

NOTA DE REMISIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL*

Buenos Aires, junio 21 de 1885.

A S. E. el señor ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor don Eduardo Costa.

Tengo la satisfacción de presentar a V. E. el primer libro del Código Civil que estoy encargado de trabajar por orden del Gobierno Nacional, el cual comprende el tratado de las personas. Esta es la parte principal y la más difícil de la legislación civil, respecto de la cual también era de toda necesidad hacer muchas e importantes reformas en las leyes que nos rigen.

Creo que el trabajo está hecho como V. E. me lo encargó, concordando los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América, para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto.

Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisperitos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes.

Para este trabajo, he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Secane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo del Proyecto de Có-

* Publicamos estas páginas de Vélez, generalmente citadas, pero difíciles de hallar, pensando que con ello prestaremos un servicio a los lectores de la Revista. La Redacción.

digo Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos.

Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariæ, la grande obra del señor Serrigny sobre el derecho administrativo del Imperio Romano y la obra de Story *Conflict of Laws*.

En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la Nación, y que con ella crecía, podíamos ocurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los autores citados. Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos, después de la creación del Imperio de Oriente, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes juriconsultos.

He creído que en un Código Civil no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos, como lo hace el Código francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V. E. me encargó, he debido preguntarme: ¿Qué es un Código Civil? ¿Cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos, reales o personales, que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas. Los derechos absolutos, como el de libertad, elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., tienen la especialidad que sus correspondientes obligaciones afectan a toda la masa de las personalidades. Por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares, ni se induce la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe. La obligación en tales casos es meramente de una inacción indispensable para la efectibilidad de esos derechos. Esa inacción es solamente el límite de los derechos de cada uno. Cuando, por el contrario, al derecho relativo corresponde una obligación de no hacer, la persona obligada se priva de un derecho que tenía y que voluntariamente renuncia. Por otra parte, los derechos absolutos están protegidos de toda violación por las penas del derecho criminal, y sólo por una parte accesoria pueden por su violación entrar en el cuadro de las leyes civiles, en el caso que se trate de la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho ilícito, y entonces se resuelven sólo en una prestación necesaria para satisfacer el daño.

Los derechos civiles fueron por mucho tiempo, en la legislación romana, privativos de los ciudadanos romanos, *jus quiritum*. La diferencia entre extranjeros y ciudadanos ha desaparecido, y

no hay un derecho civil para los extranjeros en contraste con el derecho civil para los ciudadanos. Los derechos políticos pertenecen a la vida política, y sólo confieren al ciudadano un derecho absoluto, la facultad de participar más o menos de las funciones públicas. No debían, pues, entrar en el Código Civil, en el conjunto de las leyes que declaran, protegen y sancionan los derechos relativos.

La muerte civil no puede tampoco comprenderse en el derecho civil. Esta expresión no se encuentra usada en el derecho romano. Es un imperfecto simulacro para privar a los hombres de los derechos de familia, del derecho de testar y del derecho a todos sus bienes, penas que no permite nuestra Constitución política que abolió la confiscación y que no se encuentran en nuestras leyes.

En otros Códigos modernos vemos seguir el ejemplo de las leyes de Indias, tratarse de capellanías, del patronato de ellas, como lo hace el Código del Perú, de las personas eclesíásticas y hasta de los religiosos y de las formas todas que han de darse a sus nuevos vínculos para causar la incapacidad legal de las personas. Pero en todo eso no hay un derecho relativo, ni real ni personal; son meramente una parte de los estatutos para fijar las condiciones de los miembros de la persona jurídica, o las relaciones del Estado con la Iglesia e instituciones piadosas, fijadas por leyes especiales, o por acuerdos con la Santa Sede.

He dejado un título que se halla en todos los Códigos: De los registros del estado civil de las personas. Por sólo una excepción en nuestra Constitución ha correspondido al Congreso dictar algunos de los Códigos, dejando el de Procedimiento a la Legislatura de los Estados. Buenos Aires tiene una buena ley sobre la materia, que yo propuse en años pasados, que podía trasladarse al Código Civil; pero esto podría estimarse como una usurpación de los derechos de Estados independientes, pues sería necesario disponer sobre los deberes de los curas, de la policía de cada pueblo y de la municipalidad de cada Estado. Debía suponer existentes esos registros, o que se crearan por las Legislaturas respectivas para llevar a efecto el Código Civil de la Nación.

He dejado también el título De la adopción. Cuando de esta materia se ocuparon los jurisconsultos franceses al formar el Código de Napoleón, reconocieron, como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque los costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad aún para el entierro y funerales del

difunto. Pero el Código Romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas, por la adopción hacían hacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedia una mutación completa en la familia. El adoptado o abrogado salía de su familia, adquiría en la del adoptante todos los derechos de la agnación, es decir, sucedía no sólo al padre adoptante sino a los parientes de éste.

Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no le había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi paternidad que desde su principio hizo prever las más graves cuestiones. El adoptado, donde es admitida la adopción, no sale de su familia, queda sujeto siempre a la potestad de sus padres; no tiene parientes en la familia del adoptante y aun es excluido de la sucesión de éste al llega a tener hijos legítimos. La adopción así, está reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo, institución que carece hasta de las tradiciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más ancho campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?

El conde Portalis, en su introducción al Código Sardo, dice "que a la época de la formación del Código Francés la adopción "entraba en las miras de Napoleón, y se le hizo lugar en el Código "Civil como una de las bases de su estatuto de familia. Mas ella "fue rodeada de tantas restricciones y sometida a condiciones tan "difíciles de llenar, que fue fácil prever que, recibida con descon- "fianza, no se naturalizaría sino con mucho trabajo. La experien- "ha justificado las previsiones de los autores del Código, pues nada "es más raro que una adopción".

Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares.

He dejado también el título: De la excusación de los tutores. Era tiempo de abandonar la falsa clasificación de la tutela como un *munus públicum*, pues que el tutor no es sino el mandatario, o del juez del domicilio que le ha encargado la guarda de un menor, o de la persona que lo ha nombrado tutor, y su oficio se regula, no por el derecho público o por el derecho administrativo, sino por las leyes civiles relativas al mandato, en lo que no esté especialmente dispuesto en el título de sus derechos y deberes. Y aunque la tutela fuese un empleo público, no es preciso que sean designadas las causas de excusación; ellas deben quedar a juicio del juez, como quedan a juicio del gobierno las causas de excusación para no admitir un empleo público, sin necesidad de que estén enumeradas en las leyes administrativas.

He suprimido igualmente el beneficio de restitución in integrum de los menores, que se halla quitado en muchos de los códigos modernos. La sociedad debe, en efecto, cuidado y protección a los incapaces de gobernar sus personas y bienes; pero no les debe privilegios, y menos privilegios de fatales consecuencias para los derechos de otras personas. Las propiedades, por otra parte, adquiridas por los menores o compradas a ellos, aunque los actos sean los más solemnes y auténticos, quedan por largos años inseguros, desde que alegándose perjuicios las más de las veces dudosos, de difícil prueba, se pueden dejar sin efecto los contratos de todo género, que sobre los bienes del menor hubieran hecho el padre o el tutor. La reacción que esta legislación trae sobre los bienes de los menores es natural, y sus efectos se sienten diariamente, pues sus bienes han venido a quedar casi fuera del comercio ordinario. Era más conveniente para los menores legislar con todo cuidado la gestión de la tutela; prever los perjuicios que a sus bienes o a sus rentas les podía traer la negligencia de los padres o la mala administración de los tutores; evitar el mal y no satisfacerse con garantías de indemnizaciones, difíciles siempre de hacer efectivas, o con remedios rescisorios de los actos de sus guardadoras, que las más de las veces no les traen sino pleitos costosos y de resultados muy dudosos.

A todos los títulos del derecho referentes a las personas, he dado una mayor extensión que la que regularmente tienen, a fin de que materias muy importantes se hallaran completamente legisladas.

Y he agregado seis o siete títulos que no se hallan en los códigos, sobre algunas materias principales del derecho, respecto de las cuales sólo se advierten algunas pocas disposiciones dispersas.

El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano, seguido en las escuelas por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código que les sirva de base, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas. Todo el derecho tiene por objeto las personas y las cosas, los derechos personales y los derechos reales. El primer libro de la Instituta lleva la inscripción de *jure personarum*. El segundo pasa ya a las cosas y tiene por inscripción de *Distinctione rerum et qualitate*, concluyendo con la división testamentaria. El tercero comienza por las herencias *ab intestato*, como si fuera materia distinta de la del libro anterior, y vuelve sobre los derechos personales y reales, las obligaciones y los diversos contratos. Las obligaciones que nacen de los

delitos, se ponen en el libro 4.^o destinado a las acciones, cuando las acciones no son sino el mismo derecho que se tiene sabiendo de su estado de reposo y entrando en actividad para perseguir lo que se debe, o defenderse judicialmente. Los juriconsultos que escribieron la *Instituta* se propusieron sólo seguir el orden de los libros y títulos de las instituciones de *Gaius*.

En el Código de Napoleón, y en los diversos códigos que lo toman por modelo, no hay ni podría haber método alguno. Un solo artículo de un código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera. El artículo del Código Francés que hace del título un modo de adquirir, y da a los simples contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acababa con los derechos personales, que nacen de las obligaciones y de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del código creaba ese solo artículo.

En el libro tercero del Código Francés, puede decirse que se ha reunido todo el derecho bajo la inscripción: De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Las obligaciones y los contratos sólo son considerados como medios de adquirir; pero no tomando en cuenta la clasificación de los diversos derechos, se han agolpado en ese libro hasta los contratos y los actos jurídicos que no tienen por objeto la adquisición del dominio, como son el arrendamiento, el depósito y la prisión por deuda, que se hallan bajo la misma inscripción. Esto, que al parecer es falta de método, crea una mala jurisprudencia, o trae una absoluta confusión en los verdaderos principios del derecho, rompiendo la armonía de toda la legislación civil.

Yo he seguido el método tan discutido por el sabio juriconsulto brasileño en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas.

El primer libro que presento a V. E. tiene dos secciones. La primera comprende las personas en general. La segunda, los derechos personales en las relaciones civiles, es decir, toda la materia de las obligaciones, los hechos y actos jurídicos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación o extención de los derechos, y todos los diversos contratos que dan acciones personales.

Concluido el tratado de los derechos personales, el tercer libro será destinado a las cosas, que es el segundo objeto del derecho, a los modos de adquirir el dominio, de crear y reglar todos los derechos reales.

En ese libro pueden contenerse los testamentos y herencias, porque la sucesión comprende tanto los derechos reales como los derechos personales del muerto, y como medio de adquirir, se aplica a las obligaciones como a la propiedad de las cosas. O puede ponerse separada en un cuarto libro de la vasta materia de las sucesiones.

Previendo que pueda haber supresiones o adiciones en los artículos del primer libro, cada título lleva una numeración particular, y así las que se hicieren no alterarán sino la numeración en cada título y no en toda la obra. Cuando el Código haya de publicarse con las variaciones que se le hubiesen hecho, entonces, suprimidas las citas, concordancias y notas, se pondrían todos los artículos bajo una sola numeración y se corregirían en el cuerpo de ellos las referencias que se hacen.

He dado cuenta a V. E. de mi primer trabajo y del método que observo en la composición del proyecto del Código, porque uno y otro objeto merecen el examen y la discusión de los hombres competentes.

Dios guarde al señor ministro muchos años.

DALMACIO VELKE SANFIELD.