



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

Hinestrosa, Fernando

La tradición romano-germánica en la codificación latinoamericana\*, \*\*

Revista de Derecho Privado, núm. 42, 2022, pp. 7-19

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417571103001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

---

# La tradición romano-germánica en la codificación latinoamericana<sup>\*-\*\*</sup>

» FERNANDO HINESTROSA<sup>\*\*\*</sup>

1. Agradeciendo el honor y la distinción de participar en el Seminario organizado por el Colegio de México para conmemorar el segundo centenario del Grito de Dolores y, consiguientemente, de la Revolución de Independencia que sacudió al Reino de las Indias entre mayo y septiembre de 1810, así como el primer centenario de la Revolución Mexicana, creo oportuno echar una ojeada al proceso de formación y consolidación institucional vivido por las que hoy son las repúblicas latinoamericanas, que antaño estuvieron regidas por un derecho unitario, para luego dispersarse y adoptar una normatividad individual, hoy más necesitada de armonización, que habrán de procurársela sus raíces comunes romanas o romano-germánicas, presentes en todos sus ordenamientos y que, no sólo les otorgan armonía a éstos, sino que constituyen la sustancia de la identidad nacional de nuestros y, más ampliamente, de la identidad continental.

2. Al efecto, situados a fines del siglo xv, es preciso resaltar la inmensidad territorial del continente americano recién aparecido y la gran variedad de pueblos esparcidos por él, que al tiempo del descubrimiento y asentamiento por parte de españoles

---

\* Para citar el artículo: HINESTROSA, F., “La tradición romano-germánica en la codificación latinoamericana”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 42, enero-junio 2022, 7-19, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.01>

\*\* Conferencia en el Seminario conmemorativo del Bicentenario de la Independencia y el del Centenario de la Revolución, Colegio Nacional, México, D.F., 20-21 de septiembre de 2010.

\*\*\* Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor en ella de Derecho Civil (1963-2012) (Bogotá). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fue su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya ha sido publicada, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a presentarlos de nuevo, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

y portugueses, tenían diferentes grados de civilización. Así mismo, ha de tenerse en cuenta la antigüedad de los orígenes romanos de los ordenamientos peninsulares: la *Hispania*, primera provincia romana, con posterioridad sede de los visigodos, el pueblo bárbaro que de manera más intensa fue influido por la cultura latina y, de contera, por el derecho romano.

Es imprescindible la anotación de que contemporáneamente con la decadencia de la *Pars Occidentalis* del Imperio romano, en las provincias, por distintas razones concluyentes, fue apareciendo un derecho vulgar, a tono con la precariedad de las relaciones del tráfico jurídico y la tosquedad de los usuarios. En España, el derecho de los pobladores sometidos al mando visigodo convivió con el de éste, que fue recogido en el *Codex Euricianus*, primera colección de leyes bárbaras puestas por escrito que data de la segunda mitad del s. vi, y fue seguida por la *Lex romana visigothorum* o *Breviario de Alarico* del año 506, compuesta de extractos del Código Teodosiano y de las Novelas posteriores, así como de pasajes de Gaio, Paulo y Papiniano, y destinada a los pobladores romanizados.

3. Esa normatividad general fue sustituida en el s. vii por el *Fuero Juzgo*, lo que no impidió el esparcimiento de los derechos locales o forales, paulatinamente reunidos en ramas o familias en razón de semejanzas entre sí. El *Fuero Real* de Alfonso x de 1255 expresa el empeño de la realeza castellana en ascenso por la unificación del derecho, favorecida por la penetración del derecho romano aprendido de los Glossadores y del derecho canónico vertido en el Decreto de Graziano y las Decretales de Gregorio ix, hasta llegar a la *Ley de Partidas* de Alfonso x el Sabio, promulgada entre 1252 y 1255, y que en el siglo siguiente fue acogida como derecho subsidiario o supletorio de las normas de las comunes o forales. En efecto, ese monumento del derecho medioeval español, fuertemente influido por el derecho justiniano y por el derecho canónico, fue rechazado por los comunes que afirmaron su autonomía jurídica, por lo cual hubo de ser recogido, para solamente un siglo más tarde, ser retomado por el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* de 1348, como normatividad subsidiaria, dentro del orden establecido por éste. Ordenamiento que fue revisado por la *Ley de Toro* en 1505 e incorporado en la *Recopilación de Leyes destos Reynos* o *Nueva Recopilación* de 1567, sustituida, en fin, por la *Novísima Recopilación* de 1805.

Esa variedad de fuentes y la prelación de los ‘derechos propios’, producto de las autonomías locales, de burgos y feudos, se vio reducida paulatinamente por la concentración del poder en la Corona, que se acentuó con la reunión de los reinos de Castilla y Aragón y la culminación de la Reconquista, si bien en materias civiles el derecho romano en su versión de *mos italicus* conservó la primacía hermenéutica, comoquiera que los letrados que desempeñaban las distintas funciones jurídicas se formaban en el estudio de los dos derechos, el romano y el canónico, y tales método y estilo fueron el criterio de interpretación y aplicación de la normatividad. Así puede decirse que en Castilla se recibió el derecho romano por la vía de la universidad, por conducto de los estudiantes formados en Bolonia y luego también en Salamanca, y mediante la intervención de leyes romanizadas.

4. Ese el estado de cosas para cuando España o, más propiamente, Castilla encontró a América y comenzó su colonización. Naturalmente los conquistadores y colonizadores siguieron aplicando el derecho patrio en sus relaciones, relaciones entre ‘criollos’ y relaciones con mestizos, mientras los pueblos sometidos conservaron sus propios usos; pero poco a poco el derecho de los dominadores se convirtió en único, y la población indígena quedó en un todo sometida a él, no obstante la prevención imperial (piénsese en las disposiciones de Carlos V [Las Leyes Nuevas de 1542], inspiradas en Las Casas), de que se conservaran “las costumbres jurídicas y forma de vivir que antiguamente tenían los indios”, como derecho especial, que a la postre quedó circunscrito a las reducciones y corregimientos coloniales y a las comunidades homogéneas, sucesoras de aquéllos, como puede observarse aún hoy en algunas regiones y pueblos de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia, y más genéricamente en algunos rasgos ceremoniales o litúrgicos que acompañan el acontecer de la vida familiar o los contratos entre campesinos de regiones apartadas, que evocan el ritual aborigen.

5. En realidad, el gobierno del llamado Reino de Indias se basó en un sistema de organización centralizado y radial: las colonias no tenían relaciones entre sí, ni con el exterior, sino sólo y directamente con la metrópoli o vértice, donde estaban radicados la Corona, el Real y Supremo Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, de los que emanaban órdenes, reglas y designaciones para los cargos del gobierno y la administración de justicia. Y, por la misma razón, en un principio hubo unidad y uniformidad política, administrativa y judicial, procurada tenazmente por la Corona: el ordenamiento era uno solo y el mismo, igual que el sistema judicial, y parejos fueron también el sistema de enseñanza y el contenido de ella, como, por lo demás, correspondía a la idea y a la realidad de un imperio. Sin embargo, es necesario recalcar la variedad de fuentes del derecho peninsular, o mejor, del reino de Castilla, rígidamente jerarquizadas, en lo que hace al derecho privado, y por otra parte la realidad heterogénea que acabó imponiendo la expedición de normas específicas, lo que dio lugar al llamado ‘derecho indiano’: normas de variada denominación, concebidas únicamente para el Reino de las Indias o para un determinado Virreynato o Capitanía General colonia y, por consiguiente, con aplicación geográficamente limitada, provenientes de la metrópoli o inclusive emanadas de las autoridades coloniales facultadas al efecto y de las audiencias virreynales, especialmente de México y de Lima, pero siempre sometidas a la aprobación de la Corona. Normatividad que se resintió de abundancia, formalismo, casuismo y oscuridad, con contenido principalmente referido a cuestiones de derecho público, entre ellas las relativas a mejorar el trato de los indios y atenuar los abusos de los encomenderos.

En lo que atañe al derecho privado, el derecho castellano tuvo la mayor vigencia, dado que la legislación especial fue escasa y siguió la pauta de aquél en el orden de fuentes trazado en la Ley primera de Toro, al punto de afirmarse que las *Siete Partidas* tuvieron mayor difusión y fueron más consultadas en las Indias Occidenta-

les que en la propia España, pues acá no había comunes o feudos que se resistieran a su aplicación.

Fue natural, entonces, el trabajo de sucesivas recopilaciones de variado origen de mediados del s. XVI en adelante, entre las que sobresale la denominada *Recopilación de Leyes de las Indias* de 1680.

Además, puede afirmarse que el radio personal de aplicación de aquel conjunto de normas fue reducido, pues en la práctica sólo los españoles nacidos en el Reino de España o en el Reino de las Indias, pero hijos de ambos padres españoles, y luego también los mestizos con filiación matrimonial, eran sujetos plenos de derecho. Sin que se pueda perder de vista que las principales funciones los ‘criollos’ fueron discriminados adversamente, lo cual habría de estimular decisivamente el movimiento emancipador.

6. De este modo transcurrieron tres siglos hasta la independencia, a principios de los ochocientos, con un territorio política y administrativamente dividido en virreinos y capitanías generales (dependiendo de la importancia económica de las provincias), donde poco a poco se fueron estableciendo colegios mayores y universidades según el modelo renacentista peninsular, que proveyeron los juristas de los cuales necesitaban las diversas comunidades como jueces, notarios o empleados de la administración pública, y presbíteros, quienes aprendían el derecho romano en los *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutum* (la *Instituta*) de Heineccius, en comentarios y notas de la *Recopilación de las Leyes de Indias*, por cierto prohibidos en 1776, a la par que derecho canónico y teología, y para comienzos de las repúblicas, en las *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* de J. M. Álvarez.

7. Es bien sabido que luego de la aproximación entre sí de los múltiples derechos personales y territoriales de la Europa medieval, alcanzada sobre la base de la enseñanza en las universidades de un *ius commune* del todo romanizado, que habían sustituido el texto de la Compilación justiniana por el Comentario de los posglosadores, el surgimiento del iusnaturalismo racionalista, con marcada presencia de la escolástica española tardía, el descubrimiento de la ciencia y su fascinación, y el paso hacia la formación de los Estados, impulsó una sistematización universal del derecho, que habría de conducir a la ‘ciencia de la legislación’ o, sin más, a lo que vino en llamarse ‘codificación’ (Bentham), que se transformó para convertirse en expresión conceptual y científica de la estabilización o fijación de derecho, a la vez que con un gran significado político en cuanto medio de afirmación y efectividad de los derechos individuales y las libertades. En una palabra, el iluminismo irrumpió con su ideal optimista de perfeccionamiento del ser individual y de la especie, si que también como manifestación del estado-nación, de la soberanía territorial y de su corolario, el particularismo jurídico, proclive a la heterogeneidad y a la dispersión, que, empero no desvanecen sus raíces romanistas. Así la *iuris scientia* se proyectó en la fijación y el asentamiento del derecho.

8. Federico II tomó la delantera en cuanto a la iniciativa de redactar un ordenamiento territorial a mediados del s. XVIII, que culminó en el *Allgemeines Landrecht*

para el Reino de Prusia. Paralelamente, se registró el trabajo dispuesto por Maximiliano de Baviera para el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756. Esfuerzos a los que seguiría en el contorno germánico el ABGB o Código civil austriaco de 1811.

Pero la codificación más esplendorosa y significativa correría por cuenta de Francia, país al cual había pasado el cetro jurídico en el s. XVI con el advenimiento del humanismo y la formación de la escuela de Bourges. El *Code civil des français* o *Code Napoléon*, expedido el 21 de marzo de 1804, como culminación de un anhelo precedente, actualizado por la Asamblea constituyente en 1790, puso fin a la frondosidad y dispersión de los regímenes jurídicos que la monarquía absolutista no había podido superar, y ha sido, sin duda, el código de dimensión más universal.

9. El fracaso en España del intento de liberación al abolir Fernando VII la Constitución de Cádiz de 1812 acentuó el contraste entre la concepción ibérica absolutista, mantenedora de discriminaciones y privilegios, y la tendencia iluminista esparcida por toda América, ansiosa de libertad, autonomía e igualdad, remitida a los ejemplos de la constitución de Filadelfia y de la Revolución francesa.

Con el advenimiento de la independencia cada una de las colonias se transformó en república soberana, a menudo en conflicto armado con sus vecinas con motivo o con el pretexto de sus límites territoriales, no obstante la afirmación colectiva de raíz, de la regla del *uti possidetis*, referida a las fronteras de los virreinos y capitanías al momento de la escisión. Obviamente el empeño de afirmación de la soberanía singular estimuló el anhelo de una codificación propia, a la vez que particular, conforme al principio de *suis legibus uti*, pero sin haber llegado a constituir un ‘nacionalismo jurídico’.

En el caso de las colonias españolas es útil recordar que la independencia fue obtenida al precio de una guerra prolongada y sangrienta. Así pues, se produjo una ruptura con la metrópoli y se generó un resentimiento contra los ‘chapetones’, como eran llamados los españoles peninsulares, que se prolongó por espacio de más de un siglo. Al concluir las guerras de independencia a las nuevas repúblicas, que sentían indispensable la codificación para la afirmación de su propia imagen, se les planteó la disyuntiva de adoptar un modelo europeo, que no podría ser otro que el francés, o alentar una concepción propia y emprender la redacción de sus códigos. En la primera dirección es significativa la propuesta del libertador de Chile O’Higgins, formulada en 1822, de reemplazar la legislación española por los códigos napoleónicos,

En el otro sentido se encuentra desde 1821 la iniciativa de integrar comisiones de letrados con el cometido de proyectar códigos nacionales, que retomó la idea esbozada ya en algunas de las constituciones que siguieron al movimiento de independencia de 1810. Sólo que ahora la urgencia vital de los nuevos estados era completar la independencia, organizar la administración y obtener su reconocimiento internacional. Por eso, los más de ellos debieron posponer la elaboración de códigos y disponer que en el entretanto continuarían en vigor las leyes españolas e indianas, con reformas fundamentales correspondientes a los principios y orientaciones liberales de la revolución de Independencia.

10. En lo que hace a lo que pudiera llamarse transcripción o adaptación del ordenamiento francés, se tiene que en 1825 la república de Haití, que a la sazón comprendía toda la isla de Santo Domingo, adoptó en su idioma el *Code Civil français*. Independizada en 1844, la República Dominicana lo adoptó al año siguiente literalmente en la versión de Restauración de 1816, que sólo en 1874 vino a conocerse en lengua castellana. En 1837 el estado mexicano de Oaxaca expidió su código con la misma raíz. Y en 1830 la Confederación peruano-boliviana hizo otro tanto: el Código de Santa Cruz, del todo afrancesado, de donde surgieron los dos códigos civiles de Perú de 1836, uno para la región norte y otro para la región sur.

11. Cuando comenzó el trabajo de verdadera codificación latinoamericana a mediados del siglo XIX, en general no se pensó, por cierto, en la reproducción del derecho de la metrópoli, ante todo porque los ordenamientos de España no estaban en condiciones de servir como modelo. Se dio un movimiento inverso al de las colonias de Norteamérica, que, como es sabido, después de un intento de diferenciarse de Inglaterra, retornaron al *common law* como tronco básico. Con todo, en Hispanoamérica la disciplina de algunas figuras de derecho de familia, de derecho sucesorio e incluso del derecho de bienes conservó bien acentuadas las orientaciones ibéricas; y en algunos países no faltaron propuestas de compilar y adaptar el derecho peninsular, mientras que en otros terrenos, especialmente en el derecho de obligaciones y de los contratos, la influencia del *Code Napoléon* fue evidente y enorme.

12. Inicialmente el código boliviano y el peruano atrajeron la simpatía de otros países que los tuvieron en cuenta para sus proyectos. Tal el caso de Costa Rica, que en 1841 expidió un Código General en cuya 'materia civil' que se observa la reproducción del boliviano, por intermedio del peruano del norte de 1836 y, por lo mismo, con algo del derecho francés, si que también del español.

Resaltan por su consistencia intrínseca y su proyección los proyectos de codificación de Perú (desde 1834) y de Chile (a partir de 1841), y se mencionan adicionalmente el Proyecto de Eduardo Acevedo para Uruguay (1852), el de Justo Arosemena para la Nueva Granda-Colombia (1853) y el de Justo Sierra para México (1859).

El código civil de Perú de 1852 es singular en cuanto se orientó hacia una concepción más autóctona del derecho, con venia a la progenie romana en cuanto a la exigencia de la tradición para la transmisión del derecho de propiedad, y seguimiento de las reglas españolas sobre todo en cuestiones de familia, lo que no oculta el influjo francés en materia de obligaciones y contratos. Ese código peruano, remitido al proyecto de 1846, pasaría a ser el del estado soberano del Magdalena de 1857, primero en la codificación de la Nueva Granada, que rigió hasta 1866, y posteriormente iría a nutrir el código civil de Guatemala de 1877.

12. La república de Chile, independizada desde 1818, emprendió una espléndida tarea de codificación a partir de los comienzos de la década de los años treinta: constitución política, código orgánico de tribunales, código civil, con la asistencia del eminente venezolano Andrés Bello, gramático eximio y letrado por su propio esfuerzo, quien, a tiempo que partió de la asimilación del derecho castellano por

fuerza de su aplicación por espacio de varias generaciones, propuso la introducción de innovaciones a la manera de aquellas que habían tenido buen suceso en Europa, con similitud de propósitos, método y resultados a los que caracterizaron a la codificación napoleónica, y añadiendo a los ingredientes variados que tomó de distintas fuentes, su buen juicio y su experiencia.

Luego de varios proyectos (1842, 1847, 1853) y de una revisión final por magistrados de las cortes, antes de concluir el año de 1855, el Congreso de Chile expidió el Código civil, cuya estructura refleja la progenie romana, el sello español en lo que hace a la organización de la familia, los derechos reales y las sucesiones, y la disciplina francesa del derecho de las obligaciones y los contratos, acá con ajuste de numerosas disposiciones, para lo cual, bien se ve, se tuvo en cuenta no sólo a Pothier, ancestro del *Code civil*, sino también a los exégetas de la primera generación y a la jurisprudencia temprana relativa a aquél.

13. No creo exagerado afirmar que las características del Código de Bello, similares a las del *Code civil*, explican su difusión y su influencia grandes en los ordenamientos de América Latina, en donde ya se había dado el precedente de adopción de códigos de países hermanos que se habían adelantado en el proceso de codificación.

A donde llegó y fue acogido primero el Código de Chile fue la Nueva Granada, hoy Colombia. País con régimen federal entonces, sus varios estados lo fueron incorporando a su legislación, a partir del estado soberano de Santander el 18 de octubre de 1858, que, con importantes modificaciones liberales en el régimen de la familia: matrimonio y filiación, con efectos sobre el régimen de sucesiones, lo expidió en marzo de 1858, con vigencia a partir de 1860. Esa adopción fue seguida por los demás estados y por la Unión, y al establecerse el gobierno centralista, éste código fue declarado el de la República en 1887.

Salvador tomó el Código chileno en 1859. Luego vino Ecuador, que promulgó en diciembre de 1860 el Código que habría de regir desde 1861. Venezuela procedió análogamente avanzando el año de 1862, pero, el cambio de gobierno de 1863 implicó su derogatoria y la restauración del derecho castellano e indiano. Nicaragua lo promulgó en 1867, y Honduras en 1880.

Y Panamá, siendo estado de la Nueva Granada, lo había acogido en 1860.

14. Al anhelo de una legislación civil moderna no fue ajena España. Así desde 1821 comenzó la elaboración de proyectos de código, que culminaron en la publicación del proyecto de García Goyena en 1852, antecedente del Código civil de 1889, que rigió en Cuba hasta 1987, cuando fue sustituido por la ley 59, que para ponerse a tono con los principios de la Revolución, siguió el modelo del código civil de la DDR.

La ordenación del proyecto de García Goyena es la de los tres libros del *Code civil* francés, pero en su contenido mantiene la tradición castellana, y tuvo buena influencia en las naciones latinoamericanas. Así, en primer término, en México en donde el proyecto de Código de Justo Sierra, que data de 1861, adoptado por distintos estados federales, comenzando por el de Veracruz, con incrustaciones de derecho francés, se convirtió en Código civil del Imperio Mexicano, el de Maximiliano de



1866, y luego, con adiciones tomadas del código de Portugal, en 1870, pasó a ser el Código civil del Distrito Federal.

Venezuela en 1867 dejó de lado el Código de Bello y tomó el proyecto García Goyena.

Ya en las postrimerías del siglo XIX, en 1898, Honduras derogó el estatuto en vigor, basado en el Código de Chile, para seguir en mucho el Código Civil español. Y en 1916, Panamá, separada de Colombia desde 1903, resolvió sustituir el código que la había regido desde 1861, o sea el Código de Bello con las modificaciones introducidas por el estado de Santander, por uno nuevo, siguiendo el patrón de Honduras, esto es, el Código de España.

15. Las provincias del Río de la Plata tuvieron desde los albores de la independencia el propósito de darse un código civil propio, sólo que la dictadura de Rosas hizo a un lado tal iniciativa, que se vio propuesta hasta 1852, cuando se conformó una comisión encargada de elaborar cuatro códigos, entre ellos el civil, que sólo se enrumboó en 1864 con la designación de Dn. Dalmacio Vélez Sarsfield para lo relativo a éste. Él presentó su proyecto en 1867, que en 1869 se convirtió en ley, vigente desde 1871.

Vélez Sarsfield se apartó del modelo francés y tuvo como referencia inmediata la *Consolidação das leis civis* de Texeira de Freitas de 1857 y el proyecto de García Goyena, si que también el derecho castellano, el código de Bello y doctrina de la exégesis francesa.

La codificación argentina, relativamente tardía, fue trasladada en 1876 al Paraguay de resultados de la derrota de éste en la guerra de la Triple Alianza.

16. Uruguay, luego de varios intentos inconclusos, expidió su código civil en 1868, estatuto que se nutrió, a más de las fuentes españolas y del *Code civil*, en el Código de Chile, en el proyecto de Acevedo, en el *Esboço* de Texeira de Freitas y en el Código argentino.

Venezuela, luego de las vicisitudes atrás mencionadas, en 1916 optó por la vía del *Code civil français*, pero por conducto del código del reino de Italia que había sido expedido en 1865. Y en 1942 modificó su Código civil con base en el Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927, que fue reajustado en 1942.

17. Brasil, país también iberoamericano por la vertiente portuguesa, se rigió por el derecho de la metrópoli, contenido en las *Ordenações Filipinas* y las normas posteriores, incorporadas como derecho propio por ley de 1823. Encargado Texeira de Freitas de elaborar un proyecto de integración del ordenamiento civil, en 1857 presentó su trabajo titulado *Consolidação das leis civis*, y para 1863 hizo otro tanto, ya para un *Esboço* de Código civil, con elementos tomados del derecho romano y del derecho romanizado de la escuela histórica alemana, del derecho francés y del código chileno. No habiendo podido ese proyecto superar los trámites necesarios para la expedición durante el Imperio, la república avanzó en un nuevo proyecto que corrió igual suerte, hasta que la propuesta de Clovis Bevilacqua, esto es, el *Projeto de Codigão civil brasileiro*, de cuño ciertamente pandectístico, que se remonta a 1900, desembocó en el código de 1916.

18. Una vez consolidada la Revolución, México expidió en 1928 un Código civil para el Distrito y los territorios federales, precedido de una amplia exposición de motivos, que comienza por declarar que “Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular. [...] Para transformar un Código civil, en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad”. En dicho ordenamiento, que con razón ha sido llamado ‘un ensayo de código privado social’, quedaron plasmados los principios de la Revolución de 1910, de tan honda repercusión en América Latina, favorecidos por la confluencia de los valores de la Constitución de Weimar y de la República española, determinantes de profundos cambios en la parte dogmática de las constituciones y, de rebote, en el derecho civil, particularmente en lo que hace al derecho de propiedad y al uso de la tierra, ante todo la rural, pero también la urbana, al contrato de prestación de servicios subordinados o, más propiamente, de trabajo, al derecho colectivo y, en general a la introducción de los principios de igualdad y solidaridad como plataforma para el entendimiento y la aplicación del derecho, con énfasis en el de las personas y en el de los contratos.

19. Perú modernizó sus instituciones civiles con el Código de 1936, influido por el ZBG suizo, acompasado con la orientación social imperante en Europa en la primera mitad del s. xx, y el progreso de la economía y del derecho. Para, en 1984, reajustándolo e incorporándole mucho de la normatividad italiana de 1942, promulgar un nuevo Código civil.

Durante la década de los años treinta Colombia introdujo reformas profundas al régimen de familia (capacidad y autonomía de la mujer, filiación y derecho sucesoral), al de la propiedad y tenencia de la tierra, y al del trabajo subordinado. Y en 1971, habiendo mantenido la dualidad de regímenes en derecho privado, expidió un nuevo código de comercio, sustitutivo del tomado de Chile un siglo atrás, que en materia de obligaciones y contratos adoptó el libro iv del Código civil italiano de 1942, cuya orientación irrigó el derecho privado.

Bolivia, en su Código civil de 1975, siguió también de cerca el modelo italiano de 1942.

Argentina ha intentado, sin buen suceso, sustituir el Código de Vélez Sarsfield. Y en el entretanto ha expedido leyes conducentes a la aceptación de principio y figuras de actualidad, entre las que sobresalen la ley 17.711 de 1968 y la 23.364 de 1985.

En 1985, Paraguay expidió un nuevo Código civil, que igualmente muestra la huella de la codificación italiana, a partir de la unificación de la disciplina de las obligaciones y de los contratos.

En fin, Brasil promulgó en 2002 un *Novo Código Civil*, que mantiene la inclinación por el sistema alemán del BGB e inserta vigorosamente los principios políticos y sociales del presente, consagrados en la nueva Constitución política.

20. Hasta la segunda mitad del s. xx la doctrina francesa era la más conocida y compartida en las universidades y en la jurisprudencia; desde la escuela de la exégesis hasta las más recientes expresiones de las tendencias sociológicas. Con posterioridad al final de la Segunda Guerra Mundial se hizo presente en América Latina un movimiento de atención hacia la doctrina italiana moderna y contemporánea, antes ignorada, favorecido por la presencia del Código de 1942 y la aplicación de los principios de la Constitución republicana de 1948. En algunos países esa atracción se ha visto auspiciada por una abundante inmigración italiana (Argentina, Brasil, Venezuela, Perú), o por la incorporación de aquel código (Colombia, Bolivia), o por la presencia de numerosos estudiantes en las universidades italianas (Brasil, Costa Rica).

21. A partir de la segunda posguerra, el procedimiento de elaboración y la responsabilidad de las normas se ha modificado por diversas razones, en oportunidades por el apremio de resolver problemas acuciantes, en otras por la presencia de regímenes autoritarios, que han llegado a sustituir al Parlamento. La *légifération* abundante y presurosa es un fenómeno cada vez más frecuente, como lo es la *codification à droit constant*, lo que hace recordar el contraste entre la *Jurisprudencia* y las *Constituciones*, entre los *Digesta* y el *Codex*, y las recopilaciones de aquéllas.

La continuidad de la acción de un Estado interventor, con modalidades nuevas de protección de personas y sectores de población vulnerables, condujo al surgimiento de una normatividad amplia de tutela al consumidor, que se manifiesta en una participación activa de las distintas ramas del poder público, regulada primero en sucesivas normas de excepción y, luego, en estatutos llamados códigos de consumo, con principios diferentes de los derecho privado ordinario, a veces contrastantes con ellos, no obstante la permeación creciente de los códigos civiles y comerciales por los nuevos criterios y soluciones. A lo cual se suma el advenimiento de la disciplina de nuevos fenómenos relativos a derechos de más reciente configuración, o bien de nuevas posibilidades científicas: por ejemplo los derechos de propiedad intelectual, los derechos de la personalidad, los trasplantes, la inseminación artificial, la protección del subproveedor, y numerosas figuras recientes de contratos; y todavía más, en materia de derecho comercial, las actividades sometidas al control del Estado: banca, crédito, seguros, bolsa, transporte, sociedades de capitales. Y a tiempo que la llamada ‘descodificación’ del derecho privado busca recomponerse con recopilaciones de normas múltiples, la fuerza centrífuga de la llamada ‘especialización’ lleva frecuentemente a la formulación de estatutos independentistas.

22. Son varios los países de América Latina que no se han sustraído a la tendencia estatista a la regulación soberana de las relaciones familiares y, así, han optado por sustraer la materia de la competencia del código civil y llevarla a un código especial, con protestas proteccionistas. Ello a tiempo que la orientación contemporánea al respecto es a reconocerles a la persona y al núcleo familiar las mayores libertad y autonomía, incluso hasta propiciar el surgimiento de nuevas figuras de vida en común y de apoyo económico recíproco entre convivientes, que se han generalizado y que la ley se ha visto precisada a reconocer.

23. En principio, se conserva la tradición de la dualidad de códigos para la disciplina de las figuras reguladas por el derecho privado, con un código especial de comercio. Sin embargo, varios países han avanzado en la dirección de fijar en el código civil los conceptos y principios básicos, de modo de asegurar la centralidad de aquél y de éstos.

24. Partiendo de la unidad normativa, conceptual y metodológica de la Colonia, muy pronto nuestros países alcanzaron una heterogeneidad, algunas veces impulsiva y oscilante, a causa de su adhesión a determinados movimientos doctrinarios que se mostraban más actuales dentro de la tradición del derecho continental, tendencia a la que recientemente se sumó la introducción directa, como injerto, de algunas instituciones de la disciplina anglosajona.

Hoy se observa, igual que antaño, un vínculo claro entre universidad, doctrina y ciencia jurídica, sin olvidar la jurisprudencia; y se percibe, también, un renacimiento y un desarrollo del saber jurídico. Se debe resaltar el incremento de la comunicación y las relaciones entre los juristas de los países latinoamericanos y la existencia, o la posibilidad al menos de un *ius commune* latinoamericano.

Con el apoyo de centro académicos y científicos europeos, en orden cronológico, italianos, como la ASSLA, la Universidad de Roma II y el CNR desde hace cerca de cuarenta años, y más recientemente, también franceses, como la Association Henri Capitant pour les amis de la culture juridique française y la Fondation pour le droit continental, nos hemos percatado de la herencia común y, por tanto de la fraternidad de nuestro derecho, y, por ese conducto, del valor intrínseco del derecho de tradición romano-germánica, de su arraigo en la entraña de nuestros pueblos y, lo que es más importante, de sus ventajas para afrontar las exigencias del desarrollo en la actualidad, y de lo que significa preservarlo para la conservar la identidad nacional.

25. Bien puede afirmarse que el objetivo de un *ius commune* en América Latina no es una quimera, y que tampoco implica una renuncia a la soberanía de los Estados. En Europa ha sido factible concebir y llevar a la práctica ordenamientos comunes (por ejemplo, en materia de compraventa o de arbitramento, o de competencia judicial) e inclusive llegar a cortes europeas con jurisdicción continental. Esto sin olvidar el reciente Tratado de Lisboa. Todo ello a pesar de la diversidad de lenguas y la disparidad de sistemas jurídicos, y una larga historia de contratos y conflictos, producto de nacionalismos y particularismos agudos. En mi sentir, la facilidad aparente del *ius commune* de hoy deriva de una razón histórica y de una necesidad práctica: todos los sistemas jurídicos, incluso el anglosajón, tienen ancestros romanos y germánicos, y encarnan numerosos principios y, a veces métodos, comunes, ante todo romanistas, perseverantes a lo largo del tiempo.

En América Latina se presentan, quizá, más factores comunes, o más precisamente, de uniformidad: prácticamente la lengua es la misma, la historia, la civilización, la religión coinciden; los propios ordenamientos no son tan diferentes como se pudiera pensar a primera vista. Todos, en últimas, se remiten a los conceptos e instituciones romanos, objeto de una transfusión en reglas sistematizadas conforme

a un método deductivo. Es menester, sí, un mayor conocimiento recíproco para progresar en el empeño de llegar a una individualidad continental. Se trata, en fin, de identificar los '*principia generalia*' presentes en el *ius Romanorum commune* aún en vigor, como un aliento y una orientación, adaptados a la mentalidad actual, eliminando contrastes inútiles que subsisten incluso en el seno de un mismo país.

26. El respeto de la dignidad de la persona humana está presente en el robustecimiento de los derechos de la personalidad y la previsión de su tutela civil: la salud, la identidad, la privacidad, la imagen, la libertad de conciencia, la conformación de la función social de los derechos reales, la admisión de formaciones sociales o comunidades intermedias entre el individuo y el Estado, la defensa del medio ambiente, la protección del consumidor, la socialización de la responsabilidad extracontractual, la tutela de la confianza y de la buena fe, particularmente en el equilibrio del contrato, la tutela del contratante débil, la prohibición de enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho. También en una concepción eudemonista y más autónoma y libre de la familia y de las relaciones familiares, en contraste con la tradición autoritaria y 'estatista' aún prevaleciente en la normatividad. Igualdad para los diversos hijos, protección personal más acentuada y firme de los incapaces. Una mayor libertad efectiva en la creación del derecho y una relevancia mayor de la costumbre. Una primacía absoluta de los principios tutelares, garantes y funcionales de la Constitución y la presencia real de ésta en la interpretación y aplicación de la ley. Es esta una tendencia marcada en las leyes de reforma de los códigos civiles y en los nuevos códigos que hoy, como en los albores de la independencia, aproxima a las naciones latinoamericanas entre sí.

27. Sin lugar a dudas, es tarea de la Universidad recibir la tradición, examinarla, revisarla, purificarla, y estar atenta a las nuevas corrientes y exigencias, estimular foros de estudio y promover respuestas alternativas adecuadas. Pero ante todo, su tarea es la formación de juristas provistos de criterios de avanzada con los cuales puedan afrontar los problemas de un presente que se transforma con celeridad y profundidad.

Los Códigos constituyen la última fase del movimiento de unificación, ciertamente todavía no indispensable u oportuna, porque las desconfianzas políticas son grandes, de modo que la unidad de criterios y de conciencia sería suficiente para comenzar. A cuyo propósito es oportuno recordar la admonición del Sr. Bello: "¿Qué cosa impide aprovechar tantos materiales preciosos? [Hemos de] codificar nuestras leyes cuales son".

La evocación del Grito de Dolores y de la Revolución Mexicana es oportuna e imperativa para reforzar una hermandad indeclinable y fructífera.

## **Bibliografía:**

AA. VV., *Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Roma e America, 1, a cura di S. Schipani, Cedam, Padova, 1988.

- AA. VV., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Shipani, Roma e America, 5, Cedam, Padova, 1991.
- CRUZ BARNEY, O. *La codificación en México, 1821-1917, una aproximación*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2004.
- DE LA CUEVA, M. *Derecho mexicano del trabajo*, t. 1, Porrúa, México, D.F., 1959.
- FLORIS MARGADANT S., G. *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Unam, México, D.F., 1971.
- GUZMÁN BRITO, A. *La literatura del derecho natural racionalista y la literatura de derecho indiano con especial referencia a las 'Instituciones' de José María Álvarez*, Instituto de investigaciones de historia del derecho, Buenos Aires, 1997.
- GUZMÁN BRITO, A. *La codificación en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- HINESTROSA, F. *El código civil de Bello en Colombia*, en *El código civil de Chile (1855-2005)*, Trabajos expuestos en el Congreso Internacional, Santiago, Octubre de 2005, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2007.
- MAYORGA-GARCÍA, F. *El proceso de codificación civil en Colombia*, Bogotá, 2005, manuscrito p.3. ID.,
- MAYORGA-GARCÍA, F. *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en *Revista chilena de historia del derecho*, n° 14, Facultad de derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1991, p. 291-313.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. *Codificación civil y derecho comparado*, Zavala, ed., Buenos Aires, 1994.
- SCHIPANI, S. *Derecho romano, codificación y unificación del derecho –Instituciones–*, trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.
- SCHIPANI, S. *La codificazione del diritto romano comune*, rist. 1999, Giappichelli, Torino, 1999.