



¿EXPRESIONES DEL *IUS COMMUNE* EN LA APOTEOSIS DE LA CODIFICACIÓN?

Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la *cultura del código*¹

EZEQUIEL ABÁSOLO

Introducción

Frente a una historia del derecho que en lo relativo al fenómeno de las *continuidades* se suele concebir como la mera reconstrucción de cadenas de argumentos que presuntamente se han ido eslabonando en forma reiterada a lo largo del tiempo –enfoque que, como bien da a entender António Manuel Hespanha, conlleva el riesgo de pretender “descubrir” parentescos intelectuales en lo que sólo constituyen meras semejanzas terminológicas formales–,² aquí me detengo en el examen de un aspecto de la metodología del quehacer jurídico an-

¹ Artículo publicado originariamente en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), n° 26 (2004), reproducido aquí con autorización de los editores. Cabe señalar, además, que este trabajo integra el Proyecto de Investigación “Nuevos campos de investigación en la historia del derecho indiano: el derecho indiano provincial y local y la pervivencia de la cultura jurídica indiana después de la emancipación iberoamericana”, que dirige el doctor Víctor Tau Anzoátegui y que obtuvo una subvención por parte del Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina (España).

² António Manuel Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, en especial, pp. 18 y 19.





tes que en el de los meros contenidos normativos. Dicho de otro modo, mis interrogantes de la hora no pasan tanto por la detección de vínculos entre experiencias jurídicas cronológicamente distintas –hayan sido éstas de índole doctrinaria o legal–, sino por identificar algunos aspectos de la integración de las mismas en el contexto de la codificación. Así las cosas, de lo que me ocuparé en particular será de las conocidas notas con las que Dalmacio Vélez Sársfield acompañó a su proyecto de código civil; esas mismas notas que los juristas enfrentamos a diario desde los tempranos días de la formación universitaria, y que, quizás, precisamente, como lastre de la contemplación cotidiana, no han merecido hasta el presente el tipo de atención que pienso dispensarle aquí, en función de su reconocido “atractivo dialéctico”.³

Dicho lo anterior, debo advertir que en la elaboración de este trabajo –que se integra en un vasto proyecto colectivo que pretende sentar algunos lineamientos respecto de cómo y cuándo se produjo el definitivo agotamiento del derecho indiano, ordenamiento cuya subsistencia secular, según resulta comúnmente aceptado por la actual historiografía jurídica, se prolongó en la América española hasta muchos años después de consolidada su independencia política–⁴ parto de considerar al *código* más que como el producto intelectual de uno o varios individuos, como el derivado de una cierta cultura jurídica, concepto, este último, bajo el cual entiendo un vasto conjunto de conocimientos, valores, principios e ideologías compartidos que, vinculados con el derecho, imperan en una época y en un lugar determinados.⁵ Vale decir, entonces, que considero a la codificación como la peculiar expresión de la nueva *forma mentis* de concebir al derecho que se fue imponiendo en Occidente desde las postrimerías del siglo XVIII. Así las cosas, esta investigación tuvo por norte específico reconstruir parte de los elementos que estuvieron presentes en

³ Quien se refiere en estos términos es Jorge Horacio Alterini en “Domat y Pothier en el código civil argentino”; trabajo incluido en *La codificación: raíces y prospectiva. I. El código Napoleón*, Buenos Aires, Educa (colección *Prudentia Iuris*), 2003, p. 197.

⁴ Véase, v.gr., Bernardino Bravo Lira, “Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica. El derecho indiano después de la independencia. Legislación y doctrina”; en Bernardino Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 313.

⁵ Sigo en este punto a André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, p. 23.





el peculiar “clima ideológico”⁶ de un mundo signado por el proceso de substitución de una cultura jurídica hasta entonces hegemónica —en este caso la antigua del *ius commune*— por otra —la de la *codificación*—. En este sentido, pues, intenta establecer cómo fue posible que, extinguido su dominio, ciertos resabios del *ius commune* pudieran sobrevivir marginalmente incardinados en los “pliegues” de la *cultura del código*, o, lo que es lo mismo, cómo es que, una vez sepultados éstos bajo el imperialismo de las opciones jurídicas entonces “oficiales”, siguieran subsistiendo en los estratos más recónditos de la reflexión doctrinaria y de la praxis forense.⁷

Una primera aproximación a las notas veleznas al código civil

Explicitados los objetivos de esta investigación, inicio mi itinerario tratando de desentrañar no tanto lo que las notas al código civil diseñadas por Vélez Sársfield significan hoy, como lo que ellas representaron inicialmente respecto del conjunto de la obra codificadora. Al respecto, considero oportuno señalar —aún a riesgo de caer en obviedades— que las concepciones jurídicas veleznas originadoras de las notas sólo pueden ser cabalmente comprendidas una vez vinculadas con los valores y los principios de la cultura jurídica dominante en la Argentina de los años 1860 y 1870 —expresión, por cierto, de arraigadas creencias colectivas—, buena parte de los cuales parecen haber sido aplicados acríticamente por Vélez. De lo referido deriva que, más allá de la consideración de ciertos testimonios formales del codificador y/o de sus allegados —ora interesados, ora descontextuados—, lo que haré aquí será detenerme especialmente en el análisis de otros mensajes del pasado, los cuales, aún cuando no siempre resulten fácilmente accesibles a la interpretación, sospecho que contribuirán mejor a la comprensión de los rasgos de un pasado jurídico que todavía no se llega a percibir del todo en su auténtica compleji-

⁶ Tomo esta expresión de Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1977, p. 367.

⁷ Debo buena parte de esta reflexión a las enseñanzas que Paolo Grossi ofrece en su *Historia del Derecho de Propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, particularmente en la p. 38.





dad. De este modo, incluso, no faltará la oportunidad en la que, confrontada con documentación de época, el valor de la mismísima palabra del codificador deba ser, cuando menos, relativizada.

Sentado lo anterior, y lejos, entonces, de las preocupaciones prácticas de los operadores jurídicos del siglo XX –interesados vivamente en determinar si las notas formaban o no parte de la normativa legal,⁸ en tanto que de esta circunstancia derivaba su mayor o menor importancia como argumento forense–,⁹ debo recordar ahora que los hombres de la decimonovena centuria no se preocuparon demasiado por indagar en la valía atribuible a estas notas. Al respecto, parece que para ellos, salvando algunas pocas y circunspectas reflexiones sobre el particular –de las que hablaré en el párrafo siguiente–, resultó suficiente la explicación formal que en torno a las mismas ofreció el codificador al ministro Eduardo Costa. De acuerdo con lo expresado en esa oportunidad, las notas se habrían limitado a concordar “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”.¹⁰ No sorprende, pues, que, incorporadas luego –pese a lo que en un principio concibió el mismísimo codificador–, a las sucesivas ediciones oficiales del código,¹¹ las

⁸ Véase al respecto Luis Moisset de Espanés, “Reflexiones sobre las notas del código civil argentino”; en Sandro Schipani (ed.), *Diritto romano, codificazione e unita del sistema giuridico latinoamericano*, Sassari, 1981, p. 448.

⁹ Un ejemplo de este tipo de inquietudes se ve en la obra de Guillermo Borda, autor que sostuvo, en la parte general de su *Tratado de Derecho Civil*, que las notas del código no formaban parte de la ley, y que no tenían “otro valor que el simplemente doctrinario”. Atento lo dicho, Borda preceptuó, además, que, ante el dilema de interpretar o no un artículo del código civil de la “manera más justa”, y si fuese necesario, los jueces no debían “vacilar en dejar de lado” la solución que surgiese de la nota correspondiente. Téngase presente, además, que este criterio fue seguido por la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en la sentencia que dictó el 23 de octubre de 1967 en autos “Felipe Forsta e hijos S.R.L. contra Ricardo Sanz y otro”; fallo reproducido en *La Ley*, t. 129 (1968), p. 204.

¹⁰ Dalmacio Vélez Sársfield, nota del 21 de junio de 1865, elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil; transcrita en Héctor José Tanzi, “Nota del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, n° 9 (1975), p. 120. Esta nota también fue publicada por Luis V. Varela, en sus *Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, H. y M. Varela, editores, 1873, pp. 27 a 34.

¹¹ En 1865 Vélez pensaba que la publicación del código debería hacerse con supresión de todas “las citas, concordancias y notas”. Cfr. “Nota del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield...”, cit., p. 126.



notas terminaran siendo tomadas como un cuerpo de doctrina “precioso” para interpretar el sentido de la ley a partir del pensamiento del legislador,¹² e impulsaran a los juristas vernáculos a proveerse de la literatura jurídica en ellas mencionada. Fue así, por ejemplo, que las notas indujeron, al decir de Víctor Tau Anzoátegui, a la “reducción práctica del mundo libresco del derecho civil a los autores que aparecían en las notas del codificador”.¹³

Ahora bien, dije arriba que la existencia de las notas acabó siendo aceptada sin mayores sobresaltos por parte de los juristas argentinos, y que se las tuvo por explicaciones “ilustrativas del doctor Vélez”,¹⁴ postura que, a juzgar por el parecer del codificador en la materia, no deja de suscitar alguna sorpresa retrospectiva. Es que, según se impuso por tradición oral tras su fallecimiento, el jurista cordobés habría afirmado que la inteligencia del código sólo debía surgir del texto de su articulado, “que es propiamente la ley”, y no de las notas.¹⁵ Al margen de esto, y volviendo al tratamiento del asunto que venía examinando, debo señalar aquí que de la doctrina nacional que se suscitó en torno al código poco tiempo después que éste entrara en vigencia Luis Varela y Lisandro Segovia fueron de los pocos estudiosos que, bien que en forma discreta, dijeron algo sobre las notas. Así, en lo atinente al primero —quien dio cuenta, aunque sin efectuar mayores precisiones, que tras la sanción del código no faltaron las voces que sostuvieran públicamente la conveniencia de suprimir las notas en las ediciones oficiales del mismo— debo indicar que éste afirmó que las citas hechas por el codificador constituían valiosas “referencias”, que habían convertido al código “no sólo [en] la ley imperativa en la República Argentina, sino también [en] una obra notabilísima de jurisprudencia”.¹⁶ Por su parte,

¹² Juan Carlos Rébora y Carlos M. Grünberg, “Modificaciones en las notas del Código Civil”; en Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, *Contribución a la obra preparatoria de la reforma del código civil. Estudios críticos y proyectos*, La Plata, 1935, p. 69.

¹³ Víctor Tau Anzoátegui, “La «cultura del código». Un debate virtual entre Segovia y Sáez”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 26 (1998), p. 542.

¹⁴ Palabras del senador Manuel D. Pizarro reproducidas en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 5 de julio, pp. 125 y 126.

¹⁵ Abel Cháneton, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, nota 43, pág. 419. Esta anécdota fue referida por el senador Aureliano Argento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, Buenos Aires, 1910, sesión de 5 de julio de 1879, p. 136.

¹⁶ Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 15.



y amén de concebirlas como un repertorio de fuentes y de criticar su “ningún sistema”, Segovia sostuvo, consecuente con su concepción de que el código debía ser interpretado sólo por sí mismo, que “las opiniones del codificador” no podían “valer sino como doctrinas más o menos autorizadas, según aparece de los artículos 22 y 16” del código.¹⁷ Amén de lo anterior, también puedo decir aquí algunas cosas acerca de la repercusión de las notas en el extranjero. Así, al tiempo que éstas fueron elogiadas por Rollin Jacquemyns, de la *Revista de Legislación*,¹⁸ en 1873 el profesor holandés T.M.C.Asser, de la *Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada*, no pudo ocultar su perplejidad frente a ellas. “Sea cual fuere el valor de tal comentario bajo el punto de vista científico –sentenció el referido autor, en la que quizás haya sido la más meditada reflexión elaborada en torno a las notas veleznas–, no es quizá sin inconvenientes que se incluye como parte integrante en la edición oficial de un Código”. Es que identificadas con una interpretación legislativa “auténtica dada *a priori*”, su reproducción podría derivar en muchos casos –según entendía el jurista europeo– en un menoscabo a la “libertad, y la independencia del poder judicial en la interpretación de la ley”.¹⁹

Haya sido producto de una cierta apatía de los círculos forenses y universitarios patrios, o de la tácita aceptación de una técnica jurídica inveteradamente aplicada –criterio, este último, por el que me inclino, como trataré de ir explicando en el curso de este trabajo–, lo cierto es que la más o menos pacífica admisión de las notas veleznas por parte de los operadores jurídicos argentinos contemporáneos a la sanción del código civil derivó en la curiosa situación de que, a despecho de su frecuente empleo, no se advirtiese que lo que genéricamente se identificaban como notas eran, en realidad, distintos tipos de apuntes. En efecto, como bien lo explica en nuestros días Luis Moisset de Espanés, el mismo codificador no se redujo a hablar de notas, sino que distinguió en-

¹⁷ Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, editor, 1881, t. I, pp. XXV y XXVI.

¹⁸ Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 10, nota al pie.

¹⁹ Transcripta parcialmente en Abel Cháneton, ob. cit., p. 374.





tre concordancias, citas y notas.²⁰ Así, bajo la primera denominación cabía comprender la alusión a normas del derecho romano, del español o de los códigos contemporáneos vigentes, análogas a las del código argentino; bajo la segunda, las reflexiones de la doctrina –representada mayoritariamente por los exégetas del código civil francés–; y bajo la tercera las opiniones propias de Vélez Sársfield, que bien podían referirse a un artículo o a todo un libro, sección, título o capítulo del código, y reforzarse, por añadidura, con citas y con concordancias.

Genealogía de las notas

Si la simultánea existencia de notas de distinta tipología no deja de tener su interés para determinar los motivos por los cuales el codificador recurrió a su empleo, a esta altura de mi exposición ello poco revela, sin embargo, acerca de su “significado profundo”. Al respecto y según entiendo, lo conducente para dilucidar este interrogante es ahondar en la genealogía de las notas.

En este orden de cosas, y descartada –por su discutible solidez– la hipótesis planteada en su momento por Abel Cháneton, quien propuso vincular la redacción de las notas a una pretendida aceptación por parte de Vélez del ideario de Jeremy Bentham –pensador que aspiraba a que las leyes fuesen acompañadas de comentarios razonados escritos por los mismos legisladores–,²¹ en lo que hace el origen de las notas lo primero que viene a la memoria es el contenido del mensaje que el ministro Eduardo Costa le dirigió a Dalmacio Vélez Sársfield, poniendo en su conocimiento la decisión del Ejecutivo en virtud de la cual se le encargaba la redacción de un proyecto de código civil para la República. Es que en éste se manifestaba el interés gubernamental de que el proyecto fuese acompañado, para “su ma-

²⁰ Así, por ejemplo, en la nota al artículo 544 del código civil Vélez Sársfield habla de “las citas y concordancias del artículo anterior”.

Sobre todo lo dicho aquí, véase Luis Moisset de Espanés, “Reflexiones sobre las notas del código civil argentino”, art. cit., p. 448 y sigs. Cabe recordar que en este trabajo se profundiza lo dicho por el mismo profesor Moisset en su artículo “Reflexiones sobre las notas del código civil argentino y la publicidad registral”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1977-II, pp. 755 a 761.

²¹ Abel Cháneton, ob. cit., nota 41, pp. 418 y 419.



yor inteligencia”, por “las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes de la Nación, como así, su conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo”.²² Sin embargo, Vélez fue más allá, y dispuesto a componer un nuevo código civil que, además de la legislación extranjera tuviese en cuenta el “estado actual de la ciencia, comparando cada una de las fórmulas con las disposiciones de los códigos de Europa y América”, comenzó a poblar sus borradores con notas explicatorias de “la jurisprudencia de [la] que partía”,²³ y en las que se concordaban “los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América”, todo ello con el confesado objeto de estimular “la más fácil e ilustrada discusión del proyecto”.²⁴ De análoga manera –aunque sin mayor éxito, ciertamente–, el codificador también propuso insertar en este último el contenido de aquellas observaciones que los juristas planteasen a la obra y los motivos que lo llevasen a aceptar o no dichas objeciones.²⁵

Si lo referido hasta el momento resulta más o menos relevante para esclarecer la fuente inmediata de las notas, ello, empero, no alcanza, a mi entender, para ilustrar adecuadamente sobre sus causas mediatas. En este orden de asuntos –que estimo esenciales para explicar, entre cosas, el por qué de la posterior aceptación de las notas por parte de la mayoría de los operadores jurídicos argentinos– me parece adecuado pensar en un origen de mayor hondura que el que puede ofrecer una circunstancial preferencia gubernativa. Vale decir que lo que me parece que gravita como esencial es un fenómeno que, pese a ser suficientemente conocido, por el momento no ha sido muy tenido en cuenta por parte de los estudiosos. A lo que me refiero es a que en la época en la que Vélez comenzó a redactar su obra la práctica de “anotar” los códigos civiles –al menos en su etapa proyectiva– no sólo no era desconocida en el ambiente jurídico iberoamericano,

²² Idem ant., p. 418.

²³ Carta de Dalmacio Vélez Sársfield a M.J.O. de Vigne, de la redacción de la *Revista de la Asociación de Jurisconsultos*, Buenos Aires, diciembre de 1871. Transcrita en Dalmacio Vélez Sársfield, *Páginas Magistrales*, Buenos Aires, Jackson (colección “Grandes Escritores Argentinos”, dirigida por Alberto Palcos), s/f., p. 171.

²⁴ “Nota del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield...”, cit., p. 120.

²⁵ Palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 17 de junio, p. 49.





sino que, por el contrario, se la empleaba con relativa asiduidad. De este modo, entre los proyectos que, coetáneos al argentino, influyeron en su redacción, sabemos que, con sus diferencias, estuvieron acompañados por notas el de Acevedo, los de Bello, el de Freitas y el de García Goyena.²⁶ Así, y en cuanto al primero de los mencionados, puedo decir aquí que, “prácticamente concluido hacia fines del año 1848”,²⁷ el proyecto de código que Eduardo Acevedo diseñó para la República Oriental del Uruguay fue enriquecido por notas colocadas “al pie de cada artículo”,²⁸ en las cuales se reproducía “la ley vigente o, en su defecto, la opinión generalmente recibida por los autores más comunes entre nosotros”.²⁹ Además, estas notas se beneficiaron con la incorporación de alrededor de doscientas observaciones que destacados juristas uruguayos le hicieron llegar a Acevedo y que éste no se decidió a aceptar.³⁰ En cuanto a los de Bello –que posteriormente derivaron en la sanción del código civil chileno de 1855–, cabe referir aquí que de los mismos resultaron acompañados por notas el de 1841-1842 y el de 1853,³¹ y que respecto al de 1855 el humanista venezola-

²⁶ Respecto del particular, cabe señalar que Vélez Sársfield estaba tan consciente de esta práctica que en la redacción de sus propias notas al código llegó a recurrir a las de varios de los juristas recordados. Así, por ejemplo, en su nota al artículo 1264 menciona una nota del venezolano Andrés Bello. Asimismo, hace lo propio con dos de Freitas en sus notas a los artículos 679 y 2311 del código, y con una de García Goyena en su nota al artículo 3602 del mismo cuerpo.

²⁷ Cfr. Jorge Peirano Facio, “Noticia preliminar sobre el proyecto”; en Eduardo Acevedo, *Proyecto de código civil para la República Oriental del Uruguay, publicado en Montevideo en 1852. Edición conmemorativa dispuesta por el Consejo Nacional de Gobierno*, Montevideo, 1963, p. XLIII.

²⁸ Eduardo Acevedo, “Advertencia” fechada el 10 de septiembre de 1851 en Paso del Molino; en Eduardo Acevedo, ob. cit., p. 10. No está de más recordar algo que es ampliamente conocido pero que interesa mucho para lo que se dice en este trabajo: que durante la década de 1850 Vélez Sársfield y Acevedo mantuvieron una intensa relación intelectual con motivo de la redacción del código de comercio del Estado de Buenos Aires.

²⁹ Cfr. el aviso aparecido en el diario montevideano *La Constitución*, año I, n° 48, del viernes 27 de agosto de 1852. Reproducido en Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 29, pág. XLII.

³⁰ Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 39, p. XLV.

³¹ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1982, t. I, p. 408. Véase también la advertencia de Andrés Bello al *Proyecto de Código Civil de 1853*, transcrita en la misma obra de Guzmán Brito, t. II, documento n° 208, p. 332.





no llegó a redactar las notas correspondientes a los primeros setenta y seis artículos.³² Por su parte, las dos primeras entregas del *Esboço* elaborado por Augusto Texeira de Freitas también estuvieron provistas de su correspondiente aparato de notas.³³ Finalmente, y en lo atinente al proyecto del español Florencio García Goyena —que en mi opinión es el que más influyó, metodológicamente hablando, en la forma con la que Vélez Sársfield encaró la redacción de las notas de su código—, puedo referir que el recordado jurista peninsular, preocupado por estimular la crítica constructiva de “tribunales, colegios de abogados y demás corporaciones y personas competentes” sobre el proyecto, lo integró con unas “*concordancias*” o resumen de las disposiciones análogas provenientes del derecho romano, del derecho español y del derecho comparado; con unos “*motivos*”, en los que explicaba las causas y fines de la ley; y con unos “*comentarios*”, con los cuales trataba de aclarar “los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo”.³⁴

Ahora bien, aunque lo dicho hasta aquí resulte de todo punto de vista relevante, ¿basta con decir que los códigos iberoamericanos coetáneos estaban anotados para explicar definitivamente cuál fue el referente cultural que gravitó en la redacción de las notas del código civil argentino, y, lo que todavía es más importante, para desentrañar a carta cabal el genérico criterio jurídico aplicado por Vélez en la redacción de las mismas? O formulando lo anterior de otra manera, ¿no será que lo que se debe indagar todavía es qué fue lo que motivó que en la Iberoamérica de mediados del siglo XIX, integrada por derecho propio a un ámbito jurídico como el occidental —que por aquel entonces mostraba pleno entusiasmo por la *cultura del código*—, los operadores jurídicos se volcaran, aquí y allá, a favor de la idea de anotar los códigos? Al respecto, mi posición, que, cumplo en confesar, aquí no puedo demostrar de un modo absolutamente categórico, en tanto que por el momento me veo impedido de reconstruir en todos sus detalles la prolija e ininterrumpida concatenación de causas y

³² Alejandro Guzmán Brito, ob. cit., t. I, p. 384.

³³ Cfr. A. T. de Freitas, *Código civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Typographica Universal de Laemmert, 1860. Véase, además, Lisandro Segovia, ob. cit., t. I, p. XX.

³⁴ Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 9 y 10.



efectos que sería de rigor, es que en esta región asumió particular relevancia la acendrada pervivencia de la cultura del *ius commune*. De este modo, y siempre hablando de su método más que de su contenido, las notas velezanas no vendrían a ser sino una de las más tardías expresiones del saber glosado, impulsado desde siglos atrás por los cultores del *mos italicus*.

Las notas como tardía expresión de la cultura del *ius commune*

Atento lo expuesto en el último párrafo del apartado anterior, a continuación me ocuparé de tres asuntos distintos que convergen en abono de mi tesis. De este modo y primero, aceptado el hecho –que aquí no discutiré– de que, al igual que el resto de sus contemporáneos rioplatenses, el criterio jurídico de Vélez Sársfield fue producto, en parte no desdeñable, de la matriz jurídico cultural indiana,³⁵ trataré de establecer las implicancias metodológico–jurídicas que derivan de la circunstancia de que el derecho indiano haya permanecido inescindiblemente adherido a la cultura del *ius commune*.³⁶ Segundo, me ocuparé de explicar las variadas formas mediante las cuales la metodología del *ius commune* aparece una y otra vez en las notas velezanas. Asimismo, por último intentaré demostrar, aunque sin ánimo de exhaustividad, que entre los operadores jurídicos de la Argentina de los años 1860 a 1880 –formal y resueltamente volcados hacia la *cultura del código*– es posible detectar la supervivencia de nítidos rasgos propios de la cultura del *ius commune*, con lo cual vendría a comprobarse, implícitamente, que la posición adoptada por Vélez en sus notas no fue algo ajeno al ambiente cultural de la época.

1. *El derecho indiano y el ius commune*. Extendida su existencia más allá de la emancipación, no debe perderse de vista que el derecho indiano se integró en plenitud en la esfera jurídica de Occidente, razón que explica por qué el *ius commune* se erigió, al decir de

³⁵ Al respecto, véase Ricardo Zorraquín Becú, “La formación intelectual de Vélez Sársfield”; en *Revista del Instituto de Historia del Derecho ‘Ricardo Levene’*, n° 15 (1964), pp. 169 y 174.

³⁶ Sobre este tema, puede verse Eduardo Martiré, “El derecho indiano, un derecho propio particular”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 29 (2001).





Bernardino Bravo Lira, en su “marco de referencia constante”.³⁷ Aceptado lo anterior, lo que me interesa destacar es que ello implicó la inconsciente adhesión de los juristas indianos a una cierta *forma mentis* de concebir el derecho,³⁸ una muy distinta a la contemporánea y en la cual las leyes del rey no se concebían aplicables en solitario, sino acompañadas por el prestigioso comentario de los juristas. Dicho de otro modo, por aquel entonces un derecho reducido a la enunciación legal resultaba “inexpresivo”, necesitando “ser animado, explicado e iluminado por esa ciencia que poseía el jurista, [y] que se encerraba en el arte de la jurisprudencia”.³⁹ Consecuentemente, resultó que durante todo el período indiano, pero sobre todo durante los siglos XVI y XVII, los juristas, sin eludir a la ley sino operando sobre ella, asumieron un insustituible papel directivo en el ámbito jurídico,⁴⁰ de modo tal que la jurisprudencia de los autores llegó a constituir el “elemento vertebral en la sensibilidad jurídica”.⁴¹ Respecto del particular, cabe indicar, además, que el eje del prestigio de los juristas reposaba en la *autoridad* atribuida a sus *opiniones*, las cuales eran tenidas en más a medida que obtenían la adhesión de otros autores, apoyo que, incluso, podía derivar en la consagración de las mismas una vez tenidas por *communis opinio doctorum*.⁴² En cuanto a esta última, corresponde que recuerde ahora, apoyándome para ello en la solvencia de Alejandro Guzmán Brito, que se trataba de un mecanismo mediante el cual “la pluralidad, heterogeneidad y descentralización de principios y soluciones” propias de la cultura del *ius commune* podía ser finalmente “reconducida” a la unidad.⁴³

³⁷ Bernardino Bravo Lira, “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla”. En Bernardino Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio...*, ob. cit., p. 10.

³⁸ Javier Barrientos Grandón alude a esto en “*Mos italicus* y praxis judicial indiana”; en *Ius Fugit*, n° 5-6 (1996-1997), p. 373.

³⁹ Víctor Tau Anzoátegui, “Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias”; en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. III, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, 1996, p. 275.

⁴⁰ Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 17 (1989), p. 359.

⁴¹ Víctor Tau Anzoátegui, “Entre leyes, glosas y comentarios”, art. cit., p. 269.

⁴² Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores...”, art. cit., pp. 360 y 361.

⁴³ Alejandro Guzmán Brito, “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”; en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. L (1980), p. 854.





Considerado, pues, un “derecho de juristas”, y respetuoso, además, de la tradición y de la experiencia, el indiano resultó ser, por natural inclinación, un derecho “disputado” y fecundamente abierto a las controversias doctrinarias, razón por la cual sus cultores se vieron precisados a invocar, expresamente y con cierto detalle, los basamentos de sus opiniones.⁴⁴ Dicho de otro modo, la prodigalidad en aducir los criterios de otros juristas y la frecuente acumulación de argumentos en favor y en contra de las propias posiciones⁴⁵ no fueron el fruto de una vacua erudición, vanidosa e innecesaria, sino un requisito excluyente para demostrar la fortaleza de las posiciones asumidas en cada caso.⁴⁶ Vale decir, pues, que la abundancia de citas y de notas resultaba clave para concitar el respeto de colegas y de magistrados.⁴⁷

En este orden de cosas corresponde indicar ahora que los insistentes embates dieciochescos contra la *autoridad* de los juristas —expresados en un tipo de discurso que, recostado sobre precedentes humanistas y racionalistas, acentuó su virulencia durante la segunda mitad de la centuria—, no lograron alterar demasiado la concreta praxis forense indiana, coexistiendo, de este modo, en los ambientes letrados de la época, argumentos en pro y en contra del imperio de la *opinión*.⁴⁸ Ahora bien, en concreto, y precisando un poco el panorama en lo relativo a las críticas dirigidas contra la cultura del *ius commune*, cabe recordar aquí que desde mediados del XVIII se acentuó la censura contra una invocación de textos y de autores que, “considerada anteriormente como signo de laudable erudición”, pasó a ser tenida por no pocos —como bien señala el Maestro Mariluz Urquijo—, “como muestra de [un] estilo farragoso y pedante”.⁴⁹ Empero, si du-

⁴⁴ Javier Barrientos Grandón, art. cit., p. 380.

⁴⁵ Bernardino, Bravo Lira, “El derecho común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica”; en *Ius Commune* (Frankfurt am Main), n° XV (1988), p. 27.

⁴⁶ Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores...”, art. cit., p. 361.

⁴⁷ Alberto David Leiva, “Uso y abuso del derecho común en la literatura jurídica”; en *El Derecho*, t. 198 (2002), p. 1021.

⁴⁸ Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores...”, art. cit., pp. 362 y 382. Carlos Tormo Camallonga, “El fin del *Ius commune*: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX”; en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXI (2001), pp. 491 y 492.

⁴⁹ José M. Mariluz Urquijo, “Maziel, jurista del setecientos”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 16 (1988), pp. 177 y 188.



rante aquellos días no escasearon las condenas a los autores –en tanto que “corruptores del sentido de las leyes”⁵⁰ ni las severas admoniciones regias contra las glosas y los comentarios particulares,⁵¹ la doctrina de los juristas demostró gozar de un arraigo superior al empuje de sus críticos.⁵² Dos ejemplos, entre muchísimos posibles, nos lo demuestran. Uno es el caso de esos letrados hispánicos que, frente a la necesidad de modernizar la *Recopilación de Leyes de Indias* no encontraron mejor expediente que proponer para ello, en pleno siglo XVIII, la redacción de una glosa.⁵³ Otro, el de las ordenanzas castrenses de 1768, cuerpo normativo que originó la redacción de una obra de universal aceptación en toda la monarquía –los famosos *Juzgados Militares*, de Félix Colón de Larriátegui– pese a la expresa prohibición regia en lo relativo a su comentario.⁵⁴

2. *Presencia de la metodología del ius commune en las notas.* Si en sus esporádicas alusiones autobiográficas Vélez Sársfield no dudó nunca en caracterizarse como un abogado⁵⁵ atento a las enseñanzas brindadas por la experiencia,⁵⁶ no puede sorprendernos que en su

⁵⁰ Alberto David Leiva, art. cit., p. 1024.

⁵¹ Cfr., v.gr., José M. Mariluz Urquijo, “Las glosas a la ordenanza”. En José María Mariluz Urquijo [dir.], *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1995.

⁵² Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores...”, art. cit., pp. 352 y 393.

⁵³ Cfr. Antonio Muro Orejón, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989, pp. 125 a 128.

⁵⁴ Cfr. Ezequiel Abásolo, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pág. 107.

⁵⁵ Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, año 1858, sesión de 14 de agosto de 1858, pág. 175. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1862, sesiones de 5 y 28 de 1862, pp. 24 y 78.

⁵⁶ Véanse al respecto las palabras que pronunciara el 28 de agosto de 1826, como convencional constituyente; en *Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, t. II (1825-1826), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1937, pp. 474. También su dictamen de 1° de enero de 1856; reproducido en Dalmacio Vélez Sársfield, *Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires* (edición de José M. Mariluz Urquijo y Eduardo Martiré, con la colaboración de Alberto David Leiva), Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho ‘Ricardo Levene’ (colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, n° XII), 1982, p. 116.



itinerario intelectual el codificador haya abrevado recurrentemente a la varias veces secular tradición jurídica indiana,⁵⁷ ni siquiera cuando ello pudiese ir en desmedro de lo que por aquel entonces se consideraba “políticamente correcto”. Así, por ejemplo, puedo traer a colación aquí aquella participación suya en la legislatura bonaerense en el curso de la cual afirmó que la la Ley nunca podía llegar a ser perfecta,⁵⁸ o algunos de sus escritos en los que, como asesor del Estado de Buenos Aires, no dudo en recurrir al examen de las controversias doctrinales existentes como paso previo y necesario a la emisión de un dictamen.⁵⁹ De este modo, resulta que, pese a su clara conciencia acerca de lo que la idea de “sistema” implicaba en la *cultura del código*⁶⁰ y fiel a un estilo jurídico del que nunca abjuró del todo, Vélez Sársfield asumió sus encargos codificadores con un fuerte respeto hacia la jurisprudencia de los autores. Así, entre los abundantes ejemplos existentes pueden recordarse ahora algunas anotaciones de trabajo, incorporadas por Vélez a los manuscritos del código, en las que éste recordaba la necesidad de reforzar su criterio en los escritos de los autores;⁶¹ su preocupación por apoyarse en el prestigio suministrado por las “obras de los primeros jurisconsultos”,⁶² para la cual se decidió a justificar “las re-

⁵⁷ Palabras pronunciadas por Dalmacio Vélez Sársfield el 7 de mayo de 1860, durante la séptima reunión ordinaria de la Convención del Estado de Buenos Aires. En Universidad Nacional de la Plata, *Reforma constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales* (con introducción del Director del Instituto de Historia Argentina “Ricardo Levene”, Profesor Carlos Heras, y del Doctor Carlos F. García), La Plata, 1961, p. 142.

⁵⁸ Palabras pronunciadas por Dalmacio Vélez Sársfield el 3 de junio de 1853 en la legislatura bonaerense. En *Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires*, año 1853, p. 43.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, el dictamen de 24 de enero de 1856, conservado en el Archivo General de la Nación, legajo X-28-8-11, expediente 11587. El mismo ha sido reproducido en Dalmacio Vélez Sársfield, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino “Ricardo Levene” (colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, IX), 1971, pp. 315 a 317.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, Dalmacio Vélez Sársfield, nota elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil, cit., p. 126.

⁶¹ Cfr. B. Otero Capdevila, “Los manuscritos del código civil argentino. Libro segundo, de los contratos”; en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), t. III, 3era. Serie (1917), p. 207.

⁶² Jorge Cabral Texo, *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920, p. 127.



soluciones del código con los escritores más conocidos de todas las Naciones”,⁶³ su idea de que el hecho de que “los jurisconsultos más competentes de la Alemania y de la Inglaterra” sirviesen de sustento al articulado del código de comercio que él redactara junto a Eduardo Acevedo constituía una verdadera “garantía moral”,⁶⁴ o sus expectativas frente a las opiniones que los juristas pudiesen formarse sobre su código.⁶⁵

Ahora bien, lejos el código civil de divorciarse de las preocupaciones veleznas arriba indicadas, sus notas inocularon en el mismo rasgos muy al gusto de la *cultura del ius commune*. Así, por ejemplo, y a despecho de la aparente condena a los lineamientos del derecho común que aparece en la nota al artículo 495 del código, en el grueso de ellas se mantuvo un diálogo fluido con unos *autores* cuyas *opiniones* se entremezclaban, con sorprendente promiscuidad, con la alusión a leyes de distinta índole,⁶⁶ e incluso llegaban al punto de imponerse a los presuntos errores de los códigos.⁶⁷ Al respecto, corresponde aclarar aquí que no importaba tanto el tipo de autores de los que se tratara –vale decir, anteriores o posteriores a la codificación, grupo, este último, al que no gratuitamente se lo identificó como el de los “comentadores”⁶⁸ o “autores del código”–,⁶⁹ sino la forma en la que sus obras eran invocadas. De este modo, fuese que se hablase de “autores”, de “jurisconsultos

⁶³ Dalmacio Vélez Sársfield, “El folleto del Dr. Alberdi”; en *El Nacional*, n° 6659, 25 de julio de 1868. Parte del texto que reproduzco fue citado por Enrique Martínez Paz en su prólogo al *Catálogo de la Biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1940, nota 14, p. XVIII.

⁶⁴ Palabras del senador Dalmacio Vélez Sársfield pronunciadas en el recinto el 19 de agosto de 1862. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1862, pp. 341 y 342.

⁶⁵ Véase la carta de Dalmacio Vélez Sársfield a Manuel Rafael García, Buenos Aires, 11 de octubre de 1865. Transcrita en Manuel R. García-Mansilla, “Las alteraciones al texto del código civil. Intervención de Vélez y Sarmiento”; en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), t. III, 3era. Serie (1917), pp 373.

⁶⁶ Véanse ejemplos en las notas a los artículos 570, 1997, 2182, 2316, 2571, 2611, 2940, 2975 y 3217 del código civil argentino.

⁶⁷ Notas a los artículos 2594, 2898 y 2899, 2965 y 3028 del código civil argentino.

⁶⁸ Notas a los artículos 778 y 1572 del código civil argentino.

⁶⁹ Nota al artículo 2241 del código civil argentino.





tos”,⁷⁰ , de “jurisprudencia”⁷¹ –expresión que en Vélez Sársfield remitía a la jurisprudencia de los autores y no a la de los tribunales–, de “escritores de derecho”, o simplemente de “escritores”,⁷² al igual que en los viejos tiempos del régimen indiano no pocas veces su *doctrina* era la que sostenía lo dispuesto en los artículos.⁷³ Ello así en la medida en que constituía un valor aceptado que fundados en diversas *razones*⁷⁴ y *buenos*⁷⁵ y *diversos argumentos*,⁷⁶ los autores “enseñaban”,⁷⁷ “demostraban”,⁷⁸ “sostenían” o “imponían” criterios jurídicos.⁷⁹ En este mismo orden de cosas cabe recordar acá que la *autoridad*⁸⁰ de las distintas *opiniones*⁸¹ de la jurisprudencia tenidos en cuenta en las notas veleznas⁸² –a veces reforzada con alguna alusión a la “sabiduría” de su creador–,⁸³ dependía, en buena medida, de la mayor o menor *conformidad* prestada a las mismas por el resto de los autores.⁸⁴ Es que, ora “excelentes”,⁸⁵ ora “débiles”⁸⁶ –en tanto que adoleciesen de “confusión de principios”–,⁸⁷ se asumía como regular que las *razones* u *opiniones*⁸⁸ *pretendidas* por los autores⁸⁹ pudiesen

⁷⁰ Notas a los artículos 857, 923, 1137 y 2587, y al título II, sección III, libro II, del código civil argentino.

⁷¹ Nota al artículo 2312 del código civil argentino.

⁷² Nota al artículo 3430 del código civil argentino.

⁷³ Nota al artículo 2864 del código civil argentino. Véase también la nota al artículo 2370.

⁷⁴ Nota al artículo 2096 del código civil argentino.

⁷⁵ Nota al artículo 2902 del código civil argentino.

⁷⁶ Nota al artículo 3821 del código civil argentino.

⁷⁷ Notas a los artículos 1316, 2130, 2587, 2719 y 2872 del código civil argentino.

⁷⁸ Nota al artículo 2374 del código civil argentino.

⁷⁹ Nota al artículo 2235 del código civil argentino.

⁸⁰ Se habla de *autoridad* en la nota al artículo 854 del código civil argentino.

⁸¹ Cfr. notas al título II, libro III; a los artículos 1873 y 1874; y a los artículos 1951, 1952 y 1953 del código civil argentino.

⁸² Véase un ejemplo en la nota al artículo 3291 del código civil argentino.

⁸³ Nota al artículo 3059 del código civil argentino.

⁸⁴ Esto se percibe en la nota al artículo 3198 del código civil argentino. Lo mismo surge, también, de lo que se dice en las notas a los artículos 1842, 3254 y 3613 del código civil argentino.

⁸⁵ Nota al artículo 2965 del código civil argentino.

⁸⁶ Nota al artículo 3813 del código civil argentino.

⁸⁷ Nota al artículo 3038 del código civil argentino.

⁸⁸ Nota al artículo 2499 del código civil argentino.

⁸⁹ Nota al artículo 2505 del código civil argentino.



colisionar entre sí,⁹⁰ o resultar objeto de oportuna refutación.⁹¹ En consecuencia, para el codificador, a quien le era comprensible que los “escritores de derecho” discutiesen sus opiniones⁹² bajo la forma de *cuestiones*,⁹³ las notas constituyeron el vehículo ideal para explicar la adopción de soluciones con las se “resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos”.⁹⁴ De análoga manera, en el transcurso de sus notas tampoco eludió referirse a los argumentos que la doctrina sostuviese “en contra” de sus propias decisiones.⁹⁵ De allí, pues, que, para sostenido asombro de los juristas del siglo XX, y al igual que sucediera en Chile con la obra de Bello, en la de Vélez las fuentes citadas en las notas no siempre correspondieran con la solución adoptada en el cuerpo del código.⁹⁶

3. *Subsistencia de rasgos del ius commune bajo el imperio de la cultura del código.* Sabido es que, durante los años en los que Vélez Sársfield concibió y desarrolló su obra, la *cultura del código* se fue asentando en la Argentina, aún antes de consolidar definitivamente su posición hegemónica con la entrada en vigencia del código civil. Lo señalado implica tener presente que a partir de ese entonces se consagró la idea de que las leyes en general, y que los códigos en particular, se habían convertido en el objeto excluyente del estudio y de la reflexión de los operadores jurídicos, todo lo cual derivó en la apari-

⁹⁰ Notas a los artículos 707 y 859 del código civil argentino.

⁹¹ Cfr. nota al artículo 2719 del código civil argentino.

⁹² Nota al artículo 3609 del código civil argentino.

⁹³ Notas a los artículos 784, 787, 878, 1465, 1981, 2168, 2298, 2499, 3379, 3446 y 3506 del código civil argentino.

⁹⁴ “Nota del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield...”, cit., pág. 120.

⁹⁵ Al respecto, véanse las notas del código civil argentino a los artículos 33 y 34; al 270; al 287; al 548; al 556; al 557; al 578; al 594; al 854; al 859; al 1465; al 1622; al 1640; al 1651; al 1659; al 1744; al 1920; al 1926; al 1981; al 2024; al 2044; al 2084; al 2096; al 2109; al 2179; al 2303; al 2335; al 2361; al 2370; al 2398; al 2412; al 2425; al 2502; al 2541; al 2719; al 2824; al 2852; al 2854; al 2867; al 2870; al 2872; al 2902; al 2940; al 2965; al 3023; al 3118; al 3126; al 3127; al 3136; al 3217; al 3239; al 3254; al 3291; al 3307; al 3316; al 3331; al 3382; al 3477; al 3503; al 3615; al 3656; al 3666; al 3676; al 3708; al 3725; al 3744; al 3803; al 3827; y al 3868.

⁹⁶ Respecto del caso chileno, véase Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador...*, ob. cit., t. I, p. 409.



ción de formas cerradas y reduccionistas de trabajar con el derecho. Vale decir, pues, que lo que paulatinamente se impuso fue una nueva mentalidad, de acuerdo con la cual el jurista pasó a ser un mero exégeta que, constreñido a transitar por los estrechos andariveles que los enunciados legislativos admitían casi a regañadientes, tenía vedada toda posibilidad de desplegar un ejercicio intelectual que fuese más allá de lo dispuesto expresamente en los preceptos codificados.⁹⁷ De este modo, así como ya en el Chile de la década de 1820 se habían elevado voces contra el hasta entonces tradicional comento e interpretación de las leyes,⁹⁸ y en el Uruguay de mediados de la centuria se había manifestado alguna alarma respecto de la posibilidad de conceder a los jueces la facultad de interpretar las leyes “apartándose del rigor de los preceptos positivos”,⁹⁹ en la Argentina de los años previos y posteriores a la codificación civil no faltaron las reflexiones dirigidas a precisar lo que debía ser el nuevo perfil de los juristas. Al respecto, un caso paradigmático fue el de un Lisandro Segovia, quien al tiempo que se animó a criticar la obra de Troplong —a la que le achacó un presunto casuismo y una excesiva adhesión a doctrinas antiguas—, tras las huellas de Zachariae se preocupó enormemente por “organizar, tejer y amalgamar los valiosísimos materiales” de la obra velezana, “formando un cuerpo de doctrina más lógico, y así más homogéneo y compacto ... procurando que para su cabal inteligencia y saludable aplicación a los negocios civiles, el Código se baste a sí mismo”.¹⁰⁰

Empero, el triunfo de la cultura del código no fue inmediato, y al igual que sucedía contemporáneamente en España, también en el Plata “la práctica forense vigente hasta estos momentos, heredera de usos seculares, se resistía a morir”.¹⁰¹ Tanto fue así que no faltó el caso en el que destacados corifeos de la codificación patria se refiriesen a la notable gravitación que los jurisconsultos seguirían teniendo en la “inteligencia, reforma y progreso” del derecho nacional,¹⁰² y en

⁹⁷ Víctor Tau Anzoátegui, “La “cultura del código”..., art. cit., págs. 539 y 540.

⁹⁸ Véanse los proyectos legislativos que reproduce Alejandro Guzmán Brito en *Andrés Bello codificador...*, ob. cit., documento n° 12, p. 24, y documento n° 16, pág. 31.

⁹⁹ Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 38, p. XLIV.

¹⁰⁰ Lisandro Segovia, ob. cit., t. I, pp. XVIII, XIX y XXII.

¹⁰¹ Carlos Tormo Camallonga, art. cit., p. 473.

¹⁰² José María Moreno, prólogo a Luis V. Varela, ob. cit., t. I, pp. VI y VII.



la tarea de “armonizar los principios generales de la ciencia, con el texto de la ley vigente, para aplicar ésta siempre bien”.¹⁰³ De análoga manera y aunque parezca paradójal, en la enseñanza universitaria del nuevo derecho codificado subsistieron las explicaciones que se hacían eco de “las controversias y opuestas escuelas en que se dividían las opiniones de los jurisconsultos” y de las “opiniones y comentarios” de los autores “más acreditados”.¹⁰⁴ Es que, indudablemente, fue éste un tiempo de inconsecuencias hacia los postulados de la codificación. Así, mientras que un jurista con apego a la tradición, como el cordobés Manuel Pizarro, pudo seguir hablando de la *autoridad* de un Freitas,¹⁰⁵ no faltó tampoco el reconocido paladín de la codificación que, como Segovia, recurriera a una terminología análoga para referirse a Zachariae, y que, en tren de plantarse como severo exégeta, apelase a la regla *odia restringi*¹⁰⁶ –aunque sin mencionarla por este nombre– para aseverar que “las disposiciones que se aparten de los principios bien establecidos o sea del derecho común de las naciones civilizadas, son de derecho excepcional, y lejos de extenderlas fuera de sus términos precisos, deben aplicarse restrictivamente al caso legislado”.¹⁰⁷ De este modo, lo que se ve es cómo la arraigada vigencia de las formas mentales de la *cultura del ius commune* se aplicaba a nuevas expresiones jurídicas, situación que se advierte, por ejemplo, en los planteos de un José Francisco López quien si en los años ‘60 del siglo XIX aplaudía que los viejos escritores del derecho común fueran desplazados por los exégetas de la hora, no parece haber estado muy avisado del secundario papel que el mundo de la codificación le tenía reservado a la jurisprudencia de los autores.¹⁰⁸

¹⁰³ Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 1.

¹⁰⁴ Rafael García, *Fallos. Apuntes biográficos*, Buenos Aires, 1888, pág. 41. Transcripto en Alberto David Leiva, “El código civil como objeto didáctico en la Argentina de fines del siglo XIX”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 16 (1988), p. 326

¹⁰⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 3 de julio, p. 108.

¹⁰⁶ Sobre la aplicación de esta regla en el ámbito hispanoamericano, puede verse Bernardino Bravo Lira, “Odia restringi. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna”; en *Ius Commune* (Frankfurt am Main), n° XIX (1992).

¹⁰⁷ Lisandro, Segovia, ob. cit., t. I, pp. XX, XXVI y XXVII.

¹⁰⁸ Cfr. Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina...*, cit., p. 372.





Ahora bien, al parecer esta rara coexistencia de concepciones encontradas se extendió hasta varios años después de sancionado el código. De esta manera, si en 1869 desde la Presidencia de la Nación pudo asegurarse que las obras de los juristas citados en el código constituían una “indicación de las fuentes” de las que aquél derivaba “su autoridad”,¹⁰⁹ diez años después, en el curso de la discusión del proyecto de la ley de fe de erratas al código civil, todavía se aludiría con naturalidad a un mundo jurídico caracterizado por la disputa de *razones* entre los jurisconsultos.¹¹⁰ Pero esto no es todo, ya que en esas circunstancias también se harían referencias a los juristas en tanto que encargados de consolidar la interpretación de las leyes¹¹¹ y de “fijar la verdadera inteligencia del código” merced a la formación de “un cuerpo de doctrina que haga autoridad”.¹¹² Incluso más, en el curso de estos debates el senador Gerónimo Cortés reflataría rancios conceptos, como aquel en virtud del cual “si la opinión de los autores no es una autoridad decisiva, en jurisprudencia, por lo menos, es sumamente respetable”, de modo tal que “en un juicio, ante un tribunal cualquiera –según sostuviera–, vale más la opinión de un autor acreditado, que mil argumentos de imaginación que pueda aducir cualquiera como abogado; porque necesariamente esos autores son grandes jurisconsultos, que han estudiado muchísimo, que poseen los secretos de la ciencia, y que, sobre todo, hablan siempre con imparcialidad”.¹¹³ Señalado lo anterior y ya cerrando con el examen de este apartado, no puedo evitar pensar que en este peculiar contexto cultural, vale decir en el de una época en la que los juristas de prestigio aún eran tenidos por “autoridades”,¹¹⁴ la entonces mentada tendencia a

¹⁰⁹ Nota del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, solicitando la aprobación del código civil; Buenos Aires, 25 de agosto de 1869. Transcripta en Jorge Cabral Texo, ob. cit., pp. 131 y 132.

¹¹⁰ Palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 17 de junio, p. 49.

¹¹¹ Palabras del senador Benjamín Paz en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1878, Buenos Aires, 1910, sesión de 22 de junio de 1878, p. 113.

¹¹² Palabras del senador Manuel D. Pizarro en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 17 de junio, p. 59.

¹¹³ Palabras del senador Gerónimo Cortés en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, sesión de 5 de julio, p. 129.

¹¹⁴ Cfr. las palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, Buenos Aires, 1910, sesión de 17 de junio de 1879, p. 49.





“ocurrir al derecho científico”¹¹⁵ encerró un sentido mucho más tradicional que el que hasta el momento le ha venido adjudicando la historiografía.

Conclusiones

Difícilmente asimilables no sólo para los operadores jurídicos del siglo XX –algunos de los cuales ya en los años ‘30 bregaron por hacerlas “desaparecer de las ediciones del código”–,¹¹⁶ sino también para aquellos juristas europeos que, contemporáneos a su aparición, les costaba penetrar en el sentido de ellas en la medida en que hacía más de medio siglo que venían conviviendo intensamente con la codificación y con sus paradigmas, todavía hoy las notas velezanas suscitan, al igual que lo han hecho sus parientas chilenas, la perplejidad del iushistoriador,¹¹⁷ quien debe disponerse a aplicar un enorme esfuerzo de interpretación si es que pretende comprenderlas. En este sentido, la “modernidad” del código de Vélez respecto de antecedentes como el que brindó el proyecto de un Marcelino Ugarte¹¹⁸ no debe hacernos olvidar que el codificador fue un jurista que estuvo a caballo entre dos épocas, o, en las agudas palabras de Nicolás Avellaneda, que fue un hombre “nuevo, sin haber dejado de ser viejo”.¹¹⁹ Cabal expresión, pues, de la simultaneidad de elementos conservadores y reformistas que impregnan todo el código,¹²⁰ de la contemplación de las notas surge la actitud ambivalente de un codificador que, como abogado formado en una varias veces secular tradición jurídica, paradójicamente no pareció compartir plenamente los ideales de la codificación. Ahora bien, si no puede discutirse lo dicho, no sería del todo inteli-

¹¹⁵ Puede verse el empleo de esta expresión en “Nota del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield...”, cit., p. 121

¹¹⁶ Abel Cháneton, ob. cit., p. 422.

¹¹⁷ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador...*, ob. cit., t. I, p. 408.

¹¹⁸ Ricardo Zorraquín Becú, *Marcelino Ugarte. 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino ‘Ricardo Levene’ (colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, V), 1954, p. 83.

¹¹⁹ Nicolás Avellaneda, “El Doctor Vélez Sársfield (reminiscencias)”, en *La Biblioteca* (revista mensual dirigida por Paul Groussac), año II, t. VI, Buenos Aires, 1897, p. 188.

¹²⁰ Ricardo Zorraquín Becú, “La formación intelectual de Vélez Sársfield”, art. cit., p. 176.



gente que me limitase aquí a ofrecer una explicación de las notas restringida a la persona del codificador. De este modo, aún cuando pueda admitirse una discusión acerca de las posturas de Vélez Sársfield en cuanto a esta o a aquella nota, o incluso respecto de ciertas características genéricas de todas ellas, lo que a esta altura de la investigación no creo que pueda objetarse seriamente es que las ideas del codificador en la materia obtuvieron una abrumadora aceptación como consecuencia de que el grueso de los operadores jurídicos patrios, lógicamente educados en los lineamientos hasta entonces tradicionales de la cultura jurídica indiana, compartió los criterios por él desplegados. Viene a resultar así que, aplicando lo que Alejandro Guzmán Brito ha dicho genéricamente respecto de las codificaciones hispanoamericanas —oportunidad, empero, en la que el maestro trasandino se refirió al “contenido” antes que al “continente” del derecho, como yo lo hago aquí—, la admisión de las novedades codificadas tuvo mucho que ver con la circunstancia de que éstas se basaran en el derecho tradicional más de lo que habitualmente se suele indicar.¹²¹

Típico producto, pues, de la tensión suscitada con motivo de la colisión entre la persistencia y la innovación jurídicas,¹²² el fenómeno de las notas veleznas demuestra que la paulatina desaparición de un derecho indiano adherido a la *cultura del ius commune* no obedeció tanto a la “vigencia formal” de nuevas normas sino a la infiltración de una cultura jurídica alternativa que, si a la postre resultó victoriosa, también fue vigorosamente resistida mediante el empleo de procedimientos no carentes de una fina sutileza.¹²³ Dicho de otro modo, frente a lo que se ha venido diciendo desde tiempo atrás el quid de la cuestión no pasa por ver si una determinada normativa —o algunos de sus fragmentos más o menos significativos— se siguieron aplicando o no, sino por detenerse a observar en qué medida se mantuvo una forma de pensar y de concebir el derecho.

¹²¹ Alejandro Guzmán Brito, “Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica”; en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2da. época, año CXXXII, t. LXXXVI (254 de la colección), n° 1 (enero de 1983), p. 20.

¹²² Se alude a esta idea en Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Investigación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 175.

¹²³ Sobre este tema, véase Víctor Tau Anzoátegui, “La “cultura del código”...”, art. cit., p. 543.



A tenor de lo dicho hasta aquí cabe atender ahora a la paradójal situación de un código como el de Vélez Sársfield, que en pleno imperio de un auténtico *mos geometricus* ofreció el panorama de un articulado poroso a la doctrina de los autores. En este sentido, se trató de la obra de un codificador ajeno a principios tan caros a la codificación “clásica” como los ideales de predominio absoluto de la legislación, de simplicidad y racionalidad interpretativa, y de facilidad de acceso por parte de los legos,¹²⁴ y que, por el contrario, levantó un peculiar sistema que, plagado de grietas, resultó tolerante con el policentrismo jurídico, intrínsecamente complejo y, por ende, reservado al exclusivo manejo de los juristas profesionales. Así las cosas, la obra de Vélez Sársfield brinda el ejemplo de un código cuyo entendimiento no pudo abroquelarse tras las sólidas defensas suministradas por un sistema jurídico cerrado, o, lo que es lo mismo, de un código que, a juzgar por los preceptos del movimiento codificador, no llegó a cumplir con todo lo que debía esperarse de un código. Ahora bien, como derivación del referido panorama, me atrevo aquí a plantear una nueva heterodoxia: la de pensar si el sentido del artículo 17 del código original, según el cual las leyes no podían “ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes”, restringiéndose considerablemente, de este modo, la vigencia de los usos y de las costumbres, significó realmente en el pensamiento de Vélez y como se ha dicho en nuestros días, “un cercenamiento total de cualquier otro modo de creación jurídica que no fuese la ley”.¹²⁵ Es que luego de lo que he venido diciendo en este trabajo me parece oportuno plantear el interrogante de la validez de esta interpretación, y preguntar si todavía puede suponerse que el enfrentamiento del codificador con el derecho consuetudinario implicó la simultánea condena de la doctrina de los autores. Ahora bien, convencido de que a esta altura de mi trabajo ya no necesito sentar el por qué de mi discrepancia con el enfoque tradicional —en este sentido, me parece que basta con los argumentos que vengo esgrimiendo y que el lector atento habrá ido recolectando a lo largo de la lectura de

¹²⁴ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Codificación, descodificación y recodificación”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XLV (1992), p. 475 y sigs. Helmut Coing, “Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII”; en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 9 (1983), *passim*.

¹²⁵ Víctor Tau Anzoátegui, “La “cultura del código”...”, art. cit., p. 559





este artículo—, también creo oportuno confesar mis dudas acerca del grado de conciencia que el codificador pudo tener sobre la naturaleza ecléctica del método aplicado en la redacción de su código. No creo, empero, que ello importe demasiado. Es que, impregnado intensamente de tardías expresiones de una cultura jurídica varias veces secular, tras poco más de una década de su sanción el código civil argentino terminaría siendo interpretado, de manera más o menos monolítica, de acuerdo con el baremo de una nueva cultura jurídica, esencialmente incapaz de advertir y de asimilar aquellas formas abiertas y permeables del *ius commune* que se cobijaban en los pliegues de la no tan apretada malla de la codificación.

