

DISCURSO PRELIMINAR SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL PRESENTADO EL PRIMERO DE JULIO DE 1804.
AÑO IX POR LA COMISION DESIGNADA POR EL GOBIERNO CONSULAR.¹

JEAN-ETIENNE PORTALIS

Jean-Etienne Marie Portalis nació el 1 de abril de 1748 y falleció a los 61 años, el 25 de agosto de 1807. Durante la Revolución Francesa se trasladó con su familia de la Provenza a París. Integró el Consejo de Ancianos, que llegó a presidir. Proscrito el 18 de Fructidor, viajó por Alemania, Suiza; después del golpe de estado de Brumario regresó a París llamado por Napoleón, Primer Cónsul de la República. Ejerció funciones de Consejero de Estado en 1801, de Ministro de Culto en 1804 y de Ministro del Interior posteriormente. Negoció el Concordato con la Iglesia que tanto deseaba Napoleón. Para nosotros, estudiosos del derecho, su obra principal consiste en haber sido el principal redactor del Código Civil Francés (véase Ludé, Adolphe: "Portalis et son temps", p. 2, Sirey 1895; Boussesse, Julien: "Le pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels, t. I, p. 226. Dalmas éditeur, Bordeaux).

El Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil cuya fragmentaria traducción se publica, tiene el extraordinario mérito de haber expuesto ideas y principios sobre los graves problemas inherentes a la técnica legislativa y a la interpretación de la ley con tanta claridad, profundidad y sensatez que conserva en el presente todo su valor y fuerza. Más aún: parecería que el "sábico y juicioso Portalis", como lo calificara Geny, se hubiera anticipado a los criterios que hoy se sostienen sobre las respectivas funciones de los poderes legislativo y judicial. Por ello, en las más modernas obras en las que se trata el tema de la interpretación de la ley se transcriben y encomian largos párrafos del Discurso Preliminar; sirve de ejemplo el reciente trabajo de Riccardo Sica: "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", editado por el Fondo de Cultura Económica.

JULIO DAZOZ

¹ Dicha Comisión la integraban M.M. Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis y Malleville, pero tan sólo Portalis fue el encargado de redactar este discurso, como lo indica el orden de las firmas colocadas al pie del mismo, donde su nombre figura el primero. (Nota de la edición Joubert, París, 1844).

Traducción realizada para el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires por el auxiliar docente del mismo, estudiante Carlos Suárez Anzorrena, por iniciativa y bajo la inmediata dirección del Profesor Julio Basan.

A la traducción literal del texto se ha preferido una versión castellana menos ceñida aunque, se cree, respetuosa en su libertad. Con ella se procura trasladar debidamente a nuestro idioma la sutil intensidad conceptual de este fragmento del "Discours Préliminaire", a la vez que mantener en algo la riqueza estilística del original.

Un decreto del Consulado, del 24 de termidor último, encomendó al Ministerio de Justicia la tarea de llamarnos a su presencia "a fin de comparar los métodos de redacción seguidos por los diversos proyectos de Código Civil publicados hasta el presente; decidir el plan de trabajo cuya adopción nos pareciera más ventajoso, y, seguidamente discutir aquellos temas fundamentales que son de obligada consideración en todo intento de legislar sobre las materias civiles".

El criterio adoptado por el decreto guarda conformidad con los antecedentes que al respecto fijaran nuestras asambleas nacionales y legislativas.

Nuestras reuniones han finalizado.

Somos responsables ante la patria y el gobierno por la forma en que concibáramos nuestra importante misión y por la manera en que creyéramos necesario llevarla a cabo.

Francia, a igual que los demás estados de Europa, se ha engrandecido a lo largo de los siglos ya por vías de conquista, ya porque otros pueblos se le incorporaron libremente.

Tanto las naciones sometidas como aquellas que voluntariamente se le fusionaran han establecido siempre, en sus respectivas capitulaciones y tratados, una cláusula referente a la conservación de la legislación civil que les era propia. La experiencia prueba que los hombres cambian más fácilmente de dominación que de leyes.

De ahí la prodigiosa variedad de costumbres divergentes que existieran en nuestra patria, aun durante los tiempos del imperio. Se hubiera dicho que Francia no era sino una sociedad de sociedades: La patria era común a todos y, sin embargo, en su interior existían estados particulares y distintos; uno era el territorio, pero muchos los pueblos que lo habitaban.

Más de una vez hombres públicos merecedores de alta estima concibieron el proyecto de establecer una legislación uniforme para toda la Nación. La uniformidad es una singular modalidad de la perfección que, según palabras de un célebre autor, suele captar a los grandes espíritus e inevitablemente hiere a los pequeños.

Mas, ¿cómo dar iguales leyes a hombres que, aunque obedientes todos a un mismo gobierno, viven bajo el influjo de climas distintos y practican modos de vida tan diferentes entre sí? ¿Cómo extirpar costumbres a las que se han aferrado como a privilegios y que valoran como otras tantas protecciones frente a los ambientes dictados de un poder arbitrario? Con medidas tan violentas se temió debilitar, y hasta destruir quizás, los lazos comunes de autoridad y obediencia.

De pronto, una gran revolución sobreviene. Se va contra todos los abusos, se enjuician todas las instituciones; Porque carecían de arraigo en la costumbre ciudadana y en la opinión pública, ante la sola voz de un orador se desmoronan los edificios sociales en apariencia más incommovibles. Los éxitos envalentonan, y no tarda la prudencia, que todo lo toleraba, en ceder paso al afán de destruirlo todo.

Se vuelve entonces a la idea de uniformar la legislación, ya que se entrevé la posibilidad de realizar la obra.

Pero ¿podía nacer un buen código civil en medio de las continuas crisis políticas que por esa época, años de la Revolución, agitaban a Francia?

... Toda revolución es una empresa de conquista. ¿Se dictan leyes durante el tránsito del antiguo al nuevo régimen? Por la sola fuerza de las circunstancias ellas serán necesariamente belicosas, parciales, subversivas. Se legisla premiosamente; hay urgencia en romper con todas las antiguas prácticas, en debilitar los lazos que unen con el pasado, en satisfacer todos los descontentos. El tema de interés político y general se constituye en objeto preferente de la atención del legislador y, por ello, deja de interesar la regulación legal de las relaciones privadas que vinculan a los hombres entre sí. Se obra en interés de los partidarios más que en el de los ciudadanos. Todo se vuelve derecho público.

Y cuando la revolución para algo se ocupa de las leyes civiles, con su actividad no persigue tanto el hacerlas más sabias o más justas cuanto atraerse, mediante innovaciones, la simpatía de quienes procuran que engrasen las fuerzas de su causa. Si echa por tierra la patria potestad, es porque la juventud se presume a la cabeza en materia de novedades. Si aminora el respeto a la autoridad marital es por considerar que la mayor liber-

dad concedida a las mujeres constituye el medio más apto de introducir nuevas formas en las relaciones humanas de imprimir una nueva impronta a la vida societaria. Cuando improvisa todo un original sistema sucesorio lo hace en virtud de que éste es el expediente adecuado para preparar un nuevo tipo de ciudadanos con vistas a un nuevo orden de propietarios. A cada instante los cambios engendran nuevos cambios, las circunstancias derivan de otras circunstancias. Las instituciones se suceden las unas a las otras sin que ninguna llegue a adquirir fijesa; en todas ellas se infiltra y está latente el espíritu revolucionario. Espíritu revolucionario que no es más que el exaltado afán de sacrificar violentamente todos los derechos al fin político, sin admitir otra consideración en el quehacer legislativo que el influjo de un misterioso e indefinido interés de Estado.

No es en tiempos como éstos cuando se puede prometer regular las cosas y los hombres con esa sabiduría que hace perdurable a las instituciones y con arreglo a los principios de aquella equidad natural de la cual los legisladores humanos no deben ser más que respetuosos intérpretes.

Hoy Francia respira, libre ya de las pasadas incertidumbres. Y la Constitución que garantiza su reposo le permite pensar en su prosperidad.

Buenas leyes civiles constituyen el más grande bien que los hombres pueden dar y recibir; ellas son el origen de las costumbres, el palladium de la prosperidad, la garantía de toda paz pública y privada. Aunque las leyes no fundan el gobierno, son las leyes las que lo mantienen y, a la vez, moderan la autoridad contribuyendo a que se la respete como si fuera la justicia misma. Alcanzan a cada individuo y obran sobre él mezclándose a las principales acciones de su vida, siguiéndole por doquier; constituyen, a menudo, la única moral del pueblo y hacen siempre parte de su libertad; en última síntesis, consuelan a cada ciudadano de los sacrificios que para con la sociedad le demanda la ley política protegiéndolo en su persona y en sus bienes, cuando así lo precisa, como si él sólo fuera la sociedad entera. La redacción del Código Civil ha puesto en evidencia la dedicación del héroe al que la Nación ha designado su primer magistrado, quien todo lo anima por su genio, quien siempre se creará obligado a trabajar por su gloria en tanto le reste hacer algo por nuestra felicidad.

¿Qué empresa la de redactar un Código Civil para un gran pueblo! La obra superaría las fuerzas humanas si con la misma se tratara de implantar en Francia instituciones absolutamente nuevas; si, pasando por alto que ella detenta el rango superior entre todas las naciones civilizadas, se desestimara el aprovechamiento de la experiencia del pasado y de ese cúmulo de buen

sentido, reglas y máximas tradicionales que ha llegado hasta el presente y que forma el espíritu de los siglos.

Las leyes no son meros actos de autoridad: son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlas, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades ya que, si bien siempre cabe calcular las ventajas teóricas que la invención ofrece, no es posible, en cambio, conocer de antemano todos sus ocultos inconvenientes que tan sólo la práctica habrá de evidenciar; que debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor; que puestos a corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros que la misma corrección es susceptible de entrafñar; que es absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta cuando se trata de cosas en las cuales no es posible lograr más que una relativa bondad; que casi siempre más útil que cambiar las leyes es dar a los hombres nuevos motivos para que amen las ya existentes; que el transcurso de muchos siglos de historia nos brinda el poco halagador ejemplo de la promulgación de no más de dos o tres buenas leyes; que, finalmente, el privilegio de proponer transformaciones legislativas corresponde tan sólo a aquellos tan predestinadamente nacidos como para poder penetrar, con un sólo impulso genial y por obra de una iluminación repentina, toda la constitución y estructura de un estado.

El cónsul Cambaceres publicó, hace de esto ya algunos años, un proyecto de Código Civil en el cual las materias se hallan clasificadas con tanta precisión como método. Nada nos habría dejado por hacer este talentoso y sabio magistrado de haber podido dar libre curso a su inteligencia y sus ideas. Pero transitorias e imperativas circunstancias erigieron en reglas de derecho errores de su época que en nada le son imputables.

Después del 18 de brumario se encomendó a una comisión, integrada por hombres a quienes la voluntad popular había llevado al ejercicio de cargos de gobierno, la tarea de llevar a término una obra ya tantas veces abandonada y reemprendida. Sus útiles trabajos han orientado y abreviado los nuestros.

Al comenzar nuestros trabajos chocamos con un criterio ya formado según el cual algunos textos bien precisos sobre cada materia bastan para redactar un Código Civil. Opinión por otra parte tan generalizada que hasta llegó a tomar fijera de máxima: el arte de legislar consiste en simplificarlo todo previniéndolo todo.

Simplificarlo todo es un proceso cuyo cabal sentido es necesario captar. Preverlo todo es un objetivo humanamente inalcanzable.

No deben dictarse leyes inútiles ya que ellas debilitan la vigencia de las existentes y, en consecuencia, comprometen la certeza y majestad de la legislación positiva. Sin embargo, un gran estado como lo es Francia —a la vez agrícola y comercial, en el que conviven hombres de tantas y tan diferentes profesiones, donde salta a la vista la múltiple diversidad de industrias— no toleraría, con toda seguridad, vivir encadenado a una legislación tan simple como la que puede regir a una sociedad más pobre o reducida.

Las "XII Tablas" son constantemente propuestas como modelo de técnica legislativa. Pero ¿pueden compararse las instituciones de un pueblo naciente con las de otros que ha alcanzado el más alto grado de riqueza y civilización? Roma, nacida para la grandeza, destinada, por así decirlo, a ser la ciudad eterna, ¿tardó acaso en reconocer la insuficiencia de sus primeras leyes? ¿Es que en nada alteraron su legislación los cambios que inasistiblemente sobrevinieran en sus costumbres? ¿No se comenzó bien pronto a distinguir entre derecho escrito y derecho no escrito? No se vió, por demás, surgir al compás de su engrandecimiento los senado-consultos, los plebiscitos, los edictos del pretor, las ordenanzas de los cónsules, los reglamentos de los ediles, las respuestas y opiniones de los juriconsultos, las pragmáticas, las novelas de los emperadores, todas ellas nuevas fuentes de derecho. La historia de la legislación de Roma es, con pocas diferencias, la historia de la legislación de todos los pueblos.

En los estados despóticos, donde el príncipe es propietario de todo el territorio y el comercio se hace a su nombre y beneficio, careciendo los particulares de voluntad, libertad y propiedad, existen más jueces y verdugos que leyes. Mas, doquiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas las partes en que gozan de derechos políticos y civiles, allí donde el honor del hombre se responsabiliza por sus actos, la existencia de un cierto número de leyes constituye una necesidad ineludible ya que por su intermedio se regulan las distintas hipótesis y se dirimen todos los pleitos. Las distintas clases de bienes, los varios tipos de industrias, las diversas situaciones de la vida humana exigen cada una regulación jurídica diferente. La solitud del legislador debe adecuarse a la multiplicidad e importancia de las materias sobre las cuales debe legislar. Por ello esa escrupulosa previsión —gala de los códigos de las naciones civilizadas— que conduce a multiplicar los casos particulares y hace un arte del don natural del raciocinio,

No nos hemos creído en el deber de simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadanos sin normas y sin garantías respecto de sus más grandes intereses.

Y por igual nos hemos cuidado de caer en la peligrosa ambición de querer legislarlo y preverlo todo. ¿Quién podría creer que son precisamente aquellos a quienes los códigos les parecen siempre demasiado voluminosos los mismos que osan demandar del legislador la formidable empresa de no abandonar nada a la decisión judicial?

Legílese como se legisle, las leyes positivas no podrán nunca en las cosas de la vida reemplazar totalmente el uso de la razón natural. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, tan activa la comunicación entre los hombres, tan múltiple sus conexiones e intereses, que nunca alcanzará el legislador lo imposible meta de proveer a todo. Infinidad de pormenores escaparán a su atención, aun en aquellos temas a los que se dedique preferentemente. Y, por otra parte, hallará a lo largo de su tarea situaciones demasiado dudosas o fluctuantes como para que puedan ser decididas mediante la formulación de un texto legal.

Además, ¿cómo encadenar la acción de tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos, a la insensible declinación de las costumbres; ¿Cómo predecir y valorar los futuros progresos que tan sólo los resultados de la experiencia podrán revelar-nos? ¿Puede acaso la previsión llegar a extenderse hasta comprender situaciones que el pensamiento jamás tuvo en cuenta?

Un código, por más completo que parezca, nunca puede darse por definitivamente concluido, e infinidad de cuestiones que en él se pasan por alto llegarán con el tiempo a presentarse a la consideración del juez. Y ello en razón de que las leyes, una vez redactadas, permanecen siempre tal como fueran escritas, en tanto los hombres, por el contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad y ese movimiento nunca detenido, cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante algún nuevo hecho, alguna original combinación, algún distinto resultado.

Una multitud de cosas deben quedar, por consiguiente, necesariamente libradas al gobierno de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio y decisión de los jueces.

La misión de la ley consiste en señalar, a grandes rasgos, las proposiciones generales del derecho, en establecer principios fecundos en consecuencias sin descender nunca hasta los detalles mínimos de cada cuestión.

Al magistrado y al jurista consulta penetrados del espíritu general de la ley corresponde la tarea de dirigir su aplicación al caso concreto. De allí que, en todas las naciones civilizadas, se

ves surgir siempre —a la vera del santuario de las leyes y bajo la atenta vigilancia del legislador— un depósito de aforismos, sentencias judiciales y elaboraciones doctrinarias que constantemente depura su contenido merced al tamiz de la práctica y de nuevas controversias judiciales, que sin cesar acrecienta su riqueza por fuentes originarias o derivadas adquiridos que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación positiva.

A quienes profesan la jurisprudencia se les ha hecho el reproche de haber multiplicado las sutilezas y, por ende, las compilaciones y los comentarios. Pero ¿en el cultivo de qué arte, de qué ciencia, no se está expuesto a tal censura? ¿Cabe acusar a un reducido grupo de hombres de lo que no es más que una generalizada enfermedad del espíritu de la época? Hay tiempos en que se está condenado a vegetar en la ignorancia a causa de la falta de libros; hay otros en los que, por contraréplica, resulta difícil instruirse porque éstos abundan en demasía.

Puede perdonarse la intemperancia de discutir, comentar, escribir con exceso. No se vacilará en aceptar nuestra opinión si se reflexiona sobre los innumerables lazos que vinculan a los ciudadanos; acerca del gradual desarrollo y la sucesiva progresión de las cuestiones a las que el magistrado y el juriconsulto deben prestar atención; sobre el curso de los acontecimientos y circunstancias que de tantas maneras modifican las relaciones sociales; en fin, respecto de la continua acción y reacción que moviliza a todas las pasiones y a todos los diversos intereses. Y es precisamente quien más vitupera de sutilezas y comentarios el que se convierte, en defensas de una causa personal, en el comentarista más sutil y engorroso.

Sería deseable, sin duda alguna, que todas las posibilidades pudieran ser contempladas por la ley. Mas, a falta de un texto preciso que regule claramente alguna de ellas, una antigua costumbre constante y firmemente establecida, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión doctrinaria o una máxima admitida, hacen las veces de ley. Y cuando para dirigir la aplicación del derecho no se cuenta con nada preestablecido, o por lo menos ya conocido, debe procurarse la solución remontando los principios del derecho natural. Puesto que, si bien es siempre limitada la posibilidad de previsión del legislador, la sabiduría de la naturaleza es, por el contrario, infinita y está siempre presente en todo lo que concierne e interesa al hombre.

Toda esta complicada estructura supone tentativas de clarificación y ordenamiento que se concretan en consolidaciones, compilaciones legales y jurisprudenciales, en numerosos volú-

menes destinados a la profundización y explicación de los problemas jurídicos.

Se ha dicho que el pueblo no puede en medio de tal laberinto distinguir lo que debe hacer de lo que debe evitar para lograr la seguridad de sus bienes y sus derechos.

Pero ¿es que queda un código, aun el más sencillo, al genérico alcance de todos los grupos sociales, sin distinción alguna? ¿No estarán acaso las pasiones perpetuamente ocupadas en deformar su cabal sentido? ¿Es que no se requiere una cierta experiencia para hacer una sabia aplicación de la ley? ¿Cuál es, por otra parte, la nación a la que hayan satisfecho durante largo tiempo leyes simples y poco numerosas?

Será, entonces, un error concebir la existencia de un cuerpo de leyes en el que se prevean por anticipado todos los casos posibles o que, aun en tal supuesto, no exija para su comprensión y utilización del esfuerzo y la práctica de los versados.

Dado el estado en que se hallan nuestras sociedades constituye ya riqueza bastante el que la jurisprudencia sea una ciencia cuyo cultivo permita dar relevancia al talento, lisonjear el amor propio, excitar a la emulación. Tales son las razones por las que toda una clase de hombres se consagra a su estudio convirtiéndose en algo así como el seminario de la magistratura, brindando constantemente consejos y defensas a los ciudadanos, imposibilitados de dirigirse y defenderse por sí mismos a causa de la complejidad del aparato jurídico.

Es, por igual, fortuna bastante que se tengan compilaciones, máximas, reglas y usos de continuada tradición, ya que siempre hay, en alguna medida, necesidad de juzgar hoy como se ha juzgado ayer. Y esto, en virtud de que no existen otras variaciones en la resolución de las controversias judiciales que aquellas que introduce el progreso de las inteligencias o impone la fuerza de las circunstancias.

Y no menos valioso caudal representa la necesidad en que se halla el juez de conocer, indagar y profundizar las cuestiones que a su decisión se someten, necesidad a causa de la cual jamás puede echar a olvido que, si bien existen problemas susceptibles de quedar librados al arbitrio de su razón, no existe en cambio cosa alguna que pueda decidir tan sólo en base a su capricho o voluntad.

En Turquía, donde la jurisprudencia en modo alguno llega a constituir un arte, donde el hájá puede pronunciarse como mejor le parezca en tanto órdenes superiores no restrinjan su voluntad, tan sólo se ve temor en las partes cada vez que llegan hasta él para demandar o recibir justicia. ¿Por qué no se experimentan las mismas inquietudes ante el estrado de nuestros jueces? Fácil la respuesta: porque ellos son diestros en la consi-

deración de los asuntos, están dotados de inteligencia y conocimiento, se creen sin cesar obligados a consultarse los unos con los otros. Nunca se llegará a comprender hasta qué punto este hábito de ciencia, esta inclinación natural al raciocinio, pule asperezas y da la pauta del porvenir.

Para combatir la potestad que nosotros reconocemos a los jueces de fallar sobre litigios cuya solución no está determinada por las leyes, se invoca el derecho que todo ciudadano tiene a no ser juzgado sino conforme a una ley vigente con anterioridad al hecho de la causa.

Este derecho no puede ser desconocido, pero su correcta aplicación exige distinguir los supuestos civiles de los penales.

Las materias criminales, cuyo debate judicial no es posible si no media el ejercicio de determinadas acciones, son limitadas en su comprensión. Esta limitación no se da en las materias civiles, que abarcan indefinidamente todas las acciones y todos los complicados y variables intereses susceptibles de constituirse en objeto de litigio entre los hombres que viven en una misma sociedad. Consecuentemente, existe para las materias criminales la posibilidad de una previsión legislativa que es imposible de lograr respecto de las civiles.

Por otra parte, en lo civil la controversia se trata siempre entre dos o más particulares. Una cuestión de propiedad, o toda otra semejante, no puede quedar indecisa entre ellos. Se está obligado a dar un pronunciamiento que las decida; de cualquier manera que sea debe ponerse término al litigio. ¿Qué le corresponde hacer al Estado toda vez que las partes no logran acordarse? Ante la imposibilidad de contar con leyes que resuelvan claramente todas las infinitas hipótesis de litigio, el Estado ofrece, en la persona del magistrado público, la seguridad de un árbitro esclarecido e imparcial merced a cuya decisión se evita que las partes recurran a las vías de hecho para zanjar sus diferencias. Y esta solución les es, sin duda alguna, más ventajosa que el mantenimiento de una prolongada discusión privada cuyas derivaciones y término no están en condiciones de prever. El aparente libre arbitrio de la equidad vale siempre más que el tumulto de las pasiones.

En los juicios criminales la controversia se plantea entre el ciudadano y el interés público, cuya voluntad está representada tan sólo por la ley; por lo tanto, quien con sus actos en nada la viola no podrá jamás ser inquietado y, menos aún, acusado en nombre del interés público. En tales supuestos hay algo más que una obligación de no juzgar; ni siquiera existe posibilidad de enjuiciamiento puesto que falta la causa que da pie para ello. -- En lo penal la ley que funda una acusación debe ser siempre anterior al hecho por el cual se enjuicia. El legislador no

debe en ningún caso pensar sin antes advertir; si de otro modo fuera la ley, contrariando su finalidad esencial, no tendría como propósito hacer mejores a los hombres sino tan sólo más desgraciados. Y esto sería ir contra la naturaleza de las cosas.

Así, en materia criminal, tan sólo mediante la invocación de un texto de ley preexistente al hecho puede requerirse la actividad del juez; para que ello pueda suceder es preciso la positiva vigencia de una ley que contemple el caso específico, la que no puede ser reemplazada por la acumulación de jurisprudencia. Muy de otra manera se presentan las cosas en el campo de lo civil; en él la jurisprudencia es una necesidad dada la impotencia en que se encuentra la ley para proveer de solución a todos los problemas, en virtud de la presión de las exigencias sociales que imponen al Estado la obligación de decidir los litigios entre los particulares a riesgo si no de forzar a cada ciudadano a convertirse en juez de su propia causa, de echar a olvido que la justicia es la primera deuda de la soberanía.

En estos últimos años, y fundamentándose en la máxima según la cual los jueces deben obedecer las leyes puesto que éstas se oponen a que se las interprete, los tribunales han acostumbrado enviar a los litigantes ante el Poder Legislativo en procura de referencias toda vez que faltó una ley expresa o que la existente no aparecía suficientemente clara. El Tribunal de Casación ha reprimido constantemente este abuso reputándolo como un verdadero caso de denegación de justicia.

Existen dos clases de interpretación: la una es la que los textos legales brinda la doctrina; la otra, realizada por los mismos órganos encargados de sancionar la regla de derecho, es la llamada interpretación por vía de autoridad o auténtica.

La tarea de la interpretación doctrinaria consiste en captar el verdadero sentido de la ley, en aplicarla correctamente, en suplir su ausencia cada vez que se presenta un caso al cual ésta no ha dado expresa resolución. Si no se admitiera esta clase de interpretación, ¿podría, acaso, concebirse la responsabilidad de llevar adelante la función judicial?

La interpretación auténtica tiene por función resolver, valiéndose de reglamentos o de leyes aclaratorias, los problemas y dudas que puede aparejar la aplicación de los textos legales existentes. Este modo de interpretar es el único que le está vedado al juez.

Cuando la ley es clara se la debe respetar y seguir en todo; cuando peca por oscura corresponde profundizar en sus disposiciones. A falta de ley debe recurrirse a la costumbre o a la equidad; la equidad es el retorno a la ley natural y a ella hay que acudir ante el silencio, la contradicción o la obscuridad de las leyes positivas.

Obligar al magistrado a ir en busca de la decisión del legislador cada vez que no cuente con claros textos legales para la solución del caso planteado, sería admitir el más funesto de los principios. Algo así como instaurar entre nosotros aquella funesta legislación de rescriptos que, para mal de Roma, pusieran en práctica sus emperadores. El legislador, desde el momento mismo en que entra a pronunciarse sobre los asuntos concretos que agitan y enfrentan a los hombres, no está más al resguardo de errores y venalidades que los jueces. Y será siempre menos peligroso el tímido y circunspecto arbitraje reglamentado de los jueces, susceptible de ser reformado y factible de engendrar acciones penales que los responsabilicen, que el arbitrio absoluto de un poder independiente, en ningún caso y ante nadie responsable.

Las partes, al contratar sobre materias a cuyo respecto la ley positiva no ha legislado, se someten al imperio de las costumbres y, en su defecto, a los dictámenes de la equidad universal. Por consiguiente, constatar la existencia de una costumbre para aplicarla a la decisión de un litigio es realizar un acto judicial y no un acto legislativo. La misma aplicación de esta equidad o justicia distributiva, que acompaña y debe acompañar en cada caso particular a todos los vínculos por los cuales una parte obliga a la otra, no puede ser jamás considerada como pertenencia del legislador; éste es simple administrador de esta justicia o equidad general que por igual abraza la universalidad de cosas y personas, desechando por entero la casuística consideración de circunstancias particulares. La intervención del legislador en asuntos privados sería a menudo sospechosa de parcialidad, siempre retroactiva e injusta para aquellos cuyo litigio hubiera precedido a dicha intervención.

Además, el recurrir al legislador aparejaría prolongaciones fatales para los litigantes y, lo que es mucho peor, comprometería la sabiduría y santidad de las leyes.

En efecto, la ley estatuye para todos. Considera a los hombres en su generalidad y jamás en tanto individuos singulares; por ello no debe nunca mezclarse con las situaciones individuales ni con los pleitos que dividen entre sí a los ciudadanos. Si de otro modo fuera, diariamente habría que proceder a la confección de nuevas leyes y, consecuentemente, éstas se multiplicarían hasta el punto de sofofar su dignidad, perjudicar su observancia. El jurisconsulto quedaría sin funciones y el legislador, arrastrado al detallismo, no pasaría de ser un jurisconsulto. Los intereses particulares ritirarian a la potestad legislativa desvirtuándola a cada instante de su real objetivo: obrar en beneficio del interés general.

Existe una ciencia para los legisladores así como otra para los magistrados. Y ambas en nada se asemejan: la sabiduría del legislador consiste en encontrar y establecer como ley, respecto de cada materia, los principios más favorables al bien común; la sabiduría del juez radica en accionar acertadamente esos principios en la realidad, en ramificarlos, en extenderlos a las diversas hipótesis similares mediante su aplicación sabia y razonada, en penetrar el espíritu de la ley siempre que su letra desfallezca por no corresponderse con sus fines, en no exponerse a ser vez tras vez esclavo de la ley y rebelde a ella, en no llegar a desobedecerla por serle excesivamente servil.

Es preciso que el legislador vigile constantemente la evolución de la jurisprudencia ya que es cara necesidad el que exista correspondencia entre la ley y su interpretación. La marcha de la jurisprudencia puede iluminar la labor futura del legislador y, a su vez, éste ha de estar pronto para corregir las deformaciones en que aquella incurra. A causa de la inmensa diversidad de cuestiones que integran las materias civiles, las que se solucionan en la gran mayoría de los casos no tanto por la aplicación de un determinado texto legal como mediante la eficaz combinación de muchos textos —operación ésta por la cual es posible llegar a una decisión aunque la misma no se halle claramente contenida en los preceptos utilizados—, resulta tan imposible prescindir de la jurisprudencia como privarse de los servicios de las leyes. Es a la jurisprudencia a quien abandonamos nosotros la consideración de los casos de excepción que no tendrían lugar en el plan de una legislación razonable; el manejo de las cuestiones de detalle, demasiado variables y controvertidas como para ocupar al codificador; en síntesis, la atención de todas aquellas cuestiones que el legislador inútilmente se esforzaría en prevenir o que, de caer en precipitado profetismo, no podría nunca reglamentar sin peligro. A la experiencia le corresponde llenar los claros que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen el tiempo mas, en verdad, no acaban de hacerse jamás.

Nos ha parecido útil comenzar nuestro proyecto con un libro preliminar en el que se trata "Del derecho y de las leyes en general".

El derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son, o no deberían ser, más que derecho transformado en normas positivas, reducido a preceptos singulares.

El derecho es moralmente obligatorio; empero, por sí mismo, no aparece coerción alguna. El dirige, las leyes imperan; él uno sirve de brújula, las otras de compás.

Los pueblos, en sus recíprocas relaciones, se rigen tan sólo por el derecho; los miembros de cada sociedad son gobernados, en tanto hombres, por el derecho, y en tanto ciudadanos, por las leyes.

El derecho natural y el derecho de gentes en nada difieren en su substancia y solamente su distinto ámbito de aplicación pone barreras entre ambos. La razón toma jerarquía y nombre de derecho natural cuando gobierna ilimitadamente y sin exclusión alguna a todos los hombres, y constituye y se denomina derecho de gentes toda vez que norma las relaciones entre pueblo y pueblo.

Si suele hablarse de un derecho natural de gentes y de un derecho positivo de gentes es el único fin de distinguir entre los principios eternos de justicia, que no son obra de los pueblos y a cuyos mandatos quedan todos ellos por igual sometidos, de las capitulaciones, los tratados y las costumbres, fuentes legales cuyo origen está en la acción de los hombres.

Al observar las definiciones que la mayoría de los juristas han dado de la ley hemos reparado en su error: falta en ellas un criterio que permita distinguir claramente entre un principio moral y una ley positiva.

La ley es, en cada comunidad, la declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común.

Todas las leyes se refieren a las personas, a los bienes o a éstos en relación a las personas.

Aunque las leyes civiles sean nuestro exclusivo objeto de trabajo, no puede prescindirse de brindar una visión general de las diferentes categorías de leyes que rigen a un pueblo, ya que toda la legislación constituye, en último análisis, una unidad y, por consiguiente, recíprocas y necesarias relaciones vinculan a todas las leyes entre sí cualquiera sea la materia de que traten. No hay ninguna cuestión de orden privado en cuya consideración no se inmiscuyan, en mayor o menor grado, temas atinentes a la administración pública, y, por igual, ninguna materia de naturaleza pública escapa por entero al influjo de aquellos principios de justicia distributiva que norman las distintas manifestaciones de los intereses privados.

Para conocer las diversas categorías de leyes basta con reparar en las diferentes especies de vínculos que unen a los hombres que viven en una misma sociedad.

Las relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados, las de cada ciudadano respecto de la comunidad y viceversa, son tema de las leyes políticas y constitucionales.

Las leyes civiles disponen sobre las varias clases de relaciones —naturales o convencionales, forzosas o voluntarias, im-

puestas por el rigor o nacidas de la simple conveniencia— en razón de las cuales un individuo queda ligado a otro o a muchos.

El Código Civil está bajo la tutela de las leyes políticas y debe acomodarse con ellas. Significaría a todas luces un grande e inevitable mal la contradicción entre las normas que gobiernan a los hombres.

Las leyes penales y criminales son, más que una categoría particular de leyes, la fuente de sanción de todas las otras. Su objeto no es reglar las relaciones de los hombres entre sí sino las de cada hombre con las leyes que velan por el bienestar de todos. R-1

Los asuntos militares, comerciales, fiscales y multitud de otros suponen relaciones jurídicas específicas que no entran de lleno en ninguna de las divisiones precedentes.

Las leyes difieren substancialmente de los simples reglamentos. Son aquellas las que fijan los fundamentos generales y ordenan las principales modalidades de cada tema. Los detalles de ejecución, las medidas provisionales o accidentales, los problemas de momento, todo lo que reclama más la vigilancia de la autoridad administrativa que la actividad creadora de la potestad legislativa, caen dentro de la órbita de los reglamentos, que son actos de administración en tanto las leyes lo son de soberanía.

Porque las leyes no pueden obligar sin ser conocidas nos hemos preocupado de considerar su forma de promulgación. Ante la imposibilidad de notificarlas personalmente a cada individuo, es menester contentarse con una suerte de publicidad relativa por la cual, si bien no se logra el desiderátum de que cada ciudadano conozca en su debido tiempo la existencia y contenido de la ley, se consigue al menos prevenir toda posible arbitrariedad acerca del momento en que ha de comenzar a regir.

Hemos determinado también sus distintos efectos. La ley permite o prohíbe, ordena, establece, corrige, pena o recompensa. Su ámbito de validez personal comprende sin excepción alguna a todos los que viven bajo su imperio; los mismos extranjeros, durante el tiempo de su residencia, se constituyen en sujetos, aunque casuales, de las leyes vigentes en el estado. Habitar el territorio es someterse a su soberanía.

Toda acción que no contraría las leyes es lícita. Pero no todo lo que concuerda con ellas es siempre honesto, ya que las leyes tienen por finalidad lograr el bien político de la sociedad más que la perfección moral del hombre.

En general, las leyes carecen de efecto retroactivo. No obstante que el principio es incontrovertible, lo hemos limitado haciéndolo jugar tan sólo respecto de las leyes nuevas, sin extender su aplicación a los supuestos de leyes que no hacen más que

referirse o aclarar otras ya existentes. Los errores y abusos en que incurra la legislación no hacen derecho a menos que ellos hayan sido consagrados, con anterioridad al dictado de la nueva ley por vía de transacciones realizadas, sentencias recaídas, decisiones arbitrales pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Las leyes conservan sus efectos mientras no sean derogadas por otras leyes o hasta que la falta de uso —desuetudo— no perjudique su vigencia. Si nos hemos guardado de autorizar expresamente este último modo de abrogación, nuestra conducta no se debe a que dudemos de su existencia sino que atiende a los latentes peligros que supone la instauración legal del instituto. Pero ¿puede acaso disimularse el influjo y utilidad que en la vida de las leyes tiene este indeliberado acuerdo, este poder invisible en virtud del cual, sin necesidad de auxilios o conmociones, los pueblos ajustician a sus malas leyes, la sociedad parece ampararse de los errores del legislador y éste, a su vez, se protege de sí mismo?

El poder judicial, creado para que por su intermedio sean aplicadas las leyes, tiene necesidad de ser dirigido por ciertas reglas para poder llevar a buen fin su tarea. Nosotros las hemos señalado, y está en la naturaleza misma de ellas que la razón singular de hombre alguno pueda jamás prevalecer por sobre la ley, razón pública.

Redactado el libro preliminar, "De los derechos y las leyes en general", pasamos a considerar las diferentes materias que las leyes civiles tienen a su cargo definir y reglar.

Francia, que otrora estaba dividida en zonas de derecho consuetudinario y zonas de derecho escrito, se regía, conforme a esta distinción, por uno u otro sistema legal. Completaban su régimen jurídico algunas ordenanzas reales comunes a todo el imperio.

La legislación civil francesa ha sufrido, después de la revolución, transformaciones significativas en algunos de sus temas más importantes. Los interrogantes flanquean al legislador actual: ¿debe descartarse todo lo que es novedoso?, ¿cabe deseñar todo lo que es antigua herencia?

El derecho escrito, que surge y se integra por obra de las leyes romanas, ha civilizado a Europa. El descubrimiento que nuestros abuelos hicieron de la compilación justiniana constituyó para ellos una suerte de revelación. Fue en esta época cuando los tribunales ganaron características de regularidad, cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios.

... La mayor parte de los autores que censuran al derecho romano con tanta acritud como ligereza, no hacen más que blasfemar de algo que ignoran. Es fácil convencerse de la verdad de

nuestra afirmación si en las colecciones que este derecho nos ha transmitido, se sabe distinguir aquellas leyes que justamente han merecido la denominación de "razón escrita" de las que tan sólo atañen a instituciones específicas extrañas a nuestra realidad y costumbres; si, además, se logra diferenciar los senado-consultos, los plebiscitos y los edictos de los buenos principes, de los rescriptos de los emperadores, especie de legislación perdiciosa acomodada al valimiento y al oportunismo fabricada en las cortes de los tantos monstruos que desolaran a Roma y que hicieran pública venta de fallos y de leyes.

En el conjunto de nuestras costumbres existen sin duda las que llevan impreso el signo de nuestra inicial barbarie; las hay también que honran a la sabiduría de nuestros padres, usos que han plasmado el carácter nacional y que son dignos de los mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquellas costumbres cuyo espíritu se ha desvanecido a impulsos de un nuevo espíritu, a aquellas cuya sola enunciación es fuente sempiterna de interminables controversias, cuyo contenido repugna tanto a la razón como a nuestro actual modo de vida.

Luego de examinar las últimas ordenanzas reales decidimos conservar de ellas todo lo que hace al orden fundamental de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general.

De las leyes que sobre materias civiles sancionaran nuestras asambleas nacionales hemos respetado todas las que se corresponden con las grandes transformaciones experimentadas en el orden político o las que, por su propio mérito, nos han parecido evidentemente preferibles a instituciones defectuosas y de anti-guo uso. Es preciso cambiar cada vez que resalte que la peor de todas las innovaciones consistiría, precisamente, en estancarse y no obrar el cambio. No debe acatarse la ciega fuerza de las prevenciones; todo lo que hoy se mira como antiguo alguna vez ha sido nuevo. Lo esencial es infundir en las instituciones a crearse las virtudes de permanencia y estabilidad, para así garantizar su triunfo sobre el tiempo, su derecho a convertirse en tradicionales.

Hemos realizado, si cabe decir tal cosa, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres toda vez que nos ha sido posible conciliar entre sí sus disposiciones o modificar las unas con las otras sin romper la unidad del sistema ni lesionar el espíritu general de la legislación. Es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir; las leyes deben contemplar los hábitos cuando éstos no degeneran en vicios. En el sucederse de las generaciones éstas se mezclan, se enlazan, se confunden y, con demasiada frecuencia, se razan al margen de toda comunicación entre una generación y la subsiguiente, como si el gé-

nero humano finiquitara y renaciera a cada instante. Un legislador aislaría a las instituciones de todo aquello que puede con-substanciarlas con lo humano si no observara cuidadosamente las relaciones naturales que siempre, en mayor o menor grado, unen el presente al pasado y el futuro al presente, ligamen histórico en virtud del cual un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en la degradación —siempre más ruin que la «aniquilación misma», no cesa jamás, hasta cierto punto, de parecerse a sí mismo. En nuestros tiempos hemos amado en demasia los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia y obscurantismo fueron el teatro de reiterados abusos, también es dura verdad que los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, otra cosa que teatro de los excesos.