

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

LA FIJACIÓN Y LA
CODIFICACIÓN DEL DERECHO
EN OCCIDENTE



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

2017

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS DE USO GENERAL	11
§ 1. PUNTOS DE ORIENTACIÓN PARA EL ESTUDIO HISTÓRICO DE LA FIJACIÓN Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN OCCIDENTE	13
I. INTRODUCCIÓN	13
II. EL CONCEPTO DE FIJACIÓN DEL DERECHO	15
III. LA CODIFICACIÓN	21
IV. LA FIJACIÓN DEL DERECHO EN IBEROAMÉRICA	22
§ 2. EL USO DEL TÉRMINO “CODEX” EN LA TRADICIÓN ROMANA, MEDIEVAL Y MODERNA	33
I. LAS DIFERENTES ACEPCIONES HISTÓRICAS DE LA PALABRA “CODEX”	33
II. EL “CODEX” DE TABLILLAS	35
III. EL “CODEX” DE PERGAMINO Y EL VOLUMEN	37
IV. “CODEX” Y LIBRO	43
V. “CODEX” Y LIBRO COMPILADOR DE LEYES	44
VI. “CODEX” Y “CORPUS”	47
VII. “CODEX” DURANTE LA ALTA EDAD MEDIA	53
VIII. “CODEX” DURANTE LA BAJA EDAD MEDIA	58
IX. “CODEX” DURANTE LA ÉPOCA MODERNA	62
X. SÍNTESIS	70
§ 3. HISTORIA ABREVIADA DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL	71

© Alejandro Guzmán Brito, 2017
Registro de Propiedad Intelectual 274.050
ISBN 978-956-17-0705-4

Derechos Reservados
Tirada: 500 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso
E-mail: euvs@pucv.cl
www.euv.cl

Dirección de Arte: Guido Olivares S.
Diseño: Mauricio Guerra P. / Alejandra Larraín R.
Corrección de Pruebas: Claudio Abarca L.

Impresión Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

§ 4. EL ORIGEN, EL DESARROLLO Y LAS ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MEDIO DE OTRAS FORMAS DE FIJACIÓN	85	VIII. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO NACIONAL Y DEL ROMANO	198
I. “CÓDIGO”	85	IX. UN NUEVO CUERPO DE DERECHOS	199
II. LA COMPILACIÓN DE LEYES	91	X. CONCLUSIÓN	203
III. LA REDACCIÓN DE COSTUMBRES	100	XI. SÍNTESIS INTERPRETATIVA DEL PENSAMIENTO DE SIMÓN ABRIL	204
IV. LA FIJACIÓN DE DOCTRINAS	103	§ 7. LA DOCTRINA COMPILADORA Y EL CONCEPTO DE “COMPILACIÓN” EN UN JURISTA DEL SIGLO XVI	207
V. EL TÉRMINO “CÓDIGO” EN LA EDAD MEDIA Y LA ÉPOCA MODERNA	110	I. INTRODUCCIÓN	207
VI. EL VOCABULARIO DE LAS COMPILACIONES DE LEYES	116	II. LA IDEA Y EL TÉRMINO DE RECOPIACIÓN Y SU HISTORIA	208
VII. LA EMERSIÓN DE UN NUEVO TIPO DE FIJACIÓN: LA CODIFICACIÓN	118	III. EL “DISCURSO” DE ANTONIO DE LEÓN PINELO	214
VIII. ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN	127	IV. LAS FUENTES	216
§ 5. EL DESARROLLO DE LA IDEA DE FIJACIÓN DEL DERECHO EN ROMA	151	§ 8. LEIBNIZ Y LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO	219
I. INTRODUCCIÓN	151	I. PERFIL HISTÓRICO DE GODOFREDO GUILLERMO LEIBNIZ	219
II. LA “LEX XII TABULARUM”.	152	II. LA INNOVACIÓN LEIBNIZIANA EN EL DERECHO	220
III. UNAS FRUSTRADAS FIJACIONES DE JULIO CÉSAR Y GNEO POMPEYO	160	III. LA CODIFICACIÓN IUSNATURALISTA	221
IV. EL “EDICTUM PERPETUUM”	171	§ 9. LOS CONCEPTOS DE CODIFICACIÓN Y CONSOLIDACIÓN EN EL PENSAMIENTO DE ANDRÉS BELLO Y EN EL DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	223
V. FIJACIONES JURISPRUDENCIALES	173	I. INTRODUCCIÓN	223
VI. EL “CODEX GREGORIANUS” Y EL “CODEX HERMOGENIANUS”	175	II. CONSOLIDACIÓN Y CODIFICACIÓN EN EL PENSAMIENTO DE ANDRÉS BELLO	224
VII. DERECHO LEGAL Y DERECHO PROFESORAL EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA COMO ANTECEDENTE DE LAS FIJACIONES DE ESTA MISMA ÉPOCA	178	III. CONSOLIDACIÓN Y CODIFICACIÓN EN EL PENSAMIENTO DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	229
VIII. EL “CODEX THEodosIANUS”	179	IV. LAS FUENTES DE LA DICOTOMÍA ENTRE CONSOLIDACIÓN Y CODIFICACIÓN	231
IX. EL “CORPUS IURIS CIVILIS”	181	§ 10. DECISIÓN LEGISLATIVA DE CONTROVERSIAS DOCTRINALES Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO EN LA ÉPOCA MODERNA	237
X. CONCLUSIONES	186	BIBLIOGRAFÍA	275
§ 6. LAS IDEAS DEL HUMANISMO JURÍDICO SOBRE FIJACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE UN HUMANISTA ESPAÑOL DEL SIGLO XVI	189		
I. DATOS BIOGRÁFICOS DE PEDRO SIMÓN ABRIL	189		
II. LOS “APUNTAMIENTOS”	190		
III. EL CAPÍTULO SOBRE LOS ERRORES EN EL DERECHO CIVIL	192		
IV. VALORIZACIÓN DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO Y DESPRECIO POR EL JUSTINIANO	194		
V. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO COMÚN	196		
VI. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO REAL	197		
VII. DERECHO Y LENGUAJE NACIONALES	198		

PRÓLOGO

Presento aquí un libro que se funda en cierta serie de diez trabajos publicados en el curso de casi treinta años, en diferentes revistas chilenas y europeas. Dentro del conjunto de mis artículos y libros sobre la codificación y de lo que más genéricamente llamo “fijación del derecho”, dichos trabajos tienen en común, aparte de su carácter histórico, tratar el tema desde una perspectiva general y comparativa, que afecta al examen de los fenómenos estudiados en cuanto tales, si bien bajo distintos ángulos, sin circunscribirse, pues, a una codificación o fijación en particular. Por ello he excluido mis estudios concernientes a la fijación y codificación en Chile, los cuales, en alguna medida, por lo demás, nutrieron mi libro *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago, 1982, 2 volúmenes. Una aparente excepción es el artículo titulado *La fijación del derecho en Roma*; pero es sólo aparente, porque el largo período que aquel abarca y la variada tipología de fijaciones que analiza justifican ampliamente su consideración como trabajo no singularizado.

Por otra parte, si también he excluido mi libro *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, fue precisamente por su carácter de libro, que no se aviene con el de artículo que constituyen la base del contenido de este libro. Advierto al lector interesado en estos temas, empero, que la lectura de aquel trabajo puede ser complementaria del presente, porque ahí se ofrece una teoría general sobre la materia, la cual en todo caso, sintetizo en el párrafo 1, aquí titulado *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho civil en Occidente*.

Por lo que concierne a la ordenación dada a los diferentes estudios, por lo general obedece ella al criterio de presentarlos ante el lector en una secuencia que mejor le permita comprender los conceptos y datos expuestos en cada caso, en la medida en que ello ha sido posible.

Finalmente, debo hacer constar que estos trabajos se publican con alteraciones respecto de sus primeras ediciones en lo que atañe a la redacción y en ocasiones a

su titulación, como el lector es informado en cada caso; se añaden una moderada actualización bibliográfica, la traducción al castellano de pasajes latinos o en lenguas modernas extranjeras y la revisión general del discurso escrito destinada a eliminar errores, inexactitudes, oscuridades y otros vicios; en todo caso, mi intención ha sido reeditarlos para su más cómodo y útil manejo, y no reescribirlos en el todo.

Viña del Mar, 25 de julio de 2016

ABREVIATURAS DE USO GENERAL*

CI.	Codex Iustinianus (ed. Krueger)
COING, H. (ed.), <i>Handbuch</i> , I, II/1, II/2, III/1, III/2	Coing, Helmut (editor), <i>Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte</i> , München, Beck, I, 1973, II/1, 1977, II/2, 1976, III/1, 1982, III/2, 1982
CTh.	Codex Thodosianus (ed. Mommsen)
Dig.	Digesta Iustiniani Augusti (ed. Mommsen)
GUZMÁN BRITO, A., <i>Fijación</i>	GUZMÁN BRITO, Alejandro, <i>La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones</i> , Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, s. d. [pero 1977]
Inst.	Iustiniani Institutiones (ed. Krueger)
n.	nota
SCHULZ, F., <i>Storia</i>	SCHULZ, Fritz, <i>Storia della giurisprudenza romana</i> , traducción al italiano de G. Nocena, Firenze, Sansoni, s. d. [pero 1968]
TARELLO, G., <i>Storia</i>	TARELLO, Giovanni, <i>Storia della cultura giuridica moderna</i> , I [único]: <i>Assolutismo e codificazione del diritto</i> , Bologna, Il Mulino, s. d. [pero 1976]; hay reimpresión inalterada en 1998 sin indicación de volumen
V./ v.	Véase/ véase

* En algunos párrafos componentes de este libro se ofrecen abreviaturas especiales de ese párrafo, lo cual será indicado en cada caso.

- VANDERLINDEN, J., *Code* VANDERLINDEN, Jacques *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, s. d. [pero 1967]
- WIEACKER, F., *Privatrechtsgesch.* WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^a edición, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967

Advertencia general: las notas citadas normalmente pertenecen al párrafo en que se inserta la cita.

§ I. PUNTOS DE ORIENTACIÓN PARA EL ESTUDIO HISTÓRICO DE LA FIJACIÓN Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN OCCIDENTE*

I. INTRODUCCIÓN**

El primer problema que enfrenta el investigador dedicado al estudio de las codificaciones es un problema terminológico que, como suele suceder con todo problema de esa naturaleza, finaliza por ser conceptual. Él se refiere precisamente al significado del término “codificación”. Desde luego, hay escondido bajo ese vocablo un núcleo irreductible que lo relaciona con unos cuerpos compactos de derecho; pero esta idea esencial es demasiado amplia y vaga para que pueda servir a los fines científicos. Intentaremos, pues, concretarla¹.

Basta con dar una mirada general a la historia jurídica para darse cuenta de que la necesidad de reducir el derecho a cuerpos compactos surge y se realiza periódicamente.

* El presente trabajo fue expuesto en las III Jornadas Italo-latinoamericanas de Derecho Comparado (São Paulo, agosto de 1979), que organizaron, en colaboración con la Associação dos Advogados de São Paulo, la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani y la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Él fue publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2^a época, 86/1, Madrid, 1983, 3-22, bajo el título de *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica*, aquí modificado porque su contenido es, en realidad, más amplio, aunque va precisado tratarse solo del derecho civil.

** Abreviaturas especiales: GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, I y II: “Fuentes” = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación del derecho civil en Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1980, I y II: “Fuentes”; GUZMÁN BRITO, A., *Codificación civil* = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000; hay edición electrónica en “Colección Proyectos Históricos Tavera, I: Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Hispanoamérica, José Andrés-Gallego (coordinador), Publicaciones digitales Digibis, Madrid, 2000; GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación* = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor [Pamplona], Thomson - Aranzadi, 2006.

¹ Para las tentativas dirigidas a la delimitación del concepto de fijación (aunque los autores suelen mentarlo con recurso al término “codificación”) v. la n. 2 del § 4.

camente; podemos así verificarlo en ejemplos como la *lex XII Tabularum*, el *Codex Theodosianus*, el *Corpus iuris civilis*, las *Siete Partidas*, las *Decretales*, la *Coutume de la Prévôté et Vicompté de Paris*, el *Allgemeine Landrecht* prusiano, el *Code Napoléon*, el *Código Civil* del Brasil. He querido citar algunos ejemplos dispersos; pero es claro que entremedio de ellos se sitúa una infinidad de otros que datan desde la Antigüedad hasta nuestros días, los cuales constituyen una cadena ininterrumpida y cuya existencia permite formular una verdadera ley general de la historia jurídica, en orden a la periódica reducción del derecho a estos cuerpos compactos.

Ahora bien, todas estas manifestaciones de dicha suerte de ley, ¿tienen algo en común? Y, por ello, ¿podemos darles una denominación también común? Como mostraré, todas y cada una de esas manifestaciones tienen algo en común y, por lo mismo, deben ser cubiertas bajo un nombre también común. Ese podría ser, si nos ponemos de acuerdo, el de “codificación”.

Pero, al mismo tiempo, podríamos preguntarnos si, aparte de lo común, esas manifestaciones históricas tienen algo que las diferencie entre sí: ¿podemos poner en un mismo pie de igualdad, por ejemplo, al *Code Napoléon* y al *Corpus iuris civilis*, a las *Siete Partidas* y a la “Coutume de Paris”? También me esforzaré por demostrar que no es así y entonces, si incluimos a todas esas manifestaciones bajo el nombre colectivo de “codificación”, nos vemos obligados a entrar en matizaciones por medio de adjetivos y a hablar, por ejemplo, de “codificaciones modernas” y “codificaciones medievales” o “antiguas”; o de “codificaciones iusnaturalistas” frente a “codificaciones del derecho común”, etc. Un sistema así no es cómodo ni exacto: por ejemplo, hablar de codificación moderna para referirse a códigos como el prusiano de 1796, al napoleónico de 1804 o al austriaco de 1811 quiere dejar fuera de la denominación a un código como la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, de 1805, que evidentemente es muy distinto a los anteriores; pero la expresión “codificación moderna”, sin una explicación de su verdadero sentido, es capaz de cubrir también a la *Recopilación* de 1805 porque también ella por su época—un año posterior al Código Napoleón— es moderna. Mejor es, por lo tanto, hablar de codificaciones iusnaturalistas, con lo cual la *Recopilación* queda de inmediato excluida; pero también queda excluida una codificación como la alemana de 1900, cuyo iusnaturalismo es larvado, escondido, es un criptoiusnaturalismo, como ha calificado Wieacker² al modo de ser de la ideología propia de la pandectística inspiradora del *Bürgerliche Gesetzbuch*.

Yo, personalmente, prefiero reservar la palabra “codificación” sin adjetivos para aquella manera, forma o estilo de hacer códigos nacida en último término durante el

siglo XVI, desarrollada en los siglos XVII, XVIII y XIX y que aún pervive entre nosotros, con una serie de características bien definidas que más adelante explicaré (v. este §, III y los §§ 3 y 4, VII y VIII); y prefiero usar la voz “fijación” para cubrir en general a todas las manifestaciones históricas de esa especie de ley general de reducción del derecho a cuerpos compactos, de la cual la codificación viene a ser, por lo tanto, solo una especie.

II. EL CONCEPTO DE FIJACIÓN DEL DERECHO

Intentaremos, en consecuencia, explicar qué entiendo por fijación de derecho³.

1. Toda fijación del derecho tiene como supuesto la existencia de una pluralidad de fuentes jurídicas que contienen y expresan el derecho que se considera vigente en una determinada comunidad, por un lado; y un conjunto de ideas jurídica, por así decir, *de lege ferenda* que rodean, generalmente de modo crítico, a ese conjunto de fuentes, por otro. Se trata, en consecuencia, de una masa de fuentes e ideas dispersas, heterogéneas y disímiles que revelan un cierto estado jurídico, y el cual en un momento determinado despierta en el espíritu de juristas, políticos y pensadores la idea de reducir aquella masa a la unidad.

Sobre esta base y con ese presupuesto, una fijación del derecho resulta ser “el libro único que, de modo sistemático y comprensivo, recoge, formal o sólo materialmente, el todo o una parte del conjunto de reglas y de ideas jurídicas preexistentes y las sustituye”.

2. Analicemos esta definición:

a) Una fijación de derecho es, en realidad, un libro de derecho, lo que obviamente implica su carácter escrito, aunque no sea escrito el material que recoge, como sucede con la fijación de costumbres. Damos aquí a la palabra “libro” un sentido amplio, independiente del formato y del material que hubieran sido empleados; libros, para estos efectos, tanto son las tablillas de madera, piedra o bronce como el volumen de papiro, el código de pergamino o el texto de papel.

b) Toda fijación aspira a la unificación formal del derecho, lo cual se entiende así: puesto que su presupuesto es la pluralidad de reglas e ideas jurídicas, la nueva fijación aspira a superar esa pluralidad reemplazándola por una nueva y única fuente formal, precisamente, por el libro fijador.

c) Lo que la fijación hace es recoger el todo o una parte de las reglas positivas y de

² WIEACKER, F., *Privatrechtsgesch*, 372 n. 84, 413.

³ La siguiente exposición se basa en cuanto he dicho en mi libro *Fijación*, 21-32, con algunas modificaciones.

las ideas jurídicas preexistentes, de modo que, una vez realizada la obra de fijación, aquellas se mostrarán haber sido sus fuentes. Este punto es muy importante, porque, en contra de lo que un cierto positivismo práctico hace creer, ninguna fijación, ningún código han nacido *ex nihilo*. Ahora bien, hemos dicho que fuentes de la fijación son la pluralidad de derecho y de ideas anteriores: en cuanto una fijación se basa en el derecho anterior es conservadora; y en cuanto se base en las ideas preexistentes es reformadora. Pero en la práctica ambas posibilidades se entremezclan: nunca una fijación es totalmente conservadora y normalmente implica una reforma al derecho anterior; del mismo modo que nunca es ella totalmente reformadora y normalmente implica una mantención de ese derecho. Lo que sucede es que hay ciertas épocas más proclives a la reforma —como la época moderna con sus codificaciones— y otras más proclives a la conservación —como la medieval—.

d) Esta reunión de derecho e ideas puede ser formal o sólo material: *i)* reunión formal significa que la fijación no altera la originaria formulación y estructura externa de las reglas e ideas (contenidas normalmente en textos) reunidas, que entonces conservan dentro del nuevo libro su autonomía e individualidad, de modo que el simple cotejo textual basta para reconocer cuáles han sido sus fuentes. Tal es el caso de las recopilaciones de leyes; *ii)* reunión material significa que la nueva fijación utiliza el contenido de los textos en que figuran las reglas e ideas reunidas, sometiendo los textos mismos a una reelaboración literaria, refundiéndolos entre sí y destruyendo su originaria formulación. De este modo, las fuentes de la nueva fijación sólo son reconocibles a través de un estudio crítico y conceptual. Tal es el caso, por lo general, de los códigos productos de la codificación.

Naturalmente, estos dos tipos de reunión son clases puras que no suelen darse así en la realidad, sino entremezclados en un mismo cuerpo fijador, que recoge textos con mantención de la forma anterior de algunos y con reelaboración de otros; lo cual no implica que deje de haber preponderancia de uno u otro tipo de reunión: así, las recopilaciones obedecen preponderantemente al tipo de reunión formal, mientras que los códigos modernos obedecen predominantemente al tipo de reunión material. Al mismo tiempo, puede establecerse una correlación entre ambos tipos de reunión frente al carácter innovador o conservador de las fijaciones del derecho, pues la reunión formal más se adecua a las fijaciones conservadoras mientras que la material, a las innovadoras.

e) El derecho y las ideas jurídicas recogidos en la nueva fijación son ordenados ahí de un modo sistemático.

El concepto de “sistema” útil en este contexto debemos entenderlo de modo amplio, referido al orden de un material según puntos de vista comprensivos, lo cual im-

plica, así, cualquier esquema de orden⁴. La simple disposición cronológica o alfabética de textos es ya un sistema, el cual, por tanto, no tenemos por qué identificar con la idea axiomática o deductiva de sistema.

El carácter sistemático de una fijación deriva de que, por su propia naturaleza, ésta es una obra intencional y específicamente concebida; ello implica la concepción anticipada de un plan dentro del cual introducir el material fijable. Ese plan constituye el sistema del libro fijador.

f) Como consecuencia de la pluralidad de fuentes que es presupuesto de una fijación y de la unicidad de esta última, el libro fijador aspira a regular de modo comprensivo y totalizador al menos el mismo sector regulado antes por las fuentes dispersas en que se basó. Si no es así, la fijación no habría venido a solucionar el problema de la pluralidad de fuentes, en reacción con la cual la idea misma de fijar había nacido en concreto. Naturalmente, esta característica debemos entenderla de modo relativo y puede manifestarse, bien como aspiración a una omnicomprensión, como fue el caso del *Landrecht* prusiano en que toda la vida jurídica quedó comprendida en el código; bien como sólo en relación con determinado sector, por ejemplo, el derecho civil, o el penal, o el procesal. La comprensión y totalización propias de toda fijación quedan así referidas a ese sector, aunque en otros subsista la pluralidad.

g) La última nota propia de toda fijación es su carácter sustitutivo del conjunto de normas previamente vigentes. Éstas, hayan sido acogidas en el libro fijador o hayan sido desechadas por él, quedan fuera de vigencia. En consecuencia, el contenido del libro fijador expresa hacia el futuro el derecho válido en el sector a que se refiere y deroga el precedente.

Aún podríamos seguir exponiendo otros conceptos importantes de la teoría de la fijación, como son los de “código” y de “mero cuerpo fijador”, cuya diferencia consiste en el hecho de haber la fijación alcanzado o no vigencia, lo que otra doctrina suele expresar con la distinción entre codificaciones (fijaciones) oficiales y codificaciones (fijaciones) privadas⁵, que a mí no me parece exacta, porque también algunas de las llamadas “codificaciones privadas” han alcanzado una suerte de vigencia práctica. También podríamos tratar de las fijaciones legislativas y de las fijaciones jurispruden-

⁴ Adopto aquí el concepto de sistema ofrecido por COING, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, 1956, después en EL MISMO, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1982, I, 191; traducción al castellano de R. Hartmann - J. L. González como *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, 21.

⁵ Cfr. PRINGSHEIM, Fritz, *Some Causes of Codification*, 1957, después en EL MISMO, *Gesammelte Abhandlungen*, Heidelberg, C. Winter, 1961, II, 107-113; GAUDEMET, Jean, recensión a VANDERLINDEN, Code, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 46/3, 1968, 496.

ciales, según su tipo de vigencia, eso es, legislativa o meramente jurisprudencial; pero no es necesario extendernos sobre tales conceptos aquí, porque no interesan a nuestro actual objeto⁶ (pero v. el § 4, II, III y IV).

3. Más interesante ahora es destacar lo siguiente: nosotros hemos definido la fijación como un libro con determinadas características. Estas características revisten, como habrá podido apreciarse, una naturaleza puramente dogmática y formal, pero nada dicen acerca del modo o manera concretos de cada fijación. Por ello es que esa definición es capaz de encerrar cualquier código de cualquier época y de cualquier sociedad que desee analizarse: bajo aquélla se comprende tanto a la *lex XII Tabularum*, como al “Decálogo” y a los *Digesta*, lo mismo que a las *Siete Partidas* o al *Code Napoléon*. Esa definición expresa, por tanto, lo que de común tienen todos esos cuerpos.

Pero ya habíamos adelantado que las fijaciones también tienen todas ellas algo de propio. En efecto, es así; pero la propiedad no consiste sino en esto: en la manera histórica y concreta en que esos códigos han recibido y visto aplicadas en sí las notas dogmáticas que hemos establecido como comunes. Intentaré explicarme con un ejemplo claro y sencillo: hemos dicho que toda fijación es siempre sistemática y que, en consecuencia, tanto, por ejemplo, el código napoleónico como el código de Justiniano lo son. ¿Cuál es su propiedad en este punto? Ella está en la manera histórica que tuvieron Napoleón y Justiniano, por simbolizar cada cuerpo merced a sus autores políticos, de entender un sistema, manera que era distinta: mientras el código napoleónico, como es sabido, obedece a un sistema de tipo lógico, y concretamente, al axiomático-deductivo desarrollado en Europa en el siglo XVIII⁷, el Código de Justiniano obedece a un sistema de tipo material, esto es, de conexiones temáticas y externas, concretamente al sistema del edicto perpetuo formado en un largo período, desde sus comienzos hasta su fijación cumplida a principios del siglo II d. C. en tiempos del emperador Adriano por el jurista Salvio Juliano.

Con estos datos podemos entrar ahora a presentar un nuevo concepto. Cuando nosotros hemos hablado de “fijación del derecho”, hemos estado pensando en

⁶ Todo esto en GUZMÁN BRITO, A., *Fijación*, 28-32.

⁷ Por todos: SCHÜLING, Hermann, *Die Geschichte der axiomatischen Methode im 16. und beginnenden 17. Jahrhundert*, Hildesheim - New York, Olms, 1969; RÖD, Wolfgang, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1970; STEPHANITZ, Dieter von, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß*, Berlin, De Gruyter, 1970, 49-100; STUPP, Herbert, “*Mos geometricus*” oder “*prudentia*” als Denkform der Jurisprudenz. Eine Untersuchung an Hand der methodologischen Lehren des Christian Wolff und des Thomas von Aquin, Diss., Köln, s. d. [pero 1970], policopiada, 1-79.

una cosa, en un libro con determinadas características; a eso lo llamaremos fijación considerada como resultado. Pero cuando hace poco hemos hablado de maneras de concebir un sistema, de idea de sistema, etc., lo cual lo podríamos extender a las demás características de esa cosa, p. ej., a la manera de entender la reforma del derecho preexistente que toda fijación opera, al sentido de la totalización, etc., estamos pensando en un modelo y en un proceso: a esto lo llamaremos fijación considerada como actividad, que, en consecuencia, podremos describir como el modelo que asume una determinada manera, forma o estilo de fijar el derecho en relación con las características dogmáticas de todo código.

Estos modelos fijadores son esencialmente históricos, son fenómenos concretos que es necesario, por tanto, estudiar históricamente. Pero de inmediato debemos decir que ellos pueden coexistir en el espacio e incluso convivir en el interior de una misma fijación considerada como resultado. Así, p. ej., en la fijación justiniana conocida como *Corpus iuris civilis*, en realidad coexisten tres modelos distintos.

Uno es el que inspira a las *Institutiones*, pero formado por influencias helenísticas provenientes de entre los siglos II y I a. C. Su característica esencial es la idea de sistema dialéctico. El primer teórico, por así llamarlo, entre los romanos (y el único), de las relaciones entre el *ars dialectica* y el *ius* fue Cicerón. En diversas obras suyas⁸, insistió en la necesidad de recurrir a aquéllas para conseguir reducir el derecho mismo a arte (“*ius in artem redigere*”), en donde “arte” equivale a “sistema”: En todos estos lugares están presentes las operaciones de la división y partición y la definición, como instrumentos indispensables para la construcción del sistema⁹.

⁸ V. CIC., *de oratore* I, 41,186 - I, 42,190; *Brutus*, 4-42, 152-153; cfr. *orator*, 32,113-114; 33,116.

⁹ Literatura: LA PIRA, Giorgio, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: Problemi generali*, en *Studi in onore di Filippo Virgili nel 40 anno di insegnamento*, Siena, Società Editrice del Foro Italiano, 1935, 159-182; LA PIRA, Giorgio, *L'arte sistematrice*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 42, Roma, 1934, 336-355; LA PIRA, Giorgio, *Il metodo*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1/2, Roma, 1935, 319-348; LA PIRA, Giorgio, *Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, n. s. 44, Roma, 1936-1937, 131-159; VON LÜBTOW, Ulrich, *Ciceron und die Methode der römischen Jurisprudenz*, en *Festschrift für Leopold Wenger zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern*, München, Beck, 1944, I, 224-235; BRETONE, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, 183-190; D'IPPOLITO, Federico, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, s.d. [pero 1978], 95-98; WATSON, Alan, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1974, 179-195; BONA, Ferdinando, *L'ideale retorico ciceroniano e il “ius civile in artem redigere”*, en *Storia et Documenta Historiae et Iuris*, 46, 1980, 282-382; cfr. BONA, Ferdinando, *Cicerone e i “libri iuris civilis” di Quinto Mucio Scaevola*, en *Questioni di giurisprudenza tardo-republicana*, Milano, Giuffrè, 1985, 205-279; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, Valparaíso, 1980, 17-31; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Instituto Juan de Solórzano Pereyra, 2000, 305-347 = 2ª edición,

Otro modelo inspira al *Codex Iustinianus* y que corresponde a la idea de la recopilación de leyes, formada a lo largo de los siglos III y IV d. C.¹⁰.

El tercer modelo inspira a los *Digesta* y corresponde a las concepciones pedagógicas imperantes en las escuelas de derecho de Oriente a partir del siglo IV d. C.¹¹. Algunos de estos modelos serán persistentes: el inspirador de las *Institutiones* impregnará los ideales fijadores del humanismo jurídico en el siglo XVI y el inspirador del *Codex Iustinianus* subsistirá hasta el mismo siglo XIX, pues él todavía está presente en la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, de 1805.

De esta guisa, los modelos fijadores no son bloques dispuestos en sucesión histórica, cada uno con superación y perfección del anterior, y constituyen líneas que se entrecruzan y conviven entre sí en una misma época y en una misma sociedad y que pueden proyectarse en el tiempo en paralelo con otros. Volvamos a las *Institutiones* y al *Codex Iustinianus*: las líneas que pueden establecerse son para la primera las siguientes: pensamiento helenístico, Cicerón, tal vez Julio César, Gayo, *Institutiones* de Justiniano, dialéctica del humanismo, sistemática y método en el humanismo jurídico, fijación humanística. Para el segundo, éstas: Código Gregoriano, Código Hermogeniano, Código Teodosiano, Código Justiniano; en este último se inspiraron todas las recopilaciones medievales y modernas de los que, a título de ejemplo, podemos mencionar: las *Decretales* de Gregorio IX, la *Recopilación de Leyes* de Castilla (“Nueva Recopilación”), de Indias y de España (*Novísima Recopilación*), varios códigos formados durante el antiguo régimen francés, como el *Code Henry III*, las *Ordenações* portuguesas (“Afonsinas”, “Filipinas”, “Manuelinas”), etcétera. Como se ve, ambas líneas han convivido históricamente: en el tiempo y en el espacio.

Esto no quita, naturalmente, que no pueda ni deba intentarse un estudio particu-

revisada, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, 371-429; WIEACKER, FRANZ, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, Beck, I. “Einleitung, Quellenkunde. Frühzeit und Republik, 1988, 618-639; WIEACKER, FRANZ, *Grundlagen der systembildung in der römischen Jurisprudenz*, en VV. AA., *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, 63-83; CIFERRI, Ludovico, *Cicero's Conception of "iurisprudentia"*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, 38, 1991, 101-119; SCARANO-USSANI, Vincenzo, *Tra "scientia" e "ars". Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, en MANTOVANI, Dario (editor), *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontifici alla scuola di Servio. Atti del seminario*, Torino, Giappichelli, s. d. [pero 1996], 229-262; SCARANO USSANI, Vincenzo, *L' "ars" dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, s. d. [pero 1997], 5-57; CUENA BOY, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria, 1998, 70-102.

¹⁰ V. el § 5, VI-IX

¹¹ WIEACKER, F., “*Corpus Iuris*”, en EL MISMO, *Vom romischen Recht*, 2ª edición, Stuttgart, K. F. Koehler, s. d. [pero 1961], 242-287.

larizado de cada fijación, porque siempre será posible encontrar diferencias concretas que las separan de otras pertenecientes incluso al mismo modelo. Debemos, así, reconocer un segundo grado de concreción de los caracteres dogmáticos de toda fijación. El primero corresponde al de esos vastos modelos vistos; el segundo, a cada específica fijación perteneciente a un género de modelo. De este modo, p. ej., es posible estudiar la *Recopilación de Leyes de Indias* bien como perteneciente al antiquísimo modelo de las recopilaciones, bien en sí misma.

III. LA CODIFICACIÓN

La codificación es uno de los modelos históricos de la fijación. Representa, por lo tanto, una manera específica de hacer códigos, una manera particular de concretar los caracteres formales y dogmáticos de toda fijación. Propiamente se caracteriza ella por estos tres elementos: *i*) una ideología jurídica reformadora que es la del iusnaturalismo racionalista; *ii*) un material jurídico preexistente al cual aplicar esa ideología: el derecho romano común y el derecho romano en su versión humanística, lo cual dio origen a un nuevo derecho romano que llamaremos precisamente iusnaturalista; *iii*) un ideal de sistema: el axiomático-deductivo. Todo código que responda a estas características en un código que cae dentro del modelo de la codificación.

Este movimiento, propio de los siglos XVII y sobre todo del XVIII, tuvo su cúspide teórica en la obra del filósofo Godofredo Guillermo Leibniz; pero aún perdura en nuestros días.

Dentro de este largo período es posible hacer estas dos distinciones, que no pretenden excluir otras.

a) Una se refiere a las grandes etapas de la codificación y que son dos: *i*) la primera etapa va desde la época de formación del movimiento por la codificación hasta el año 1811 en que se promulgó el código civil austriaco, último de la época clásica de la codificación; y *ii*) la segunda, que corre desde esta última fecha hasta nuestros días. Lo que caracteriza a ambas etapas es esto: durante la primera, la codificación nació, se desarrolló y se realizó intensamente ligada al presupuesto reformista del iusnaturalismo, como algo explícito, declarado y buscado; mientras que durante la segunda se realizó sobre la base de esos presupuestos como algo ínsito en la materia jurídica fijable y a través de la influencia que los códigos de la primera etapa, el prusiano, el francés y el austriaco, tuvieron en las codificaciones llevadas a cabo durante la segunda, como sucedió con la italiana o con la española, también con las iberoamericanas.

b) La segunda distinción se refiere, por así decir, a sub-modelos que podrían observarse dentro de la codificación: p. ej., el modelo francés derivado del Código Napoleón que dio origen a determinada ciencia jurídica (la exégesis) y a determinadas

nuevas codificaciones; o el modelo pandectista, que dio origen a codificaciones de cuño diverso a las originadas en el modelo anterior, como la alemana de 1900 o la suiza de 1912, las cuales, a su vez, han dado origen a nuevas codificaciones posteriores influenciadas por ellas.

Con esto damos por terminada la parte teórica de esta exposición, que si se ha extendido quizá más de lo deseable, se ha debido nada más que al deseo de aclarar el aparato conceptual que guiará su segunda parte, concerniente a las fijaciones en Iberoamérica.

IV. LA FIJACIÓN DEL DERECHO EN IBEROAMÉRICA

Yo no pretendo intentar un estudio historiográfico detallado y concreto sobre la fijación del derecho en Iberoamérica, cosa que, por lo demás, fuera absolutamente temeraria en un breve párrafo, sino señalar algunas pautas que, a mi juicio, pueden guiar a una investigación de esta naturaleza. Esas pautas no son otras que aquellas que derivan del concepto mismo de fijación trazado en la primera parte de este párrafo.

1. Al hablar de fijación en Iberoamérica, con ello no prejuzgamos acerca del carácter del modelo fijador imperante ahí. Ciertamente todos sabemos que, en definitiva, el modelo que se impuso en estas tierras fue el de la codificación¹²; pero ello no fue sino el resultado de un cierto proceso histórico que, por regla general, culminó en la segunda mitad del siglo XIX, con algunas postergaciones (como el caso del Brasil, en 1916). Pero ello no significa en ningún caso que el modelo de la codificación hubiera estado siempre presente, ni que otros modelos fijadores no se hubieran sugerido a los espíritus como alternativas. El caso de Chile es, a este respecto, paradigmático. El ideal de fijar el derecho nació en la nueva república exactamente en 1822¹³; pero solo fue en 1834 que comenzó a imponerse un ideal así bajo la forma de codificación¹⁴, que en definitiva triunfó en 1840¹⁵; para verse realizado recién en 1855¹⁶. Entre 1822 y 1834, sin embargo, fueron formulados otros modelos sobre fijación, distintos del

de la codificación¹⁷. Este debate entre 1822 y 1834 no forma parte del proceso de codificación, pero sí de un proceso de fijación.

Así, pues, me parece a mí que nuestra distinción entre fijación, que es el concepto amplio, y codificación, que es el concepto restringido, tiene la virtud de hacer comprensiva y comprensible la historia de los esfuerzos por llegar a poseer esos cuerpos compactos de derecho en sustitución de una pluralidad anterior. Esa distinción evita transformar a tal historia en una mera crónica o catálogo de diferentes proyectos propuestos, sin discernimiento de su significado interno y de sus diferencias; y, sobre todo, evita transformar la historia de los esfuerzos fijadores en una historia que sólo tome como punto de vista los códigos que en definitiva fueron emitidos. Esa historia, en realidad, constituye un proceso complejo, no rectilíneo, cuyo origen no conduce, como por fuerza de una predestinación, al código que en definitiva fue promulgado en cada país; es, más bien, una historia radial, uno solo de cuyos radios es el que conduce al código final, pero no todos.

2. El segundo aspecto que debe tenerse en cuenta consiste en esto: si bien es verdad que en cierto momento, ya a poco de completado el correspondiente proceso de independencia frente a la Monarquía, en todas las regiones se presentó el ideal fijador, esto es, el de una genérica sustitución del derecho heredado de esa Monarquía por los Estados sucesores, por códigos diferentes, en otro momento posterior esos ideales se vieron encauzados en diversas zonas, por los códigos emitidos en algunas de las nuevas repúblicas o, al menos, por sus trabajos preparatorios o por proyectos que no alcanzaron a ser publicados en sus países de origen. A este respecto se presenta en primera línea el código chileno¹⁸, también los trabajos del brasileño Teixeira de Freitas¹⁹; en medida muy limitada, el código argentino²⁰. Pero nuevamente es necesario precaverse

¹² V. GUZMÁN BRITO, A., *Codificación civil*; GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación*.

¹³ Fue expresado en un discurso de Bernardo O'Higgins ante el Congreso Constituyente, el 23 de julio de 1822. Su texto en GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, II: "Fuentes", N° 3, 14.

¹⁴ En 1834, el diputado Juan de Dios Vial del Río presentó un proyecto de ley impulsor de la fijación, en que se aprecia ya el triunfo del modelo codificador; sus antecedentes en GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, II: "Fuentes", N° 57, 101-102. Este proyecto en definitiva no resultó despachado.

¹⁵ En ese año fue aprobada —a iniciativa de Andrés Bello— la ley creadora de la comisión codificadora; sus antecedentes en GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, II: "Fuentes", N° 98 a 100, 160-162.

¹⁶ En tal año se presentó al Congreso y fue aprobado por él, el *Proyecto de Código Civil de la República de Chile*, que comenzó a regir el 1 de enero de 1857.

¹⁷ Sobre esto, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil*, en *Studi Sassaresi*, serie 3ª, N° 5: "Diritto romano, codificazioni a unità del sistema giuridico latinoamericano", Milano, Giuffrè, 1981, 139-162 = *Atenea*, 443-444, Concepción, 1981, 239-259.

¹⁸ PEIRANO FACIO, Jorge, *El Código Civil de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile*, cuarta época, 4, Santiago, 1964-1965, 64-76; BRAVO LIRA, Bernardino, *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7, Valparaíso, 1981, 71-106; GUZMÁN BRITO, A., *Codificación civil*, §§ 39-45, 374-425; GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación*, §§ 28-34, 212-251.

¹⁹ MEIRA, Silvio, *Teixeira de Freitas. O juriconsulto do império. Vida e obra*, Río de Janeiro, J. Olympio, 1979, 387-409.

²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil de Vélez Sarsfield en las codificaciones de Iberoamérica hasta principios del siglo XX*, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, V, 235-254 = *Revista Chilena*

de otorgar a este elemento un rango sistemático incorrecto, pues también aquí se trata de una historia terminal y no inicial: el problema de influencias de los códigos o proyectos de códigos iberoamericanos sobre otros códigos de la misma región es un tema perteneciente a la historia de la codificación que no puede ser necesariamente extendido a la más amplia de la fijación.

Lo mismo cabe decir respecto de las influencias externas: aquella proveniente del *Code Civil* francés de 1804²¹ o del español de 1889, por citar solo ejemplos destacados de influencias. No niego, por supuesto, que en un momento determinado sea necesario estudiar esas influencias tanto del interior como del exterior; pero siempre que se tenga presente que con un estudio así ya estamos finalizando la historia de la fijación bajo la forma de codificación, y, más específicamente, bajo la forma de historia del código concreto; pero en ningún caso la estamos comenzando.

3. En verdad, los comienzos de esa historia deben situarse en el estado del derecho vigente que los reinos americanos habían heredado de la Monarquía castellana o de la portuguesa, y en la opinión que abogados, jueces, políticos, profesores y pensadores se habían formado acerca de ese estado.

Bien sabido es que el derecho vigente al momento de las independencias estaba constituido por un conjunto muy heterogéneo, multiforme y disperso de fuentes positivas, cuyo núcleo ciertamente estaba constituido por códigos: las distintas *Ordenações* de la monarquía lusitana; las *Partidas* y las *Recopilaciones* de la castellana, a los cuales se agregaba el conjunto de leyes nuevas no fijadas en códigos y el derecho común. Con ello ya tenemos el presupuesto que antes hemos precisado como esencial para el nacimiento de todo movimiento fijador: la pluralidad de fuentes preexistentes.

¿Qué actitud adoptaron juristas, políticos y pensadores criollos ante esa masa de derecho plural? A priori podríamos decir que una actitud crítica. Esta crítica se dobló en dos direcciones²²: i) por un lado, una crítica de tipo externo, enderezada a denunciar los defectos concernientes a la forma, exterioridad o apariencia del ordenamiento y que revisten un carácter, por así decir, técnico: la multiplicidad de fuentes,

de *Historia del Derecho*, 18, Santiago, 1999-2000, 263-273 [también incluido como “Apéndice” VI, en GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación*, 545-556.

²¹ V. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*, en *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine. El futuro de la codificación en Francia y en América latina. Actas de congreso*, Senat de France - Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Paris, 2004, 47-77

²² V. la “Introducción” de mi trabajo: *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VIII: “Crítica al derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, Valparaíso, 1980, 267-347.

la dificultad de su localización y conocimiento, su inestabilidad, incerteza e inseguridad, su estilo de redacción, etc.; ii) por otro, una crítica de tipo interno, que tendía a hacer ver la incongruencia de los principios y soluciones del derecho criticado y de la institucionalidad por él amparada, con los principios, soluciones e instituciones considerados ideales o valorativamente superiores, con los usos y costumbres del tiempo sobrevenido, con la moral del siglo, etc.

Esta doble dirección de la crítica presenta problemas fundamentales de influencia. Desde luego, no cabe negar que la crítica interna haya podido poseer una cierta autonomía, porque un estado vicioso del derecho en su conformación externa ha producido críticas en todas las épocas de la historia. Pero yo me inclino por pensar que aquí ha influido una tradición europea cuyo nacimiento está en el siglo XVI. Sabido es, en efecto, que a principios de ese siglo el derecho común en los reinos independientes del Imperio, en especial, Francia y España, por influjo tanto de factores objetivos como de factores ideológicos provenientes del humanismo, entró en honda crisis. El humanismo dirigió una crítica profunda en contra del derecho común, cuya tipología corresponde a la que antes hemos denominado “crítica externa”. No me detendré aquí en pormenores: basta recordar la ácida polémica que esa escuela lanzó en contra de la jurisprudencia de glosadores y comentaristas y en contra del *Corpus iuris civilis* mismo²³. De los escritos críticos del humanismo derivó una literatura especial, un verdadero género literario, de denuncia de defectos y vicios del sistema del derecho común, que fue representada en Francia por el *Antitribonien* de François Hotman; en Alemania, por el *De origine iuris germanici* de Hermann Conring; en Italia, por el *Dei difetti della giurisprudenza*, de Ludovico Antonio Muratori; en España, por los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, de Juan Francisco de Castro, y en Portugal, por el *Verdadeiro método de estudar para ser útil à república e à igreja*, de Luis A. Verney (el Barbadinho). Cuando se estudia estos diversos escritos y luego se compara sus ideas con muchas de las críticas que en los nacientes estados iberoamericanos fueron dirigidas en contra de la juridicidad heredada, no puede menos que encontrarse similitudes en los temas o tópicos de la crítica. Al menos así lo he podido comprobar yo para el caso de Chile²⁴ y así también se puede apreciar si uno recorre las páginas del excelente libro de Tau Anzoátegui sobre la *Codificación en la Argentina*²⁵.

Ahora bien, la tarea del historiador de la fijación en Iberoamérica consiste precisamente en corroborar o variar la apreciación de este punto y en determinar las exactas

²³ Una visión general con literatura en CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, I: “Le fonti e il pensiero giuridico”, Milano, Giuffrè, 1979, 193-236.

²⁴ V. mi trabajo citado en la n. 22.

²⁵ TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2ª edición, Buenos Aires, Librería Editorial Histórica, 2008. La primera edición es de 1977.

influencias del movimiento de crítica externa. Antes yo he hablado de Hotman, el gran sintetizador de la crítica externa en Francia. La verdad es que difícilmente ese escrito se encontrará en las bibliotecas iberoamericanas. Algo poco distinto sucede con Muratori. Las obras de los críticos españoles y portugueses, en cambio, son abundantes ahí²⁶. Yo simplemente me limito a plantear metodológicamente el tema y a señalar las más posibles vías de influencia.

Por lo que respecta a la crítica interna, a la crítica valorativa del sentido y moralidad de las reglas e instituciones jurídicas transmitidas, se nos presenta de inmediato la posible influencia de la ilustración dieciochesca. A diferencia de lo que sucede con la crítica externa, en América esta otra especie ha sido objeto de buenas monografías, las que, sin embargo, se han centrado en la historia política y constitucional²⁷, desdeñando un tanto la del derecho privado.

Este punto es de la máxima importancia, porque la crítica interna al derecho es la otra cara del conjunto de ideas jurídicas *de lege ferenda*, que en la primera parte de este parágrafo dijimos que se entrecruzan con el conjunto de fuentes positivas preexistentes; ambas constitutivas del presupuesto de toda nueva fijación. Estudiar, pues, el movimiento crítico interno en contra de la institucionalidad heredada de las Monarquías castellana y lusitana implica el estudio del conjunto de ideas flotantes en los espíritus, en busca de su positivación en nuevas fijaciones; e implica el estudio de la medida en que esas ideas se plasmaron efectivamente en las fijaciones concretas llevadas a cabo.

El movimiento crítico, tanto en su dirección externa como en aquella interna, debió de conducir necesariamente al surgimiento de la idea de fijar el derecho, esto es, de reducirlo a cuerpos únicos. Y, de este modo, crítica y surgimiento del ideal fijador son temas que cubren un cierto período de la historia de la fijación. Generalmente este será el primer período de esa historia, que, a propósito del caso de Chile, he llamado “del planteamiento de la fijación”²⁸. Se trata de una época de discusión de ideas a la que, sin embargo, no es ajena la reacción a la crítica y al ideal fijador que paulatinamente se conformaron, porque no faltaron defensas de la juricidad vigente.

4. Pero es posible que un tercer elemento deba considerarse estrechamente vinculado con los dos anteriores: hemos hablado del nacimiento del ideal fijador; pero, en verdad, habría que matizar tratando de distinguir de qué ideal se trata. Uno de ellos,

²⁶ V. mi trabajo citado en la n. 22.

²⁷ Una síntesis con bibliografía en STOETZER, Otto Carlos, *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación, 1789-1825. Las bases hispánicas y las corrientes europeas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, 2 volúmenes.

²⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, I: “La época de la fijación del derecho civil y sus divisiones”, en *Historia*, 14, Santiago, 1979, 315-328.

dada la época que estudiamos, esto es, la correspondiente a las primeras décadas del siglo XIX, en que la codificación ya había triunfado en Europa, será siempre precisamente el modelo de la codificación²⁹. Nuestra pregunta queda entonces reconducida a esta otra: junto con el modelo codificador, ¿han surgido otros distintos? esto es: cuando en el espíritu de las clases dirigentes se insinuó la ventaja de contar con cuerpos únicos de derecho distintos de los heredados de la Monarquía, ¿pensaron todos los representantes de tal idea, inmediata y exclusivamente en la codificación o también algunos sectores pensaron en formas distintas de fijar? Aunque la pregunta queda abierta, puede citarse ejemplos conocidos, que transforman en lícita la pregunta misma y demuestran su virtualidad: sabido es que Teixeira de Freitas comenzó su trabajo con una *Consolidação*³⁰, que es algo, si no me equivoco, muy distinto a una codificación. ¿Qué papel desempeñó en el plan fijador de Teixeira de Freitas esa *Consolidação*? En Chile, en 1827, se propuso formalmente proceder a una nueva redacción de las *Siete Partidas*³¹, expurgándola de todo su contenido histórico, variando su lenguaje y eliminando las instituciones caídas en desuso. Si ese proyecto se hubiera llevado a cabo, Chile hubiera tenido en definitiva un código representativo de un estadio de la evolución del derecho coincidente con la del derecho común del siglo XIII, saltando en consecuencia, todos los aportes del humanismo, la escolástica, el iusnaturalismo y la codificación de fines del siglo XVIII y de principios del siglo XIX. También en Argentina se propusieron planes algo similares³².

Así, pues, con estos ejemplos podemos apreciar que el modelo de la codificación no siempre fue algo aceptado en principio y a priori; y que no todos quienes pensaban en fijar el derecho pensaban en codificarlo. La determinación de posibles tendencias diferentes en materia de fijación se nos presenta así como un dato esencial en la historia del derecho hispano-luso-americano.

5. El próximo punto que se presenta a consideración es el de la medida de la recepción del derecho vigente en las nuevas fijaciones. Con esto, en cierta medida, presuponemos haber entrado decididamente en la fase de la codificación, que, por

²⁹ En general, debe decirse que la codificación iberoamericana cupo dentro de la segunda fase o época de la historia de la codificación que hemos delineado en el capítulo III de este parágrafo.

³⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das leis civis*, 1857; he visto la 3ª edición, Río de Janeiro, B. L. Garnier, 1876.

³¹ El plan fue propuesto por el diputado Gabriel J. Tocornal en su “Informe” de minoría que presentó, como miembro de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, en oposición al “Informe” evacuado por la mayoría que se pronunciaba a favor de un proyecto de codificación: sus antecedentes en GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, II: “Fuentes”, N° 53, Anexo N° 649, 83-85 y 87-91.

³² TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2ª edición, Buenos Aires, Librería Editorial Histórica, 2008, 367-373.