA, Mariano), *Dictamen sobre la consulta de la Corte Suprema acerca del cumplimiento de la ley de fundamentación de las sentencias*, Santiago, 20 febrero 1837, en sus *Vistas fiscales* 3 vol., Archivo Nacional (Chile), 2 fs.167 ss. ahora en *El Araucano* 340, Santiago, 10 marzo 1837. El decreto que confiere fuerza de ley al dictamen del fiscal, 1 marzo 1837, ibíd. Sobre esta ley hay una numerosa bibliografía. No obstante, están por analizarse los autores y textos legales que Egaña utiliza en él. BRAVO LIRA, Bernardino, *Bello y la Judicatura, La codificación proce-*

sal, en Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho, Santiago, 1982, esp. p. 145 ss. El mismo, *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal* en RCHHD 9, 1984. El mismo, *La codificación en Chile 1811-1907, dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana* en REHJ 12, 1987. Sobre la aplicación de la ley sobre fundamentación de las sentencias en Chile, FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista, en Congreso internacional*, ut supra p. 77 ss. GUZMAN, Alejandro, notas 38 y 39. El mismo, *Historia del "Referimiento al legislador". II. El Derecho Nacional Chileno en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7, Valparaíso, 1982. HANISCH, Hugo, *Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX* ibíd., 1982. MERELLO ARECCO, Italo, *La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la demencia en materia judicial* ibíd. 8, 1983.

Comienza por señalar con palabras similares a las de Francisco de Castro la necesidad de integración del derecho legislado. “No se podría encontrar código que para cada caso particular de cuántos pueden ocurrir, contuviere una disposición terminante y adaptada ex profeso a él”.

Luego pasa revista a los diversos medios de integración. Como el ABGB, pone en primer término la *aequitas constituta*, esto es, contenida en la legislación: “para esto sirven las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de jurisprudencia, las leyes análogas y las decisiones de los Tribunales y opiniones de los jurisconsultos que esclarecen aquellos principios, descubren el espíritu de las leyes que pueden ser aplicables y demuestran la extensión que puede dárseles a falta de otra disposición particular”.

A continuación cita a D’Aguesseau, quien decía “que la conciencia y las luces del magistrado forman el complemento de la ley” porque “no siendo posible dictarse leyes que comprendan todos los casos, es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que, siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras”. “Esto es —explica— lo que se llama interpretación doctrinal” que se apoya en Partidas 1,1,13.

Muy distinta de esta situación es el vacío legal que se produce “si los tribunales encontrasen que absolutamente no hay ley o principio deducido de las leyes por donde juzgar o que los que hay ofrecen en su interpretación duda racional y fundada”.

Así se llega a la vigencia de “las leyes romanas en defecto de las nuestras”. Egaña insiste con vigor en la antigua legislación y doctrina castellanias. Como Mayans, recalca que de ningún modo son leyes, no rigen *ratione imperii*, pero sin duda se pueden aplicar *imperio rationis*: “no se deben sustanciar y juzgar los pleitos por el derecho romano cuyas leyes según auto 1, libro 3 de la Recopilación, no son ni deben llamarse leyes en España, sino sentencias de sabios que sólo pueden seguirse en defecto de la ley y en cuanto se ayudan por el derecho natural y conforman el real”.

En suma, Egaña, aunque no emplee la expresión equidad, reconoce al derecho romano el mismo papel supletorio que le atribuían los autores castellanias, en cuanto veían en él un paradigma de la equidad. Así, por lo demás lo entendió Bello, quien entonces trabajaba en la codificación civil. En un artículo publicado en 1839 defiende la ley sobre fundamentación de las sentencias y sostiene que si la ley calla “habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio”.⁹⁹ Una década después, durante la discusión de una nueva ley sobre fundamentación de las sentencias, Bello propuso que dicha fundamentación consistiera en “las disposiciones legales, en defecto de éstas, la costumbre que tenga fuerza de ley; y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”. En apoyo de su sugerencia Bello invocó la práctica de los tribunales. Dijo que con ella no hacía otra cosa que “agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas”, ya que, a falta de ley y de costumbre “no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural”.¹⁰⁰ O sea, para Bello razones de equidad natural y principios de la razón natural eran sinónimos. La nueva ley sobre fundamentación de las sentencias de 1851 se conformó a lo propuesto por Bello. Se remitió a las “razones de equidad natural”.¹⁰¹

En cambio el código civil del Perú, promulgado el año siguiente, no menciona la equidad. Parece combinar el art. 4 del *Code* francés con el 7 del ABGB. Así impone al juez la obligación de fallar, aun sin ley o cuando ella es insuficiente u oscura. Pero completa esta disposición con una indicación del derecho supletorio, que sigue el orden de la prelación del ABG. Manda al juez resolver “atendiendo 1º al espíritu de la ley, 2º a otras disposiciones sobre casos análogos, y 3º a los principios generales del derecho”.¹⁰² Es decir, antepone la *aequitas constituta* a la *nondum constituta*.

⁹⁹ BELLO, Andrés, *Necesidad de fundar las sentencias* en *El Araucano* 479, Santiago, 1 noviembre 1839. Sobre su labor codificadora, GUZMAN nota 2.

¹⁰⁰ Senado, sesión 31 julio 1850 en *Sesiones del*

Congreso Nacional, Santiago 1850.

¹⁰¹ Ley 12 diciembre 1851 en *Boletín de las leyes* 19,9, Santiago, 1851.

¹⁰² Véase nota 97.

Así llegamos finalmente al código civil chileno. Sus redactores dejan expresamente en pie lo dispuesto por la ley de 1851 para el caso de vacío legal. Pero no lo incorporan al texto por considerar que esta regla es "más propia del Código de Enjuiciamiento".¹⁰³ En consecuencia, se contraen sólo a la interpretación de los pasajes oscuros o contradictorios. A esta materia destinan el art. 24, que reza: "En los casos en que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Entre las fuentes de este precepto se señala, al igual que para el artículo precedente que proscribe la regla *odia restringi*, el Código de Luisiana, concretamente su art. 21. Este, a su vez, indica como fuente a Toullier, pero, al parecer, deriva, a través de él de ese art. II del título V del libro preliminar del proyecto francés del año VIII, que como vimos en definitiva no pasó al Code. Además, se indica como fuente del art. 24 del código chileno, el pasaje de Delvincourt, reproducido más arriba, en el que este autor señala como supletoria a la *aequitas constituta* y en su defecto "incluso a la equidad natural".¹⁰⁴

Ya sabemos lo que Delvincourt entendía por tal, que, por lo demás, coincide con lo que hasta entonces entendían también los autores de derecho castellano y portugués. Todos concuerdan en estimar que el derecho romano es la principal y más autorizada expresión de la equidad natural.

En suma, en la legislación chilena se tratan por separado los dos casos de integración del derecho vigente. De las lagunas legales se ocupa la ley de 1851 y de la ley oscura o contradictoria, el código civil. Pero en uno y otro casos se recurre expresamente a la equidad.¹⁰⁵

El art. 3 de la ley de 1851 recibió una nueva redacción al ser incorporado al Código de Procedimiento Civil de 1902. Después de varias vicisitudes el art. 170 de ese cuerpo legal exigió que la sentencia contuviera "la enunciación de las leyes y, en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

En resumen, la codificación que no vaciló en desligar los derechos nacionales del Derecho Común no eliminó del todo su vigencia supletoria. Al menos ese es el caso de Chile, donde, como ha demostrado Alejandro Guzmán en penetrantes estudios, las referencias del derecho codificado a la equidad como elemento integrador de la legislación vigente han de entenderse hechas ante todo al derecho romano.

EPILOGO

Del derecho nacional legislado al abuso gubernativo

La fortuna próspera o adversa de la regla *odia restringi* y de la *aequitas non constituta* es sumamente ilustrativa. Arroja nueva luz sobre el significado y alcance de la codificación en países de Derecho Común, como los de Europa continental y de América hispana.

Derecho nacional absoluto

No es éste el lugar para tratar de la significación histórica de la codificación. Hasta ahora se la ha investigado preferentemente en función de la población, en cuanto regula su vida jurídica. Se ha puesto el acento en el contenido, más o menos innovador, de los códigos.

¹⁰³ Comisión revisora del proyecto de Código Civil de 1853, art. 4 ahora en GUZMAN nota 2, 2 p. 339. El mismo, *Algunas actas de sesiones de la comisión revisora del Proyecto de Código Civil de 1853 en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5, Valparaíso, 1980.

¹⁰⁴ Véanse notas 77, 90, 93 y 95, con bibliografía allí indicada.

¹⁰⁵ Esta es la conclusión del cuidadoso análisis de GUZMAN, nota 38.

Sin entrar en esta cuestión, hemos abordado aquí el tema desde otro punto de vista. Hemos centrado la atención en el papel del juez.

No basta con averiguar hasta qué punto el derecho codificado representa una ruptura con el derecho anterior. Por esta vía no se tardó en comprobar que los códigos son cuerpos de derecho nacional. Como tales, constituyen una nueva versión del derecho vigente al tiempo de su elaboración, más bien que algo radicalmente distinto. Son sistemáticos y se adaptan a los ideales iusnaturalistas, pero su contenido está tomado fundamentalmente del derecho anterior. Eso sí, en ellos se han refundido en un solo cuerpo legal las dos vertientes que constituían ese derecho anterior: el derecho nacional y el Derecho Común.

Así, el Derecho Común no está ausente de los códigos, pero en ellos ha sido, por así decirlo, nacionalizado. Esto es, sin ir más lejos, lo que hace perder todo sentido a la regla *odia restringi*, sin necesidad de ningún precepto legal que así lo declare. Ya no hay dos masas de material jurídico que componer entre sí. Ambas están refundidas en un solo texto legal. Los códigos de derecho nacional son cuerpos jurídicos homogéneos para cuya elaboración se echó mano, más o menos ampliamente, del Derecho Común, que quedó absorbido dentro de su articulado. Sólo así pudieron concebirse los códigos como cuerpos legales autosuficientes, capaces de regular toda la vida jurídica. Y también sólo así pudieron desprenderse del Derecho Común, en cuanto no quedó recogido dentro de su texto.

En una palabra, el Derecho Común fue eliminado como tal. Sólo subsistió disuelto e inmovilizado en los códigos, no en virtud de la autoridad sin cesar renovada de los juristas, sino de la potestad de los gobernantes, expresada en el acto de la promulgación. Fuera de los códigos el Derecho Común tuvo un último refugio en la equidad. A ella se apela para integrar el derecho codificado en los casos en que presente vacíos, oscuridades o contradicciones. Pero en tales eventualidades el Derecho Común no entra a aplicarse como derecho propiamente tal, sino tan sólo como una expresión cualificada de la equidad.

Según esto, la transformación del derecho nacional en un derecho propio absoluto, que rige por sí mismo sin ulterior referencia a ningún otro derecho como el Común, depende en último término del juez y no de los códigos. Es él quien debe adoptar un nuevo modo de juzgar, encuadrado siempre dentro del derecho nacional codificado, sin sobrepasarlo para echar mano de un Derecho Común cultivado por juristas, cada vez que se encuentre ante un vacío o insuficiencia de aquel derecho legal. Sólo desde el momento en que el juez se acostumbra a actuar siempre dentro del marco del derecho codificado, puede decirse que se termina de romper el cordón umbilical que unía al derecho nacional con el Común.

Del iustum al iussum

Pero este divorcio tiene su precio. En todas partes es el mismo. No es otro que la conversión del derecho nacional en un derecho legislado, con todo lo que este legalismo significa de dominación del derecho por los gobernantes, de absorción del derecho por el Estado. La empresa en cierta manera prometeica de disociar al derecho nacional de ese otro derecho que, por ser de juristas, era supraestatal y podía llamarse y ser común a los pueblos de la mayor parte de Europa y América, sólo pudo consumarse por la acción del poder y mediante la legislación.

En este sentido, la codificación tiene un alcance político evidente. Es señal de un avance del poder, vale decir, de los gobernantes y del Estado en el terreno del derecho. En la misma medida en que el derecho nacional se desliga de la autoridad de los juristas, cae bajo la potestad de los gobernantes. Por eso, la transformación del derecho nacional en un derecho legislado supone un cambio en la posición de los gobernantes y del juez frente a él. Mientras el Estado y los gobernantes se superponen al derecho nacional, los jueces ven deteriorarse su antigua independencia. De nada sirve llamar poder a la Judicatura, si con ello se somete su actuación a una regulación restrictiva, similar a la de los poderes gubernativos. Con ello sólo se consagra una omnipotencia de la ley, cuya contrapartida no puede ser otra que la impotencia de los jueces frente a ella. Tal es el verdadero significado de la exaltación de la ley como principal, sino única fuente del derecho.

Pero esta legalidad por la legalidad no es manifestación de un fortalecimiento de la ley sino de su desvirtuación. Ahora sólo cuenta el *iussum*, sin importar si su contenido es *iustum*. La ley se vacía de contenido y por lo mismo tiende a convertirse en instrumento dúctil a las exigencias de los gobernantes de la hora, en mero *instrumentum regni*. A partir de este monopolio de la legislación, los gobernantes intentan monopolizar el derecho. Se llega así a una estatización del derecho, cuya máxima expresión en el siglo XX son los Estados totalitarios.

Como se dijo, el precio de esta exaltación del gobierno y de la ley no es otro que la degradación de la justicia y del juez. A la omnipotencia de la ley corresponde desde muy temprano la *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, para usar la expresión triunfal de Von Kirchmann.¹⁰⁶ La cuidadosa búsqueda prudencial y judicial del *iustum*, caso por caso, cede paso a la más expeditiva aplicación del *iussum*, la ley pareja impuesta desde arriba a todos por igual. La delicada tarea de dar a cada uno lo suyo, como pide la justicia, se reemplaza por la inhumana pretensión de dar a todos lo mismo, que equivale a una *summa iniuria* institucionalizada.

Juez y codificación

Esta es la otra cara de la codificación, más descarnada pero no menos impresionante. Mirada desde el punto de vista del juez, lo fundamental de la codificación no consiste ni se agota en la elaboración de cuerpos legales de derecho nacional. No se reduce a la obra de gobernantes que promueven la elaboración y aplicación de códigos. Una vez promulgados, su suerte depende en gran medida de los jueces, del modo como ellos los entiendan y apliquen. En este sentido es a los jueces a quienes corresponde abrir paso a la vigencia del derecho codificado y, a lo menos durante un tiempo, guardarla.

Esta faceta de la codificación ha sido pasada por alto demasiado a menudo. Pero los codificadores tenían muy claro que el nuevo cuerpo debía ser aceptable a los jueces. Al menos, así sucede con los grandes códigos, los que duraron, como el ABGB, el Code civil, el código penal español de 1848, el código civil chileno de 1857 y la generalidad de los códigos procesales de derecho castellano y portugués. El secreto de su larga vigencia parece ser el que Steinweiter señaló para el ABGB: que su contenido no introdujo nada profundamente nuevo y con su vigencia tampoco experimentó la práctica "ninguna profunda alteración".¹⁰⁷

Esto es precisamente lo que hace tan iluminador un estudio sobre la suerte de una regla del derecho, como la *odia restringi*. O del papel de la equidad. Ello nos pone directamente delante del juez y de su modo de actuar en los países de Derecho Común de Europa y América.

La regla antedicha no era sino una de las muchas que definían el papel del juez frente a la ley en el derecho anterior a la codificación. Según ellas el juez estaba para ciertos efectos por encima de las leyes.

Es decir, no sólo podía revisar su contenido antes de aplicarlas sino que, incluso, debía hacerlo. De otro modo, no habría podido discernir entre leyes odiosas y favorables o entre buenas y malas leyes, para dejar de aplicar las últimas por no ser verdaderamente leyes.

Una revisión de las leyes por el juez es, tal vez, una de las mayores y más eficaces garantías que hasta ahora se conocen para los gobernados frente a las arbitrariedades de los gobernantes, cometidas tanto por la vía legislativa como administrativa.

Con los códigos se tornó posible prescindir de esa revisión. Impuestos en virtud de la potestad de los gobernantes, estos cuerpos de derecho nacional relegaron a un segundo plano,

¹⁰⁶ KIRCHMANN, Julius Hermann von, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlín, 1848, trad. castellana en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949.

¹⁰⁷ STEINWENTER, nota 75, p. 425. Sobre esto mismo, EBERT nota 64, p. 115, BRAVO LIRA, nota 2.

y luego simplemente al olvido, a los grandes juristas y obras jurídicas que se imponían en virtud de la autoridad o saber de cada autor. De esta suerte, el derecho de juristas cedió paso a un derecho legislado que no dependía de ellos, sino de los gobernantes. Sin el contrapunto de los juristas, la potestad de los gobernantes se tornó absoluta, lo que abrió paso al peor sin derecho, el abuso legalizado, institucionalizado.

En Europa y en Iberoamérica este deslizamiento es patente. Por su amplitud y sobre todo por su pretensión de regular por sí mismo acabadamente la vida jurídica, el derecho codificado no tardó en convertirse en un conjunto de normas. Como tal lo definen los autores jurídicos de esta época. Dejó de ser aquel *ars boni et aequi*, del derecho romano, del Común y del propio derecho anterior a la codificación, y acabó por convertirse en una mera *normarum scientia iussi et puniti*. Como tal, este derecho codificado se impone al juez bajo la forma de un marco fijo, un todo cerrado de antemano por el legislador, del cual a él no le es dado salir en busca de una solución justa.

El juez ante el derecho codificado

En la medida que el juez hace suya esta visión del derecho, su papel cambia. No consiste ya, como antes de la codificación, en declarar el derecho —*ius dicere*, según la expresión clásica romana— sino solamente en aplicar la ley —subsumir casos particulares bajo una ley general— según una fórmula clásica del racionalismo jurídico.

Naturalmente un cambio de mentalidad de tal magnitud no se produjo en ninguna parte de golpe. Fue lento. Tardó más que el trabajo codificador. Exigió la concurrencia de factores concomitantes, como las nuevas escuelas jurídicas, de la que es modelo la de exégesis¹⁰⁸ y la nueva orientación del cultivo del derecho en las universidades y centros de formación de los letrados. En este sentido, el cambio de mentalidad vino a ser como una culminación del esfuerzo codificador, en la cual se le lleva a sus últimas consecuencias, lo que, por cierto, no se produce en todos los países de Europa continental e Iberoamérica.

En Chile contribuyeron a formar la nueva mentalidad legalista, autores como Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) o Luis Claro Solar (1857-1943). El uno sostiene que “no importa que se diga que (la ley) es injusta, inicua o absurda... pues en todo caso tendrá que ser obedecida *sic scripta est*.”¹⁰⁹ El otro en una clásica obra de derecho civil afirma, por su parte, que la Judicatura “ha sido creada para aplicarla (ley) sea buena o mala”.¹¹⁰ Estas palabras que datan de 1898 conformaban todavía el sentir de la Corte Suprema más de seis décadas después. En sentencia de 1962 las reproduce enteramente. Según ella la Judicatura “no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creada para aplicarla sea buena o mala”.¹¹¹

Al divorciarse por completo el derecho vigente del Derecho Común, caudal sin cesar renovado de saber jurídico, el juez quedó desarmado frente a las leyes, sin un criterio para reconocer en ellas lo que es derecho y lo que es abuso. Sin el contrapeso de la autoridad perdió en gran parte su independencia frente a la potestad.

Por este camino se desemboca en el siglo XX en una trágica impotencia de los jueces frente al deterioro, cada vez más agudo, de las leyes. Por primera vez en la historia la ley llega a convertirse en la fuente de derecho por excelencia. Pero no sólo de derecho sino también de abuso legalizado.¹¹² Testimonio de ello son los Estados totalitarios de este siglo

¹⁰⁸ BONNECASE, Julien, *L'ecole de l'exégese en droit civil, Paris 1924*, 2, trad. castellana, Puebla 1944. FERNANDEZ BARREIRO, Alejandro, *Los estudios de derecho en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid, 1970.

¹⁰⁹ AMUNATEGUI REYES, Miguel Luis, *La formación de los acervos en la partición de una herencia*, Santiago, 1889.

¹¹⁰ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, 17 vol., Santiago 1898-1927, 1, 29, 31.

¹¹¹ Corte Suprema, *sentencia 25 mayo 1962*, considerando 17, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 59, Santiago 1962.

¹¹² Sobre este problema que pasa a primer plano después de las experiencias totalitarias del siglo XX véase, por ejemplo, la célebre obra de WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* Göttinga, 1951, trad. castellana, Madrid 1971.

