

El Código de Prusia y Savigny (*)

(SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN)

POR EL

Dr. Néstor A. Pizarro

1. El derecho que regía en los pueblos de Germania a mediados del siglo XVI y hasta fines del siglo XVIII estaba integrado por dos ramas, corrientes o tendencias claramente definidas: una de origen romano proveniente del derecho pandectario justinianeo, recibido o aceptado por resoluciones y constituciones de los príncipes germánicos; leyes imperiales dictadas bajo esta inspiración y el derecho consuetudinario que trataba inconscientemente de realizar esos principios, hay que agregar además el derecho canónico. Todo este cuerpo de normas era lo que se llamaba el *derecho común*. Correlativa a esta rama o tendencia existía la otra corriente de origen y caracteres netamente germánicos que constituía el derecho territorial con las modalidades propias de cada estado, nación o territorio; esto se llamaba el *derecho territorial* o *Landrecht*. Ambas ramas constituían el derecho positivo.

Mientras el derecho positivo se integraba en la forma indicada, la ciencia y la enseñanza del derecho, la Filosofía y la Filología, la Historia y la Literatura, las ciencias y las artes, la

(*) Iniciado de tiempo atrás el estudio y la traducción del Código de Prusia en el Instituto de Derecho Civil de esta Universidad, bajo la dirección inteligente del Dr. Horacio Valdés, este trabajo es un aporte y colaboración a esos empeños, y se hizo conocer en la reunión privada del Instituto el 7 de setiembre de 1944.

economía y la política, daban complemento a la vida intelectual de esas colectividades.

Pero es de notar que había un señalado desequilibrio entre la fuerza y eficacia del derecho positivo y el derecho científico, o la elaboración de éste por la enseñanza y la doctrina; que había poca vinculación entre este derecho científico y los estudios filosóficos, filológicos, literarios e históricos, para esclarecer o mejorar los conocimientos jurídicos. Este divorcio produjo la estagnación de la enseñanza del derecho conspirando contra su progreso.

Cuando SAVIGNY ⁽¹⁾ escribe su *Sistema de Derecho Romano Actual* nos dice claramente en el párrafo 1º, cuál es la materia de su obra, y por consiguiente qué es lo que contiene, y qué es lo que se excluye de su investigación.

Comprende las instituciones que proceden de origen romano seguidas en su desenvolvimiento; y excluye aquellas de origen germano; se refiere al derecho romano *actual*, es decir, a la legislación justiniana con vigencia en la época que escribió su obra; excluye la historia y las instituciones anteriores a las Pandectas; trata solo el derecho *privado*; y excluye el derecho público. Finalmente ordena una exposición sistemática del derecho privado.

En Alemania, este derecho romano actual se confundía con el derecho *común*, y paralelo a él existía un derecho *territorial*. Ambos constituían al derecho positivo ⁽²⁾.

Ahora bien, ¿qué era este derecho *territorial*, que en Francia se hubiera llamado derecho consuetudinario? El mismo SAVIGNY nos lo va a decir, y agregará datos relativos al derecho territorial de los estados prusianos. Transcribo la nota por corresponder su contenido al texto mismo de este trabajo ⁽³⁾.

“Debemos dar aquí algunas explicaciones sobre la signifi-

(1) SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, versión española de Mesia y Poley. Madrid, 1878. Góngora y Cía., pág. 21, § 1º.

(2) SAVIGNY: Ob. cit., § 2, pág. 23.

(3) SAVIGNY: *Droit des obligations*, trad. Gerardin et Jozon, t. 1, pág. 320, nota 1.

EICHORN: Estudio histórico del Derecho Alemán, publicado en la Revista de la Escuela Histórica, t. I, N° VII, trad. R. Atard. Madrid, 1908; pág. 82 y sigtes.

cación precisa de la palabra *LANDRECHT*. Hemos dicho que el derecho común (*Gemein rechts*) de la Alemania no era otra cosa que el derecho romano modificado por las constituciones de los emperadores germánicos. Varios soberanos hicieron hacer para sus estados particulares, colección de estas constituciones, traducidas del latín al alemán, a las cuales se les agregaban las principales disposiciones de las costumbres locales. Estas compilaciones tomaron el nombre de *LANDRECHT* (derecho del país, del estado, derecho nacional).

“Estos *LANDRECHT* fueron revisados con frecuencia, y profundas modificaciones tanto de fondo como de forma fueron aportadas a las diferentes ediciones que de ellos fueron sucesivamente publicadas. Breve cada *LANDRECHT* llegó a ser un derecho particular, una especie de Código opuesto al derecho común, del cual la autoridad no subsistió más que para los puntos no previstos en el *LANDRECHT*.

“El primer *LANDRECHT PRUSIANO* fué publicado en 1714, bajo la dirección de los profesores de la Universidad de Halle. Una segunda edición mucho más completa, donde las materias revisadas y corregidas, son distribuídas en un orden nuevo, y divididas por capítulos y párrafos, fué comenzada en 1746, terminada y publicada en 1794 bajo el título de *ALLGEMEIN LANDRECHTS FÜR DES PREUSSISCHE STAATEN* (Derecho nacional general para los estados prusianos)”.

El mismo autor nos remite para todos estos puntos a la excelente obra de FEDERICO BLHÜME *“Enciclopedia de los derechos en vigor en Alemania*, 1a. entrega, pág. 151, editada en Bon, 1854.

Como vemos, el Código de Prusia, así llamado el *LANDRECHT PRUSIANO* de 1794, no fué un código nuevo elaborado exclusivamente por obra de juristas (4).

Este *LANDRECHT DE PRUSIA* redactado por CRAMER y SUÁREZ; el primero gran Canciller de 1779-1795, y el segundo joven de Silesia y uno de los más grandes juristas CARLOS GOTTLIEB

(4) GOETZ WALTER y otros: *Historia Universal*, t. VI, pág. 581: “Tales cronológicas 1763-1784: Cramer y Suárez elaboran el *Derecho territorial general para Prusia*”. Contra lo afirmado en el texto. EICHORN: Ob. cit., pág. 38.

SUÁREZ trabajaron en “la gran obra de la legislación que refleja con perfección incomparable el espíritu del siglo XVIII. CRAMER planteaba el problema; SUÁREZ hallaba los medios para ponerlo en práctica” (5); este LANDRECHT fué redactado sobre el que hiciera COCCEJI o COCCEII promulgado en 1749-51 bajo el nombre de CÓDIGO FEDERICIANO a fin de subsanar algunas imperfecciones del mismo (6).

Algunos autores pretenden que con este *Derecho general territorial* se elimina el dualismo del derecho extranjero romano y el derecho alemán, uniéndose todos los elementos en un conjunto orgánico (7); pero este hecho no se realiza, ni es exacta la afirmación según lo expresa el propio SAVIGNY en las partes recordadas al principio de este trabajo, no obstante lo anotado en otra parte (8).

BAVIERA pretendió en esa época la consolidación de su derecho territorial bajo la dirección del elector Maximiliano José, en 1751 a 1758, y su obra civil se realiza por GÖENNER de Lands-hut.

2. Con estos antecedentes legislativos veremos ahora cuál era el estado de la ciencia y de la enseñanza del derecho. SAVIGNY sostiene: “Ya sé que en la época en que fué redactado el Código Prusiano, la ciencia del derecho en Alemania estaba en gran decadencia, y no podría tener sobre la práctica una influencia bienhechora”.

Esta opinión está corroborada por la de WARNKÖENING (9): “La legislación de Alemania se componía de dos elementos principales: el derecho romano, tal cual había sido recogido y promulgado por Justiniano; y el derecho consuetudinario que tenía sus fuentes en el carácter y las costumbres germánicas”.

(5) GOETZ WALTER: Ob. cit., t. VI, pág. 277.

(6) AUG. DUFROYER en *Themis*, t. I, pág. 94. París, 1819.

(7) GOETZ WALTER: Ob. cit., pág. 277.

(8) SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, pág. 10: “Es verdad que el uso del derecho romano encuentra dificultades particulares en Prusia”.

(9) WARKOENING: en *Themis*, t. I, pág. 10 y sigts. Este autor es citado reiteradas veces por STAMMLER en su *Filosofía del Derecho*.

“En las universidades a las cuales la enseñanza del derecho fué confiada exclusivamente, no se daban lecciones públicas más que sobre derecho romano, canónico y feudal”.

“Alemania, menos feliz que Francia, no había tenido a DUMOULIN para iluminar su derecho consuetudinario; y no fué más que a fines del siglo XVIII que GEORGES BEYER, jurisconsulto de Wittemberg, compuso el primer *Manual del antiguo derecho germánico*”.

“La enseñanza de lo que se llamaba derecho romano no era más que la práctica del derecho privado; los jurisconsultos no tomaban ayuda de la filosofía, ni de la historia. Es justo sin embargo hacer una excepción en favor de CONRADI, SCHWARTZ, RITTER, y además HEINNECIO, sabio distinguido, aunque nos parece más recomendable por las complicaciones útiles, que por la riqueza del propio fondo...”.

El mismo autor censura el método escolástico y la ausencia de toda labor crítica constructiva en la ciencia y en la enseñanza del derecho.

Estos juicios, sin embargo, no debemos tomarlos con un criterio tan absoluto como lo formulan sus autores. El pensamiento filosófico jurídico encaminado a buscar el *concepto* y la *idea* del derecho se orienta desde los albores del siglo XVII hacia una concepción ius naturalista, ya sea para deslindar el campo de lo jurídico y lo moral; para indagar los conceptos substanciales del derecho; para buscar los ideales de justicia de la legislación positiva; así como también para justificar la legitimidad de su imperio ⁽¹⁰⁾. Una filosofía del derecho de este género debía ahondar substancialmente en el estudio de la naturaleza humana, y para ello la especulación racional adquiría su fuerza más absoluta.

El propio WINDSCHEID ⁽¹¹⁾ reconoce: “que en Alemania desde principios del siglo XVI, se opera no sin éxito, una tendencia a la sistematización”... “el influjo de la filosofía moder-

(10) STAMMLER R.: *Filosofía del derecho*. Trad. de W. Roces. Madrid, 1930. § 14, pág. 38 (especialmente).

(11) WINDSCHEID: *Pandette*. Trad. de Fadda y Bensa; t. I, § 8, pág. 22.

na se hace sentir en el último cuarto del siglo XVII, período llamado del derecho *natural* ha obrado la elaboración de los conceptos generales y la organización sistemática del derecho romano contribuyendo no poco, a establecer un juicio espectral del derecho romano en Alemania”.

3. Ahora bien, cuando se investiga la esencia de la naturaleza humana en una forma meramente especulativa, se puede hacer desde tres puntos de vista distintos: a) con un criterio racionalista o intelectualista; b) con un criterio voluntarista; c) con un criterio criticista; y se llega así, a las concepciones de WOLFF, en el primer supuesto; de ROUSSEAU y BENTHAM en el segundo; y de KANT en el último.

Por eso la concepción racionalista insinuada fuertemente, establece un apriorismo jurídico, que en cierta forma menosprecia las enseñanzas de la filología, de la historia y de la filosofía misma produciendo obras jurídicas de sistematización cerrada o dogmática, tal la obra de CRISTIAN WOLFF ⁽¹²⁾ que en su Prefacio dice: “La esencia y naturaleza humana son las fuentes de todas las obligaciones que pueden tener los mortales, y de todo derecho...” Obra en la cual las remisiones filológicas, históricas y filosóficas son escasas, siendo las principales citas del mismo autor en su Ontología, en su Psicología empírica, o en la racional, en el Derecho de Gentes, etc. Ella contiene conclusiones y atisbos que ha utilizado posteriormente la doctrina; no es pues el caso de excluirla totalmente del acervo jurídico y cultural ⁽¹³⁾.

Es en este período que aparece en Alemania un resurgir de los estudios filológicos, históricos y filosóficos, que inciden profundamente en la ciencia y en la enseñanza del derecho; y simultáneamente aparece un núcleo de mentalidades jóvenes y poderosas que dan con el impulso de sus energías un nuevo rumbo a todas las actividades del espíritu.

(12) WOLF CRISTIAN: *Ius Naturae* (Obligaciones y derechos según la misma esencia y naturaleza de los hombres demostradas a priori), conteniendo toda la Filosofía moral. 7 vols. Edición Franckfurt, 1740.

(13) WARNKOENING: Loc. cit., pág. 8: “.....Wolf había presentado la filosofía en forma bizarra”.

4. HUGO es nombrado a los veinticuatro años profesor de derecho romano en la Universidad de Gotinga por influencia de los célebres maestros HEYNE, PÜTTER y SPITTLER, de quien había sido discípulo ⁽¹⁴⁾.

F. A. WOLF, historiador y filólogo, obtiene a los veinticuatro años de edad una cátedra en la Universidad de Halle, que infunde nueva vida a los estudios clásicos en toda Alemania, y dá a la Filología el carácter de una ciencia propia ⁽¹⁵⁾. Su obra sobre los *Prolegómenos de Homero* "produjeron sensación en toda Europa". Cuando se realiza la invasión francesa y se clausura la Universidad de Halle, WOLF pierde su cátedra siendo llevado posteriormente a la Universidad de Berlín "como el más grande erudito clásico de la época".

5. JUAN WOLFFANG GOETHE, nacido en Franckfort, que es el genio de la poesía y la literatura alemana, a los veinticuatro años produce *Goetz de Berlinginge* y *Werther* con los que afirma definitivamente su personalidad; y es a la misma edad de 24 años, que otra persona del mismo pueblo decide también sus destinos en 1803 al escribir su *Derecho de Posesión*, como una

(14) WARNKOENING: Ob. cit., pág. 11: "Su educación había sido más bien francesa que alemana y una larga permanencia en Alsacia y en Montbeliard lo había puesto en condiciones de instruirse a fondo en la literatura francesa... y de conocer las obras de los escritores más célebres, y especialmente de Montesquieu... Trabajó por restablecer el estudio del derecho romano en su pureza, según las enseñanzas de los grandes juriconsultos franceses del siglo XVI, sobre todo de CUJAS y su escuela. DOMAT, cuyo nombre era casi desconocido en Alemania, le suministró ejemplos de una clasificación razonada de diversas materias que son el objeto de la jurisprudencia... A ejemplo de LEIBNITZ, trazó las divisiones naturales; separó con más cuidado que el que se acostumbraba el derecho público del privado; y creó para cada una de estas ramas un sistema apropiado a su naturaleza, para la enseñanza... Dió su curso sobre *Enciclopedia y Metodología del Derecho*... Inició una *Revista de Derecho Civil*. Tradujo Gibbon: *La decadencia y caída del imperio romano*. Compuso la *Historia del derecho romano*... Criticó a la escuela de Halle, a la que pertenecían los autores principales del código de Prusia... Pero SPITTLER y SCHLOSSER lo sostuvieron en su lucha... Se levantó contra diversas partes del *Comentario a las Pandectas* de GLUCK de Erlangen... Apoyó a SAVIGNY en su contienda con THIBAUT... Y fué el fundador de la Escuela Histórica".

(15) G. P. GOOCH: *Historia e historiadores en el Siglo XIX*, pág. 34, ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1942.

de las obras fundamentales de la ciencia jurídica ⁽¹⁶⁾ es CARLOS FEDERICO DE SAVIGNY.

6. Nace el 21 de febrero del año 1779; huérfano es recogido por su tutor von NEURATH, asesor de la Cámara Imperial de Wetzlar. Frecuentó la Universidad de Margburgo, donde conoció al profesor P. F. WEISS, jurista y filólogo de la escuela de HUGO, que lo entusiasmó por el estudio del derecho romano y por su historia y fué quien le dió la idea de escribir la *Historia del Derecho romano en la Edad Media*. Terminados sus estudios en Margburgo, obtuvo el título de doctor a los 21 años en 1800 con una disertación sobre: "*Concursu delictorum formalí*" llegando casi en seguida a ser privat docente, y un curso sobre los diez últimos libros de las Pandectas atrajo su atención sobre la difícil teoría de la posesión. IHERING dice (pág. 53): "tenía 21 años y el favor público lo llevó bien pronto al cargo de profesor extraordinario. Tres años después publicaba su obra citada *De la posesión*; escribe "*La vocación legislativa de nuestro tiempo*" ⁽¹⁷⁾ contra la concepción de THIBAUT, la que contiene el fundamento y programa de la escuela histórica; funda con EICHORN, GRIMM, GOESCHEN y otros, la *Revista de la Escuela Histórica*, y llama a su escuela "histórica" y a las otras "ahistóricas", sosteniendo que un derecho para ella, y para ser tal debe ser dado por el pasado de la nación, pero no de una manera arbitraria... como procediendo de la esencia misma de la nación... mientras la escuela "ahistórica" admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados..." ⁽¹⁸⁾. Finalmente su *Sistema de Derecho Romano Actual*, incompleto, y sus dos volúmenes sobre *Derecho de las Obligaciones* complementario de

(16) WARNKOENING: *Themis*, loc. cit.

(17) SAVIGNY: *De la Revista de la Escuela Histórica*, tomo I, número 1, trad. de Atard, 1908. Madrid.

(18) SAVIGNY: *Ob. cit.*, pág. 16.

aquél, que a juicio de IHERING ⁽¹⁹⁾ "testimonia una fuerza debilitada", que no percibo, integran su labor de publicista.

Como maestro y profesor, GRIMM decía: "No conozco lecciones que hayan hecho sobre mí una impresión más profunda que aquellas de SAVIGNY"; me parece que encantaba a sus oyentes, tanta era la claridad y la vivacidad de su dicción temperada por una moderación y una calma perfecta; la palabra siempre cálida; la palabra siempre clara, la convicción ardiente, de acuerdo con la expresión del pensamiento en cierto modo retenido y sobrio, producía efectos que no son más que el resultado de una poderosa elocuencia".

BLUNSCHTLI escribe de él: "Era de una claridad y de una seguridad de expresión maravillosas, tan hermosamente dispuestas que podía publicarlas sin revisión, y sin embargo de tal soltura que daban la impresión de un pensamiento de lo más espontáneo. Su aspecto tras el pupitre era noble e imponente. Sobre su frente despejada se traducía la confianza de un hombre dueño de su material. Sus ojos grandes y claros brillaban, cuando explicaba y analizaba conceptos jurídicos" ⁽²⁰⁾.

ARNDTS se expresaba en términos análogos: "25 años después de GRIMM me encontraba entre los oyentes de SAVIGNY, un mal penoso lo atormentaba, a tal punto que debió suspender su curso para atender su salud. Y os aseguro, que no he oído nunca, en ninguna parte una enseñanza más hermosa. La claridad del discurso fluía suavemente de sus labios, con una expresión exquisita y medida, su palabra encadenaba la atención sin fatigarla jamás..., una sombra de melancolía velaba su figura grave y digna" ⁽²¹⁾.

Y al cerrar el prólogo de la traducción francesa a su tratado sobre "*La posesión*", se lo proclama "inminente por la erudicción, profundo en la doctrina, célebre por las obras, inmortal por el talento" ⁽²²⁾.

(19) IHERING: *Melanges*. Trad. Meulenaere "Savigny".

(20) GOOCH: Ob. cit., pág. 55.

(21) IHERING: Estud. complementarios, t. cit., págs. 65-66.

(22) SAVIGNY: *La posesión*, cita de Mignet, pág. VII, trad. francesa de Staedler, 7.ª ed., 1870; segunda ed. de trad.

En esta época y con estos maestros que se inician casi en la adolescencia pero que señalan con sus enseñanzas y con sus obras un camino inconfundible en el campo del derecho y en todas las actividades del espíritu, vamos a situar al Código de Prusia y al jurista para ver, en algunos aspectos, la recíproca influencia y compenetración. Epoca que llama el profesor OTTO GIERKE “grande, prodigiosamente grande, sobre la que se extendió el resplandor glorioso de una aurora” (23).

7. Sobre la influencia del *Landrecht* en las legislaciones francesa y austríaca pueden consultarse en el *Libro del Centenario del Código de Napoleón* (24) los artículos de CROME, KOHLER y MÜLLER, de los cuales el más vinculado a este tema es el último, aun cuando son superficiales en el desarrollo.

En la misma obra (25) estudiando ESMEIN la “originalidad del código francés” hace referencia a la promulgación anterior del *Landrecht*. Y SALEILLES a la apreciación imparcial que SAVIGNY hacía veinte años después a la codificación francesa y a la revista *Themis* desde su *Zeitschrift*, en 1828.

SAVIGNY se opuso en parte a la codificación no solo por las razones que alega VAINBERG (26) sino también por las que enuncia y documenta ampliamente GIERKE (27). “Tan fundado como era su deseo, nacido de un sentimiento patriótico de que se arrobase de la tierra alemana el código francés era injusta la censura que fulminó contra el *Code* en la *Vocación de nuestro siglo* de la que se retractó más tarde en el prólogo del *Sistema de Derecho Romano Actual* en párrafos que son muy conocidos. Y

(23) OTTO GIERKE: Discurso pronunciado en la Universidad de Berlín en la fiesta conmemorativa del fundador, el año 1903 —3 de agosto—; trad. Escuela Histórica R. Atard, pág. 110.

(24) LE CODE CIVIL: *Libre du Centenaire*. París, 1904. Rousseau, T. 2, CROME: Semejanzas del Código Civil Alemán y del Código Civil Francés, pág. 587, especialmente págs. 589-605. KOHLER: El Cód. Civ. Fr. en la teoría y la práctica alemana, pág. 617, esp. pág. 621. MÜLLER: El Cód. Civ. en Alemania, pág. 627.

(25) LE CODE CIVIL: t. I, ESMEIN, pág. 16. SALEILLES, págs. 122 y 130.

(26) VAINBERG: *La notion du droit dans les juristes allemands*.

(27) GIERKE OTTO: Ob. cit., pág. 126.

muy extraña la ceguera que le impedía ver las raíces históricas de éste, y, sobre todo su rica herencia germánica”.

GIERKE nos remite sobre el particular a la obra de H. KLIM-RATH sobre “*El estudio histórico del derecho y su utilidad para la interpretación del código civil*” publicada en Estrasburgo en 1833, la cual no he podido obtener. Nos remite además a MITTERMAIER a ZÖPEL en la *Revista de Derecho Alemán*, y también, GAUPP “*Sobre el porvenir del derecho alemán*”.

CROME ya citado, en sus *Anotaciones al Derecho Civil Francés* de ZACHARIAE ⁽²⁸⁾ vé la introducción del código de Napoleón en otros estados y la influencia recíproca, y en algunas notas en la Prusia rehenana.

El mismo autor en su *Parte General de Derecho Privado Francés Moderno* (trad. de ASCOLI-CAMEO. Milán, 1906), dice que el Código francés ha abolido la casuística sobreabundante del Allgemein Landrecht de Prusia ⁽²⁹⁾ y más adelante relaciona la ciencia del derecho privado francés con la ciencia del derecho alemán.

Los legisladores franceses conocieron y tuvieron la traducción del Código de Prusia en sus antecedentes legislativos ⁽³⁰⁾ de modo que el estudio y la gravitación de este no ha sido extraña a la codificación napoleónica.

8. SAVIGNY y los códigos francés, austriaco y prusiano: Lo ya expresado y la conocida opinión de él sobre el Código francés completamente hostile al mismo código en la *Vocación*, modificada después en el *Prólogo al Sistema de Derecho Romano*, nos revelan su evolución con respecto a esta legislación.

El código de Austria le mereció siempre juicio más favorable, como aparece también en la *Vocación*, y como se vé en distintas partes de sus obras, especialmente en el *Sistema* y en el *Derecho de las Obligaciones*.

(28) CROME: *Manual de Derecho Civil Francés*, trad. it. de L. Barassi, ed. Milán, 1907, tomo I, pág. 38.

(29) CROME: *Parte General de Derecho Privado Francés*, pág. 19 y págs. 23-24.

(30) THEMIS: tomo I, pág. 94.

Con respecto al LANDRECHT en la *Vocación*, segunda edición, declara "que no obstante su primera idea, desde hace algunos años se vienen dando lecciones sobre él, y que él mismo ha explicado esta materia utilizando para ello materiales manuscritos".

Era difícil que un jurista de sus condiciones por un apriorismo o por un subjetivismo animoso contra el *Landrecht* pudiera sustraerse al estudio de su cuerpo de doctrina y a su gravitación legislativa.

Tal era su disposición contra el Código de Prusia, que en la misma capital prusiana y en su capital durante un decenio dificultó se enseñara el LANDRECHT, según la expresión de GIERKE, (pág. 126).

En cambio en la universidad de Berlín hizo que la base de los estudios se realizaran sobre el derecho común alemán y no sobre el derecho territorial prusiano; el mismo GIERKE dice: "La posteridad tiene que agradecerle el haber conseguido esto".

Es interesante conocer las razones por las cuales SAVIGNY se oponía al estudio del LANDRECHT: a) por la falta de fuentes históricas especiales; b) porque era difícil debido a esta ausencia dar a la materia un carácter científico; y c) por la falta de publicidad de los materiales con que se elaboró.

No es de extrañar que la ausencia de fuentes históricas especiales decidieran al fundador de la escuela histórica a negar al derecho prusiano, la autenticidad de tal, mientras no surgiera como la forma clara de la expresión y de la voluntad de ese pueblo revelada en antecedentes históricos analizados a la luz de la crítica.

Y si estos elementos faltaban, se notaba la ausencia de la materia propia de la legislación. Es por ello, que él tuvo que estudiar los manuscritos y con esos materiales enseñó el LANDRECHT y la "materia era entonces objeto de examen primario" según su propia expresión.

GIERKE, a quien sigo en esta exposición, dice: "Cuando el fundador de la escuela histórica creyó que... no podía darse al Derecho prusiano un sentido histórico, reveló con mucha claridad no haber comprendido que la obra legislativa más gran-

diosa de los tiempos modernos debía su origen a la suma vigorosa de cuantos esfuerzos hiciera el espíritu alemán, a partir de la recepción, para restablecer la armonía entre la conciencia nacional y el Derecho”.

Esta opinión está robustecida por la de DERNBURG ⁽³¹⁾: “En primer lugar el conjunto del derecho positivo es sometido por primera vez a una profunda crítica... En segundo lugar se llega a la estructura sistemática de la materia del derecho. Los conceptos así adquiridos son en no pequeña parte decisivos para la ciencia. Sobre el fundamento de estos sistemas fueron después creadas vastas obras legislativas, las codificaciones de los siglos XVIII y XIX; primera entre todas el derecho general territorial para los estados prusianos”.

Lo que demuestra que en el proceso histórico, el análisis crítico y la sistematización se produjeron bajo esos antecedentes y en esas circunstancias.

No es de extrañar esta animosidad exagerada de la doctrina con el LANDRECHT, dos manifestaciones oficiales auténticas concitaron contra él a los juristas: una emana del propio texto de la ley (del mismo LANDRECHT) que en el § 6, de la Introducción dice: “En los pronunciamientos judiciales futuros no se *hará mérito de las opiniones de los jurisconsultos* o de pronunciamientos anteriores”. Es decir, descartaba el valor de la ciencia del derecho como tal, negaba la interpretación doctrinaria, el valor de la jurisprudencia y hacía de la aplicación del derecho un proceso meramente mecánico, arbitrario o simplemente instintivo del juez.

SAVIGNY ⁽³²⁾ al estudiar los principios de las legislaciones modernas sobre las fuentes del derecho trata de que manera los autores de los códigos consideran a la doctrina, y refiriéndose al Código prusiano, “el primero en fecha, que deroga el derecho común anterior, se declara fuente exclusiva del derecho, y a la vez la única solución de todos los problemas de aplicación del derecho. El derecho científico estaba excluido, en virtud del texto

(31) DERNBURG: *Pandette*, § 17, pág. 37. Trad. italiana de Bernardino Cicala. Torino. Fratelli Bocca.

(32) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, § XXXI, pág. 139-40.

citado, pero no obstante ello, lo categórico y terminante del precepto, este se refería a la jurisprudencia —no a la cosa juzgada— según la acertada expresión de SAVIGNY; y aún a pesar de la prohibición valorativa de la opinión de los autores no puede descartar la influencia moral que ejercen estas sobre la convicción del juez, la cual no podrían impedirla las leyes de ningún género. He seguido este párrafo casi textualmente.

La otra manifestación que generaba esta beligerancia con la doctrina emerge de las palabras del decreto del mismo FEDERICO EL GRANDE de 1780: "...con la simplificación de la materia perderán seguramente su crédito misterioso muchos juristas, se acabarán todas sus sutilezas y llegará a ser inútil el cuerpo de abogados ⁽³³⁾.

Esto sucede cuando los gobernantes ignoran que las leyes tienen un valor en cuanto a su aplicación práctica para resolver problemas de la vida diaria, pero tienen también valores reales formados en los antecedentes históricos y jurídicos del país ⁽³⁴⁾ en principios morales y religiosos; y que el jurista no crea ni inventa unos u otros sino que los estudia, analiza y vincula para el mejor conocimiento de la norma o de la política legislativa.

Los que menosprecian la ley o la ciencia del derecho no acusan sino una forma demagógica y una ignorancia de la historia, de la moral y de los sentimientos colectivos.

La ciencia del derecho de la época del LANDRECHT "se vengó acerbamente con él —según la frase de GIERKE— rechazando con desden el derecho vivo en los principales territorios prusianos y reduciéndolo a la categoría de mero estudio práctico".

9. *Enseñanza del Landrecht*: La ciencia jurídica sin embargo, no puede prescindir de ciertos documentos legislativos, y

(33) THEMIS: Tomo I, pág. 93. GIERKE: Ob. cit., pág. 179.

(34) FAGUET EMILE: *Le culte de l'incompétence*, pág. 83 y todo el Cap. V. Ed. Grasset, París, 1910: "Una "república" para adoptar la terminología de Aristóteles es una nación que obedece a las leyes; y que ella obedece a leyes quiere decir que obedece a las leyes escritas por sus antepasados... es obedecer a los antepasados mismos, obediendo el pensamiento que ellos han depositado en una legislación de ms de cinco siglos, esto es más aristocrático que obedecer a los aristócratas".

aunque lo hayan combatido —este mismo hecho determina su estudio— por ello no es de extrañar que después de este aspecto puramente práctico fuera llevado a la cátedra.

GIERKE nos dice que SAVIGNY lo enseñó en el semestre de 1819-1820; y en los semestres de verano de 1821, 24, 29 y 32; esto es, durante cinco períodos.

HASSE trató las relaciones del LANDRECHT y el derecho germánico;

LASPEYRES explicó las instituciones germánicas del LANDRECHT; y lo enseñó tres veces, desde 1828 a 1831;

JARCKE lo enseñó ocho veces desde 1827;

STEIZER dos veces, desde 1827;

von REIBNITZ que había explicado muchas veces derecho procesal prusiano y derecho administrativo y político desde 1823, lo desarrolló dos veces desde 1828 en su cátedra;

HOMMEYER lo hizo diez y seis veces desde 1828 hasta 1844;

GANS desde 1829 a 1839 lo dictó nueve veces;

COLLMAN en 1839 a 1840;

GNEIST en los años 1840 y 1841;

Y el hecho más saliente se revela cuando el propio SAVIGNY hace crear la cátedra de Derecho Prusiano para HEYDEMANN.

No obstante esto, el aprendizaje del Derecho Privado Prusiano ha quedado relegado como antes, dice GIERKE, a la práctica preparatoria. Pareciera como si la falta cometida contra la ciencia del derecho no se purgara, y su menosprecio inicial lo siguiera ⁽³⁵⁾.

El derecho romano desplazó en su estudio y en la enseñanza sin embargo casi totalmente al derecho territorial y G. F. P. PUCHTA en su obra dió un nuevo impulso a aquel "con el descubrimiento de su fuerza lógica y con el desarrollo de un sistema completo de belleza deslumbradora, fué quien atacó de modo más rudo toda rebelión contra el dogma del romanismo" ⁽³⁶⁾.

(35) GIERKE OTTO: Ob. cit., nota de la pág. 180.

(36) *Pandekten*. Anotada por Rudorff. Ed. Leipzig, 1853. *Cursus der Institutionen*. Anotada por Rudorff. 4.ª. Ed. Leipzig, 1857. Existe en nuestra Biblioteca Mayor de la Universidad, un ejemplar de esta obra en alemán, que debe ser traducida, y que perteneció a la biblioteca de

10. *Ofensiva del derecho nacional o germánico*: La doctrina solo atribuyó a este derecho un carácter supletorio, y aún, en materia de política legislativa los fundamentos y las iniciativas de

uno de los hombres más inteligentes e ilustrados de Córdoba, el Dr. Santiago Cáceres.

Relación con el derecho local. Traducción del Prof. Carlos Roth del Inst. de Derecho civil. § 6. Para el derecho local alemán el derecho romano sólo hubiera podido caer en cuenta como un mero derecho supletorio para los casos no decididos en aquél. Pero esto no ocurrió; la enorme ventaja que presentaba el constituir un sistema unitario y ante todo el de ser un derecho escrito, tuvo por consecuencia hacer desaparecer o modificar esencialmente muchas instituciones de derecho alemán, así como también estrecharlas al campo limitado de las normas jurídicas meramente particulares. Por otra parte, también el derecho romano sufrió muchas modificaciones desde el comienzo de su recepción tanto por derecho canónico como por el mismo alemán: leyes del Reich y derecho consuetudinario, modificaciones que van implícitas en la expresión del derecho romano actual (por oposición al derecho romano puro). De tal manera que el derecho romano, como derecho adoptado, adquirió una eficacia no menor que el nacional mismo; esta equiparación favorecida todavía más por la libre recepción, llevó a privarle del carácter de un derecho extranjero frente al derecho particular de algunas provincias, territorios, etc.; tenía, sin embargo, sólo una aplicación subsidiaria, lo que también expresa el aforismo: el derecho de la ciudad quiebra al territorial, el territorial al común, pero esto también se refiere a cualquier derecho común, aun al nacional; por otra parte, el espíritu del derecho romano participó de la formación de los derechos particulares en la misma proporción que las concepciones nacionales alemanas.

§ 6 a). El derecho consuetudinario del cual se dijo en el § 6 que es parte integrante del derecho romano actual, tiene por fuentes principales: 1) las actas relativas a la aplicación efectiva del derecho, de las cuales surge el consenso jurídico popular (consilia, responsa, decisiones, etc.), especialmente aquellas provenientes de colegios renombrados (facultades y tribunales y aquellas de las cuales se hicieron recopilaciones y publicaciones; 2) pero también los trabajos científicos mismos, especialmente los de los juristas y las obras obtuvieron un reconocimiento general y que eran consideradas como reflejo de las opiniones reinantes. Gozaban de tal fama en la edad media, la Glosa de Accursius, en el siglo 14 y 15 Bartolus, en el siglo 16 y 17, los así llamados prácticos. Se entiende aquí por práctico los autores de derecho que trataban al derecho en una relación directa con la aplicación, investigaciones que eran motivadas por casos que se daban y cuyos resultados luego eran aplicados; circunstancia que dió a esas opiniones una gran influencia en la jurisprudencia. Esta jurisprudencia también se auxiliaba de manuales, que se referían exclusivamente a ella. Pero sus indicaciones frecuentemente son imprecisas, pues a veces afirman que hay una determinada jurisprudencia sin fundamentarlo suficientemente, y siendo en realidad la aplicación que sostienen, muy vacilante o particular, de un territorio determinado.

bía surgir del derecho romano (autor citado). Este contrasentido de la escuela histórica —que el derecho era la expresión de la voluntad popular y la imposición del derecho romano y el menosprecio del derecho germánico, nacional, y particularmente del prusiano— dió lugar a una corriente de reacción que se tradujo en las asambleas de Franckfort y Lubeck de 1848 y 1847 respectivamente que resolvieron llevar a un congreso de sabio el problema ⁽³⁷⁾.

Estas tendencias y sus alternativas generaron una fuerte corriente de investigación histórica, filológica y jurídica pre-tendiendo "arrojar violentamente de nuestro seno el derecho ro-

(37) GIERKE OTTO: Ob. cit., pág. 131: "Los partidarios del derecho alemán se unieron con los estudiosos de la lengua y la historia alemanas en una obra común a favor del elemento patrio. El nombre de "germanistas" que hasta ese momento llevaran únicamente los jurisconsultos, pasó a filósofos e historiadores; los juristas, dice GRIMM, hicieron con esto un sacrificio; pero lo que perdieron por un lado lo ganaron por otro con la mayor honra que cupo al calificativo. Se confesaban germanistas junto a los seis jurisconsultos BESELER, FALCK, MITTERMAIER, REYSCHER, RUNDE y WILDA; los filólogos ARNDT, JACOBOW y GUILLERMO GRIMM, HAUPT, LACHMANN y UHLAND; los historiadores DAHLMANN, GERVINUS, LAPPENBERG, PERTZ, RANKE y SCHMIDT.

De BESELER —dice el mismo GIERKE, pág. 172, nota 33, que su "Teoría de los pactos sucesorios" hizo época en el derecho alemán, había bosquejado rápidamente el programa científico en su Prolusion de Bale sobre "Posición del derecho romano frente al derecho nacional del pueblo germánico".

GOOCH G. P., en su "*Historia e Historiadores en el siglo XIX*", México, Fondo de Cultura Económica, contiene capítulos maravillosamente escritos sobre este período. Y nadie que pretenda conocer esta época y sus problemas debe prescindir de los primeros ocho capítulos que tratan sobre NIEBUHR, WOLF, BOCK y MULLER, EICHORN y SAVIGNY, GRIMM, los MONUMENTA, RANKE, los críticos y discípulos de RANKE y la Escuela prusiana.

BOHMER, pág. 77, no escribió nunca historia narrativa; jamás ocultó sus puntos de vista. Estaba igualmente convencido de que la falta de religión era el mayor mal de su tiempo y que el protestantismo resultaba incapaz de reconstruir la sociedad sobre una base cristiana. Soñaba con una Iglesia unida y visible. BRENTANO dijo de su amigo: "Es más católico que yo". Declaró que la Reforma era la gran desgracia de la nación alemana, y nunca le perdonó que sometiera la Iglesia al Estado. En el conflicto entre el Imperio y el Papado, estaba al lado de este último. "No puedo soportar los juicios despreciativos sobre instituciones venerables...". Dejó dinero para que se hiciera obra histórica con el sentido "católico romano".

mano". Las guerras napoleónicas dieron también origen al estudio sistemático de la historia alemana (GOOCH). Y de las contiendas académicas y de los escombros de las guerras a pesar de la opinión de GOETHE: "Nunca romperéis las cadenas; son demasiado fuertes", y la de NAPOLEÓN: "Prusia ha muerto", se opera un renacimiento, y STEIN inicia el estudio de las fuentes de la historia germánica con el título de "*Monumenta Germaniae Historicae*"; las "*Fonte rerum germanicae* de BOHEMER y los "*Regestas*" de PERTZ, dan a los estudios una visión claramente romántica y nacionalista, cuyas proyecciones se notan en forma aguda aún posteriormente al redactarse el Código Alemán del Imperio de 1896.

La ofensiva del derecho nacional tocaba solamente a los principios pero no a las personas, según GIERKE, pág. 143, a cuyo fin se puede consultar especialmente la nota 110; tampoco pretendieron la exclusión total del derecho romano sino de aquellos principios que no habían sido aceptados o asimilados por el derecho nacional o por la conciencia jurídica; reconocían en él una gran estructura y un modelo necesario, más aún, ni siquiera pensaban en arrojar o provocar el abandono de los estudiantes de las aulas donde se enseñaba el derecho romano.

11. Hemos visto cómo el derecho romano se refundía en el derecho común al ser recibido por actos de los príncipes y gobernantes y cómo paralelo a él aparecía un derecho territorial local; que ambos constituían el derecho positivo de los pueblos de Germania antes de la unificación pretendida por el LANDRECHT.

Hemos reseñado su nacimiento, el estado de la doctrina y de la ciencia del derecho, así como la Filología y la Historia; la Filosofía y la Literatura; hemos presenciado el nacimiento de la Escuela Histórica y el aparecer de una generación excepcional que a los 24 años conquistaba las cátedras universitarias e imponía directivas al pensamiento en sus diversas especulaciones.

Hemos indicado la posición de SAVIGNY frente a la codificación en general y en particular frente a los códigos francés, austriaco y prusiano; la reacción de la doctrina frente a este últi-

mo y la defensa del romanismo así como la ofensiva del derecho germánico, su aceptación en la cátedra y su gravitación ulterior.

12. *Influencia del Código de Prusia.* — Es pues una realidad que el Código de Prusia ha influido grandemente en los juristas y en la enseñanza en Alemania creando a su alrededor una acción defensiva del derecho territorial. A la que no se pudo sustraer el propio SAVIGNY que lo combatiera originariamente con violencia; es también una realidad que este código fué conocido por los legisladores de la codificación francesa; y más aun, sea directamente, por la traducción francesa referida en otra parte de este trabajo, sea a través de la obra de SAVIGNY, lo cierto es, que el Código prusiano era también conocido por los codificadores de América latina. Tan es así, que nuestro Código Civil lo cita en diversos pasajes de sus notas, lo mismo que FREITAS en su *Consolidação das lei civis* y en el *Esboço*.

Talvez VÉLEZ SÁRSFIELD lo conociera a través de FREITAS, de las *Concordancias* de SAINT JOSEPH y GARCÍA GOYENA, o directamente, pero lo real es que la influencia del Código de Prusia se ha notado marcadamente en las codificaciones sudamericanas.

El profesor Dr. CARLOS R. MELO, de especial versación histórica, sostiene que la cultura alemana ha llegado al Brasil en la corte del Imperio, por la influencia y gravitación de la familia imperial vinculada a las casas de Austria y de Alemania por sus princesas ⁽³⁸⁾.

Es pues importante el conocimiento de esta legislación no solo por su valor intrínseco que es grande desde el punto de vista de elaboración del derecho territorial alemán y de la doctrina pura del derecho, sino también por la influencia que ha ejercido en la legislación posterior europea de Francia y Austria especialmente, y en estas tierras americanas.

(38) Pedro II es hijo de Pedro I y de su primera esposa Leopoldina, archiduquesa de Austria; y la segunda esposa de Pedro I es Amelia de Leuchtenberg.

Además, la esposa de Pedro II es Teresa Cristina de las dos Sicilias, con gran gravitación e influencia familiar de casas alemanas.

Como es imposible señalar esta influencia en todos sus aspectos, anotaré alguna relacionada con diversos tópicos y referida especialmente a la obra savigniana.

13. *Juicio sobre el Código.* — En el *Prólogo* ⁽³⁹⁾ del *Sistema de Derecho Romano Actual* hace el juicio que le merece el código prusiano con estas palabras: "La forma didáctica del Código y la proligidad de sus disposiciones, oscurecen a menudo la relación íntima que existe entre el antiguo y el nuevo derecho; pero estos obstáculos no son invencibles, y si el uso del derecho romano estuviese rehabilitado entre nosotros, se repararía el mayor mal que produce el nuevo Código, a saber: la separación absoluta que aísla la práctica de las teorías científicas del derecho común, privándolo de una fuente fecunda de progreso, el comercio de pensamientos con los jurisconsultos de los tiempos anteriores y de las naciones extranjeras".

Reconoce pues, SAVIGNY en el otoño de 1835, cuando empieza a escribir esta obra las siguientes cualidades en el Código de Prusia:

- a) forma didáctica;
 - b) proligidad dispositiva
- y de estas dos cualidades deduce los defectos:
- a) oscuridad en la relación del derecho antiguo y el nuevo
 - b) separación o divorcio entre la práctica y las teorías científicas
 - c) privación del intercambio con los jurisconsultos antiguos y extranjeros.

No era ya la actitud primera sino suavizada por los más diversos factores, y el juicio sereno de quien reconoce atributos, señala deficiencias y sostiene que estas no son insalvables. Tan es así que lo utiliza y consulta en diversas partes de sus obras.

14. *Fuentes del derecho.* — SAVIGNY ⁽⁴⁰⁾, estudia las fuen-

(39) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. I, pág. 10.

(40) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, cap. III.

tes del derecho en dos grandes categorías: principales y accesorias; incluye en las primeras las leyes, el derecho consuetudinario y el derecho científico. Y entre las segundas los principios generales del derecho romano que inspiran las leyes, el derecho consuetudinario y el derecho científico. Estudia luego las ideas modernas sobre las fuentes del derecho y luego los principios de las legislaciones modernas.

El CÓDIGO DE PRUSIA ⁽⁴¹⁾ trata esta materia especialmente en la Introducción. El autor del *Ius naturae*, WOLFF ⁽⁴²⁾, inicia

(41) CODIGO DE PRUSIA, Introd., Parte I, capítulos I y IV; parte II, cap. III. El Código de Prusia tiene una *Introducción que trata*:

1. — De las leyes en general, §§ 1-13.
2. — De de la aplicación de las leyes, §§ 13-21.
3. — Obligatoriedad de las leyes, § 22.
 - a) respecto a las personas, §§ 23-27.
 - b) respecto a las cosas muebles, §§ 28-31.
 - c) respecto a los inmuebles, § 32.
 - d) respecto a la forma de los actos, § 33.
 - e) respecto a los extranjeros, §§ 34-42.
 - f) en los casos de retorsión, §§ 43-45.
4. — De la interpretación de las leyes, §§ 46-58.
5. — De la derogación de las leyes, §§ 59-72.

II

1. — Principios generales del derecho, § 73.
2. — Relaciones entre el Estado y los súbditos, §§ 74-81.
3. — Fuentes del derecho, §§ 82-87.
4. — Ejercicio de los derechos, §§ 88-94.
5. — Colisión de los derechos, §§ 95-108.

(42) WOLFF: Ob. cit., realizada con el siguiente orden:

Tomo I. — 1ª. parte: *Derecho natural*: Prolegómenos.— Cap. I. Obligaciones y derechos universales de los hombres en general.— Cap. II. De los deberes de los hombres consigo mismo y sus relaciones con el derecho.— Cap. III. De los deberes de los hombres entre sí y sus relaciones con el derecho.— Cap. IV. De los deberes de los hombres respecto a Dios y sus relaciones con el derecho.

2ª. parte: *Del dominio y de las relaciones resultantes de él con las obligaciones conexas*.— Cap. I. De la primera comunidad de las cosas.— Cap. II. Del dominio y del modo originario de adquirirlo.— Cap. III. De las obligaciones y derechos emergentes del dominio.— Dedicatoria a Federico. Prefacio. Magdemburgo, 10 de abril de 1742.

Tomo II. — 3ª. parte: *De los modos derivados de adquirir el dominio y del derecho que se deriva en las cosas de otro*.— Cap. I. Del modo derivado de adquirir en general.— Cap. II. De las obligaciones verbales.— Cap. III. De la sinceridad, simulación y disimulación.— Cap. IV. Del modo como se obliga a otros. De las promesas y pactos en general.—

su tratado con *Prolegómenos* sobre el derecho equivalente aunque no exactamente a la Introducción al Código de Prusia; y su obra comprende dos partes: una relativa al derecho privado y otra al derecho público, como era costumbre en los tratados de la época hasta la influencia de HUGO, como lo vemos en DOMAT

Cap. V. De la aseveración (confesión), juramento y voto.— Cap. VI. De otros modos de constituir el derecho en la cosa propia.— Cap. VII. Del abandono presunto, usucapión y prescripción.

Tomo III. — 4ª. parte: *De los actos tendientes a la utilidad de otros en particular.*— Cap. I. De los actos meramente gratuitos ejecutados entre presentes, donde están las donaciones.— Cap. II. Del precio de las cosas y del dinero.— Cap. III. Actos de beneficios obligatorios o contratos gratuitos: Comodato; Mutuo; Depósito; Secuestro; Mandato; Fianza; Expromisión.— Cap. IV. Actos permutatorios o contratos onerosos: Permuta; Compra-venta; Dación en arras; In diem aditio-Aditionem diem; Pacto Comisorio; Pacto de retrahendo; Pacto de retroventa; Periculo y comodo de la cosa vendida; Evicción; Locación; Sociedad; Usura; Anotocismo.

Tomo IV. — 5ª. parte: *De los contratos onerosos. De los quasi contratos y de los derechos constituidos en la cosa de otro.* — Prefacio. Haya, abril 21-1745. — Cap. I. De los contratos onerosos.— Cap. II. De los contratos que contienen alea.— Cap. III. De los cuasi contratos y de los contratos mixtos.— Cap. IV. De los modos de contraer y extinguir obligaciones.— Cap. V. Del derecho de prenda e hipoteca.— Cap. VI. De las servidumbres.

Tomo V. — 6ª. parte: *Del dominio útil y otros.* — Prefacio en la Haya, 9 abril 1746. Rey filósofo lo llama en la dedicatoria. — Cap. I. Del dominio útil y sus diversas especies.— Cap. II. Del feudo.— Cap. III. De la interpretación. Cap. IV. Del derecho que nace de la primera comunidad y del *derecho de necesidad* en general.— Cap. V. Deberes respecto a los muertos y derecho de sepultura.— Cap. VI. De los nonatos (póstumos) y deberes con los descendientes.— Cap. VII. De los deberes y derechos de los eruditos.

Tomo VI. — 7ª. parte: *De la sociedad. Del imperio. Sociedad en general. De los deberes y derechos en la sociedad conyugal; paterna; heril y de la casa.* — Prefacio en La Haya, 29 marzo 1747. — Cap. I. Del imperio como sociedad en general. “Sociedad en general”.— Cap. II. De la sociedad conyugal o del matrimonio.— Cap. III. De la cognación y de la afinidad.— Cap. IV. De la sociedad paterna.— Cap. V. De los testamentos y sucesiones intestato o del derecho hereditario. — Cap. VI. De la servidumbre y sociedad heril.— Cap. VII. De la casa.

Tomo VII. — 8ª. parte: *Del imperio público o del derecho de la ciudad en el cual todo derecho público universal es demostrado.* — Prefacio en La Haya, 19 abril 1748. — Cap. I. Del origen de la ciudad y del derecho (imperio) público.— Cap. II. De las diversas formas de las cosas públicas. “Formas de gobierno”.— Cap. III. De la constitución de la República.— Cap. IV. De los derechos de magestad.— Cap. V. De la teoría natural de las leyes civiles.— Cap. VI. De los deberes superiores de los rectores de ciudades y de los súbditos.

(43) quien en sus obras desarrolla el derecho privado en *Las Leyes Civiles* y a continuación el *Derecho Público*, y lo realiza con el método que se consigna en la nota.

Asignaba la mayor importancia a los textos romanos, en los cuales era necesario distinguir los que se conservaban en su autenticidad originaria y los que habían sufrido alteraciones, modificaciones o interpolaciones por la Glosa, es decir, los textos no glosados y los glosados, asignándoles mayor importancia a los pri-

(43) DOMAT: Ob. cit. Libro preliminar: De las reglas del derecho en general. De las personas. De las cosas. — Primera parte: *De las obligaciones y sus efectos*. — Libro 1°: De las obligaciones voluntarias y mutuas por las convenciones. Convenciones en general. Contrato de venta. Contrato de cambio. De la locación y diversas especies de arrendamiento. Del préstamo de uso y del precario. De la sociedad. De la dote. De las donaciones entre vivos. Del usufructo. De las servidumbres. De las transacciones. De los compromisos. De las procuraciones, mandatos y comisiones. De las personas que ejercen el comercio. De los intermediarios. De los vicios de las convenciones.

Libro 2°: De las obligaciones que se forman sin convención. De los tutores. de los curadores. De los síndicos directores y administradores. De los gestores de negocios. De los que encuentran cosa en común sin convención. De los que tienen heredades que gozan. De los que reciben lo que no es debido. De los daños causados por culpas que no son crímenes ni delitos. De las obligaciones que se forman por caso fortuito. De las que se hacen en fraude de los acreedores.

Libro 3°: De lo que se agrega a las obligaciones y las aseguran. De las prendas, hipotecas y privilegios. De la separación de bienes del difunto y del heredero respecto a los acreedores. De las cauciones y fianzas. De los intereses, daños y perjuicios y restitución de frutos. De las pruebas, presunciones y juramentos. De la posesión y de las prescripciones.

Libro 4°: De los efectos que anulan o disminuyen las obligaciones. De los pagos. De las compensaciones. De las novaciones. De las delegaciones. De la cesión de bienes y de dominio. De las rescisiones y resoluciones in integrum.

Segunda parte. — *De las sucesiones*. — Libro 1°: De las sucesiones legítima o ab intestato. Como suceden los hijos y los descendientes. Como suceden los padres, madres y ascendientes. Como suceden los hermanos, hermanas y colaterales. De la colación de bienes.

Libro 3°: De las sucesiones testamentarias. De los testamentos. Del testamento inoficioso y la desheredación. De la legítima. De la disposición de lo que se ha recibido en segundas nupcias.

Libro 4°: De los legados y otras disposiciones por causa de muerte. De los codicilos y donaciones por causa de muerte. De los legados. De la ley Falcidia.

Libro 5°: De las substituciones y fideicomisos. De las substituciones vulgares. De la substitución pupilar. De las substituciones directas y fideicomisarias. De la trebellianica.

meros y cita el caso de la Novela 162 ⁽⁴⁴⁾ reconociendo que su autoridad es de gran peso cuando se trata de conciliar textos contradictorios del Digesto y así lo sostiene ⁽⁴⁵⁾.

Ahora bien, la autoridad de los textos desde el punto de vista del derecho científico se vincula directamente a la autoridad que se acordaba a las antiguas fuentes del derecho germánico en los países del derecho territorial, y a la que se asignaba al propio derecho romano en Prusia, Austria y Francia.

Veamos a la inversa, no ya la autoridad de los textos frente al derecho científico, sino la autoridad de éste frente a los textos, para gravitar en su génesis, exégesis o aplicación. El derecho científico con sus variadas soluciones y controversias fué sometido desde la época de Justiniano a la limitación de normas. VALENTINIANO III formuló reglas y exclusiones; fué "prohibida la literatura nueva para el porvenir, sólo se permitían traducciones griegas del texto latino, como recurso mecánico, y como indicación del contenido de los títulos. Todo libro original y todo comentario sobre las leyes debía ser destruído y castigado su autor como falsario. Sólo subsistió la enseñanza en las escuelas bajo las bases de Justiniano" ⁽⁴⁶⁾.

Después del derecho romano estaba la autoridad del derecho canónico en tanto ha modificado o completado el anterior en sus disposiciones o en las instituciones. A este derecho correspondían las recopilaciones conocidas con el nombre de DECRETO DE GRACIANO, DECRETALES DE GREGORIO IX, SEXTO DE LAS DECRETALES, y las CLEMENTINAS, agrega SAVIGNY, que estas dos últimas extravagantes se había discutido mucho si habrían sido aceptadas o no.

Les asigna a esta fuente más importancia que al derecho local, y aun que al derecho romano, porque siendo posterior a él su aceptación en cuanto lo modificaba, importaba una derogación de aquél ⁽⁴⁷⁾.

(44) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. III, págs. 126-127, § CLXIV.

(45) SAVIGNY: Ob. cit., t. I, pág. 66, nota a), § XVII.

(46) SAVIGNY: Ob. cit., t. I, pág. 117, § XXVI.

(47) SAVIGNY: Ob. cit. y loc. cit.

Con estos antecedentes aparecen las legislaciones modernas que SAVIGNY estudia en el § XXXI, el Código de Prusia, el de Francia y el de Austria.

El de Prusia dispone: que "contiene los preceptos con arreglo a los cuales se han de juzgar los derechos y obligaciones de los habitantes del Estado en cuanto no hubieren sido objeto de legislación especial" (48).

Y más adelante establece el valor de las opiniones de los jurisconsultos y de las decisiones jurisprudenciales de los que prohíbe hacer mérito en la aplicación del derecho "en los pronunciamientos judiciales futuros no se hará mérito de las opiniones de los jurisconsultos o de pronunciamientos anteriores" (49).

El código francés no contiene disposiciones análogas, pero la ley del 21 de marzo de 1804, sin tocar el derecho científico declara abolida la vigencia de las leyes romanas, ordenanzas, costumbres y reglamentos en las materias por el código.

El código de Austria deroga en derecho común y nominalmente las costumbres, carecen de fuerza de ley, sólo son aplicables cuando la ley lo autoriza, y las partes se someten a ellas voluntariamente, sólo tendrán efecto entre ellas en los casos dados (50).

Es característica de casi todo legislador considerar el mérito de su obra y asegurar su duración. No hay nada que comprometa esta última más que la crítica y el análisis; por ello, casi todos los legisladores han visto con prevención la doctrina y la crítica ahincando en los textos de las leyes que hicieran. Justiniano, Valentiniano, Napoleón, Federico, etc., la han visto siempre con disfavor porque percibían en ella un peligro que era necesario conjurar.

Para el Código de Prusia no hay más fuente del derecho que el propio código y le establece normas al mismo poder para ha-

(48) CODIGO DE PRUSIA: Traducción del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, § 1º.

(49) CODIGO DE PRUSIA: § 6.

(50) CODIGO DE AUSTRIA: ed. anotada por GALLAIX, §§ 10 y 12 citado por SAVIGNY, pág. 141.

cer leyes a las que debe someterse; pueden verse a tal fin los párrafos 7 al 11.

15. *Interpretación de las leyes.* — La interpretación de la ley, que no es otra cosa que el reconocimiento de la ley en su verdad, o en otros términos, "la ley sometida al criterio de nuestra inteligencia en la aplicación concreta (SAVIGNY, pág. 146, § XXXII), puede ser interpretada en su conjunto o aisladamente.

Y por ello, cuando estudia en conjunto el derecho común de Alemania, sostiene que sus partes constitutivas son:

- a) las leyes de Justiniano
- b) el derecho canónico
- c) las leyes imperiales
- d) el derecho consuetudinario científicamente establecido, es decir, la jurisprudencia de los tribunales.

Y en tales casos, si hay contradicción, antinomia, etc., el principio es que la fuente más moderna se sobrepone a la antigua, porque aquélla importa la derogación de ésta ⁽⁵¹⁾.

La cuestión de si el derecho canónico prima sobre el romano, ha sido muy discutida en Alemania incorporados al derecho común en virtud de su "recepción" (pág. 181), pero se inclina a la preferencia del derecho canónico (pág. 182).

Y respecto a quién pueda ser el intérprete y aclarar las oscuridades de las leyes, dice: "el Emperador es juez único e intérprete", recordando la ordenanza de Valentiniano III, sin perjuicio de la autoridad de Papiniano (pág. 201).

Las reglas de interpretación fijadas por el Código de Prusia rigen para ese Código, para todas las leyes futuras, obliga al propio rey Federico Guillermo II que lo dicta y a sus sucesores, mientras no sean abolidas; y hacen el distingo del derecho público y del derecho privado (SAVIGNY) ⁽⁵²⁾.

No le es permitido al Juez interpretar el sentido de la ley cuando tuviere dudas (§ 7), sino que debe dirigirse a una comi-

(51) SAVIGNY: Ob. cit., § XLII, pág. 180.

(52) SAVIGNY: Sist. de Der. Rom. Actual, pág. 211, nota a).

sión legislativa. Esta comisión, que existió en Prusia, fué más tarde abolida ⁽⁵³⁾.

Refiriéndonos sobre el particular decía: "una ley más importante y análoga a las ordenanzas de Justiniano prescribía a los jueces someter sus dudas a una comisión legislativa y cumplir sus decisiones; pero hoy esta comisión ha sido abolida y los jueces interpretan la ley con absoluta independencia, solamente se les encarga que eleven sus dudas al Ministro de Justicia con el objeto de tenerlas presentes para la legislación.

Posteriormente se estableció en las provincias del Rhin bajo la influencia de la legislación francesa la casación de las sentencias.

El código de Austria indica a los jueces: a) el análisis del conjunto de la ley; b) la intención del legislador; c) las leyes análogas; d) los principios de las leyes análogas; y e) los principios generales del derecho (§§ 6-8) y SAVIGNY, pág. 221.

16. *Sistemática de los contratos en general.* — Conocer en el Código de Prusia la distribución de la materia legislativa referente a los contratos en general, y asociarla de inmediato a los antecedentes de WOLFF, a la sistemática de SAVIGNY y al ordenamiento de nuestro código, con las modalidades propias de cada uno de ellos, es un acto casi instintivo para el estudioso.

Noción y división de los contratos.

Capacidad para contratar.

Objeto de los contratos.

Forma de los contratos.

Cumplimiento, ejecución o efecto de los contratos; ¿qué son estos enunciados sino el método mismo de nuestro código civil? ⁽⁵⁴⁾.

(53) SAVIGNY: Sist. de Der. Rom. Actual, pág. 212, nota b).

(54) Método del Código de Prusia en materia de contratos: a) *Concepto*: Definición de contrato y promesa, §§ 1-4; Promesas unilaterales no los crean, § 5; Promesas unilaterales con principio de ejecución obligan, § 6; Obligaciones recíprocas: contrato oneroso, § 7; Obligaciones de una parte es contrato de beneficencia, § 8.— b) *Capacidad normal para celebrar contratos*: Para hacer declaración de voluntad será para obli-

17. Ha sido tal la gravitación del Código de Prusia en SAVIGNY, que estudiando el *Derecho de las Obligaciones* del mismo autor, la metodología puede decirse que ha sido inspirada en el derecho natural y que su ordenación lógica formal, lo mismo que por el desarrollo de las materias no ha podido liberarse de la in-

garse por contratos, § 9; Los contratos para obligar a incapaces serán celebrados por los tutores legales o judiciales, §10; Los que tienen capacidad para hacer declaraciones de voluntad que los beneficien y acepten cargas, por contrato, para la validez de éste, requerirán la aprobación tutelar, § 11; Menores de edad y pródigos equiparados a impúber, § 14; Reglas sobre la incapacidad de menores y pródigos, § 15-22; Capacidad de las mujeres solteras, § 23; Capacidad de ciegos y sordomudos, §§ 23, 24 y 25; Capacidad de las Corporaciones o comunas, §§ 26, 27 y 28; Capacidad del Fisco, §§ 29 y 30; Reglas sobre la investigación de la capacidad, §§ 31-35; El incapaz que induce a contratar es autor de fraude, § 36; Contratos con incapaces y ratificación posterior, §§ 37 y 38.— c) *Objetos*: Sobre todo lo que puede ser objeto de voluntad válida también se puede contratar, § 39; Sobre actos de terceros y casos de culpa, §§ 40-45; Sobre cosa perteneciente a terceros, §§ 46-50; Sobre actos imposibles, §§ 51-57; Sobre cosas fuera del comercio, §§ 58-67; Sobre actos ilícitos, §§ 68 y 69; De los contratos inútiles, y su cumplimiento, § 70; De los indeterminados sobre objetos, §§ 71-73; En favor de terceros: adhesión de éstos para tener acción, §§ 74-77, especialmente 75; De la aceptación: Generalidades, §§ 78-90; Determinación del tiempo, §§ 90-108; imps. 106, 7 y 8.— d) *Formas*: Formas de la aceptación § 109; Leyes que rigen la forma, §§ 111-113; Contratos escritos, §§ 116-119; De los apuntes §§ 120-130; Exigencia legal del contrato escrito, §§ 131-132; Necesidad de la forma escrita para otros actos, §§ 133-134.— Normas especiales: Servidumbres, § 135; Prestaciones periódicas, §§ 136-137; Contratos aleatorios, §§ 138-139; Penas convencionales, §§ 140-141; Conclusión de los contratos escritos por correspondencia, §§ 142-143; Casos en que no es necesaria la forma escrita §§ 144-153; De las prórogas, § 154; Consecuencias jurídicas de la inobservancia de las formas escritas, §§ 155-158; Lo que corresponde cuando ya no existe contrato escrito, §§ 189, 170 y 409.— *De los contratos judiciales*: Ciegos, sordo-mudos y analfabetos.— *Confirmación de los contratos*: a) Por reconocimiento; b) Por renuncia a las objeciones; c) Por confirmación judicial; d) Por la entrega en arras, § 205. Como pena contractual. Cuando no es pena contractual.— *Cláusulas accesorias de los contratos*: 1) Condición, finalidad, causa, § 226; 2) Plazo, § 230; 3) Lugar, § 247. — *Reglas de interpretación*, § 252. — *Cumplimiento de los contratos*, § 270; *Culpa*, § 277. — *Pena convencional*, §§ 292-316; *Garantía*: a) Falta de cualidades en general, § 319; b) Por las pretensiones de un tercero, § 323; c) Por falta de cualidades convenidas, § 325; d) Por falta de cualidades ordinariamente atribuidas, § 329; e) Por vicios inherentes a la cosa, § 333; f) En una universalidad de cosas, § 339.— *Tiempo en que se debe exigir la garantía por evicción y por vicios reidibitorios*, § 343; a) Contratos aleatorios.— *Rescisión de los contratos*: 1) Por

fluencia e importancia del pensamiento jurídico de su época vertido en el Código de Federico.

No haré la referencia circunstanciada de la influencia del Código de Prusia en la obra citada porque sería glosarla en su totalidad, pudiendo afirmarse que no hay una materia jurídica tratada en la cual no se haya estudiado su relación, concordancia u oposición entre las teorías del autor, la concepción romana y la codificación de Prusia.

Es imposible sustraerse, sin embargo, a mencionar las obligaciones cuyas prestaciones tengan por objeto sumas de dinero en las cuales estudia las conclusiones del *Landrecht* a través de los materiales manuscritos, la génesis del texto (§ 790) con las opiniones de GOSSLER y de SUÁREZ ⁽⁵⁵⁾.

En materia de solidaridad y correalidad de las obligaciones ⁽⁵⁶⁾; la representación de las partes en los contratos ⁽⁵⁷⁾; las personas y los títulos al portador ⁽⁵⁸⁾; los efectos regulares de los contratos ⁽⁵⁹⁾.

18. Y si pasamos de la parte general de los contratos y las obligaciones a un contrato en particular como las *donaciones*, veremos al autor citado estudiar ⁽⁶⁰⁾ como legisla el Código de Prusia esta materia en la Parte I, tít. IX, § 1037; el de Austria en los §§ 938-956; Código Francés, arts. 893-930, especialmente arts. 931-966. *Prohibición de donar entre esposos*: los códigos de Prusia II, 1, § 310 y el de Austria, § 1246, rechazan la prohibición; por el contrario, la aceptan el derecho romano, el código Francés art. 1096, el código Argentino, 1218 y 1807 decla-

dolo, § 349; 2) Por imposibilidad de cumplimiento, §§ 360-376; 3) Por cambio de circunstancias; 4) Por mutuo consentimiento, § 385; 5) Por incumplimiento de otra parte, §§ 393-413; 6) Por remisión, transacción, etc.; 7) Por muerte, § 415.— *De los contratos correales*: a) Pluralidad de obligados, § 424; b) Regreso entre coobligados, §§ 443-453.

(55) SAVIGNY: *Droit des obligatoins*, t. II, § 46, especialmente nota 1.

(56) SAVIGNY: *Ob. cit.*, t. I, § 27, pág. 319.

(57) SAVIGNY: *Ob. cit.*, t. II, § 60, pág. 232.

(58) SAVIGNY: *Ob. cit.*, t. II, § 68, pág. 308.

(59) SAVIGNY: *Ob. cit.*, t. II, §§ 76 y 77.

(60) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. III, § 176, pág. 188.

rando nulas o anulables las donaciones realizadas entre estas partes.

Formalidades: el Código de Prusia exige: que se haga judicialmente pero acuerda acción a la simple promesa, §§ 1063, 1064 y 1069; requiere la tradición para los inmuebles y acta escrita; cuando no se hace judicialmente sino en la forma mencionada, es revocable durante seis meses a voluntad del donante, §§ 1065, 1068, 1090. Toda donación, aun la judicial, cuando comprende más de la mitad de los bienes es revocable durante tres años, § 1091. El código de Austria admite la promesa cuando es por escrito y está seguida de la tradición, § 943 y tanto la escritura como la tradición bastan para la donación más importante aun de todos los bienes presentes, pero en cuanto a los futuros sólo pueden donarse la mitad, § 994. El código Francés exige: la aceptación, arts. 894-932, además escritura pública, art. 931, pero cuando se trata de cosas muebles o donaciones manuales basta con la tradición, aun sin la escritura. La extensión de la donación no tiene limitaciones, pero es nula la de bienes futuros, art. 943. Cuando ha mediado escritura pública, es innecesaria la tradición porque la primera transfiere inmediatamente la propiedad, art. 938, y principio general del derecho francés que la convención transfiere el dominio.

Revocación por causas determinadas: por ingratitud todas las legislaciones la admiten como causa de revocabilidad, pero se establecen prescripciones para el ejercicio de la acción.

Naturaleza de los actos: Código de Austria: este derecho de revocación es prescriptible a los tres años, en cuyo intervalo puede ser ejecutado por y contra los herederos de ambas partes (§§ 948-49, 1487); Código de Prusia: no concede a los herederos del donante derecho de revocación, sino por excepción; no hay prescripción (§§ 1151-1161); Código Francés: el derecho de revocación prescribe por *un año*; no puede ser ejercitado ni por ni contra los herederos (arts. 955-957); Código Argentino: ingratitud, art. 1858 (cit. Austria); revocabilidad; donante y herederos (arts. 1850-1852), pero no en caso de ingratitud contra herederos (arts. 1864-65). *Caso de pobreza del donante y superna-*

cencia de hijos: § 947, Código de Austria: puede pedir intereses hasta el 4 % del valor de lo donado; y al 6 % en el Código de Prusia; la ley francesa y argentina no lo admiten.

19. *Influencia en el Código Argentino*: No descarto la posibilidad que VÉLEZ haya conocido directamente el Código de Prusia, pero creo más probable que su influencia haya sido por vía indirecta. Así, en el art. 4 dispone: "Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados". Este texto en la nota cita al Código de Prusia en sus arts. 14 al 21. No seguiré a SEGOVIA en su referencia, pero creo que no ha sido tomado directamente del original sino a través de SAVIGNY que, en su *Sistema* (⁶¹), desarrolla la tesis de VÉLEZ; en el art. 14, inc. 4, al pronunciarse sobre las leyes extranjeras, más favorables a la validez de los actos, las fuentes inmediatas están en FREITAS, que en el art. 5 de su *Proyecto*, hace la misma aplicación y recurre al Código de Prusia; en el art. 19 la referencia al Código de Prusia proviene de GARCÍA GOYENA (art. 4, pág. 17); la citas del art. 900 al 912 son tomadas en su gran mayoría a través de FREITAS y del propio SAVIGNY; al tratar el régimen de la sociedad (art. 1758), la nota nos remite al Código de Austria y de Prusia, los cuales se han separado de la doctrina del derecho romano (esta cita está tomada de GARCÍA GOYENA, art. 1595); en las donaciones, cuyo art. 1789 cita en la nota SAVIGNY, y éste, en el amplio desarrollo que hace de la materia recurre en reiteradas oportunidades, como se ve en este trabajo, al Código de Prusia. VÉLEZ, sin embargo, no lo menciona en ninguna oportunidad, aunque en el art. 1858 cita al Código de Austria siguiendo la inspiración de GARCÍA GOYENA.

Podría referirme a otros textos de nuestra legislación civil (arts. 1651, 1653, 1654 y muchos más) en los que se nota la influencia del Código de Prusia, pero lo expuesto basta para señalar la influencia que esta legislación ha tenido en nuestra codificación civil y, por consiguiente, la necesidad de su conocimiento para el mejor estudio de la fuente de nuestro derecho.

(61) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. VI, pág. 360, § 387.

Es, pues, necesaria, útil y provechosa la investigación que realiza sobre la materia el Instituto de Derecho Civil de esta Universidad, y sus problemas se vinculan en gran parte con cuestiones fundamentales de nuestro derecho vigente; además, nos dá a conocer una fuente del derecho y una orientación jurídica que innova sobre los principios clásicos del derecho romano recibidos directamente de los textos justinianos y otros a través de las Partidas y leyes españolas que sufrieron su influencia.
