

REPENSAR LA “CULTURA DEL CÓDIGO”

Código y ley en los primeros comentaristas del Código Civil: los comentarios de Manuel Antonio Sáez y José Olegario Machado a los títulos preliminares y al título complementario del Código Civil (Argentina, fines del siglo XIX, principios del siglo XX)¹

María Rosario Polotto

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina
ORCID ID: 0000-0003-1681-9523

SUMARIO: 1. Introducción: El código y la ley en los primeros comentaristas. 2. En el principio era la ley: los títulos preliminares y complementario del Código Civil de 1869. 3. Manuel Antonio Sáez y Observaciones críticas sobre el Código Civil (1883). 4. Olegario Machado. Código: entre necesidades de la nación y omnipotencia del legislador. 5. Conclusiones.

1. Introducción: El código y la ley en los primeros comentaristas

Todavía circulaba como proyecto y el trabajo de Vélez Sársfield contaba ya con elogios, comentarios y críticas, algunas de ellas compiladas por Jorge Cabral Texo en 1920². José María Moreno decidió incluso introducirlo como texto para la enseñanza del derecho civil en la Universidad de Buenos Aires³. Sancionado en 1869 y vigente a partir de 1871, distintos autores emprendieron la tarea de comentar sus disposiciones. Tau Anzoátegui destaca en estos primeros trabajos la influencia de la escuela francesa, no solo de sus doctrinas, sino también del método exegético, que se tradujo en un exagerado apego al texto de la ley. Se gestó así una verdadera “cultura del Código” que la

1 La investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Científica y Tecnológica (PICT 2018 - 01670) financiado por el FONCYT. El mismo se titulado “La distinción público-privado en la formación de experiencia jurídica argentina (1820-1920). Sujetos, poderes y derechos”, que dirigido por el Dr. Alejandro Agüero, tiene su lugar de ejecución en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Agradezco los comentarios de los evaluadores anónimos que han posibilitado el enriquecimiento de este trabajo.

2 Cabral Texo, *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino*. Ver Tau Anzoátegui, *La Codificación en la Argentina, 1810-1870*, 349-385; Aramburo, *Usos del concepto de igualdad*.

3 Leiva, *El Código Civil como objeto didáctico*.

definió como “la concepción que hizo del código el objeto preferente, cuando no exclusivo, de estudio y que impuso un modo de razonar ajustado a estrechas pautas”⁴. La creación del jurista, para nuestro iushistoriador, quedaba circunscripta al acto de elaborar el código, en la crítica que eventualmente conducía a su reforma y, en menor nivel, en la construcción del entramado entre secciones y artículos de dicho cuerpo legal. Le estaba vedado salirse de esa órbita, no podía buscar y aceptar otros modos de producción del derecho y, en fin, no le era permitido hacer una crítica libre de sus preceptos o avanzar en una comparación entre las normas establecidas y la cambiante vida social. Estas constituían reglas tácitas de un modelo de pensar que atrapaba, con fuerza disciplinaria, a jueces, abogados y profesores⁵. Era una cultura que se apoyaba en la sanción legislativas de códigos “cerrados” que excluían explícita o implícitamente el recurso a toda otra fuente del derecho que no fuese la misma ley. Esta caracterización que hace Tau Anzoátegui se encontraba comprendida en un clima intelectual que enfatizaba la ruptura de la codificación con la mentalidad jurídica anterior y su predominio casi exclusivo como fuente del derecho⁶.

Sin embargo, frente a esta identificación de la “cultura del código” es preciso hacer observaciones medulares a la luz de nuevos estudios que discuten su vigencia en la experiencia jurídica argentina. En primer lugar, la organización federal argentina, el régimen mixto, imprimió características peculiares al proceso codificador en nuestro país. Los códigos nacionales⁷, con su pretensión de modernidad y uniformidad legislativa, convivieron con otros ordenamientos provinciales como los códigos procesales y rurales que, como normas mejor adaptadas a las realidades locales, condicionaron la vigencia de aquellos. En este sentido, la aplicación del código fue una realidad antes urbana que rural y circunscripta principalmente en el ámbito letrado. Así lo reconocía Cabral Texo en 1920 al afirmar que el Código Civil importó “la satisfacción de una positiva necesidad para los grandes centros urbanos de la

4 Tau Anzoátegui, *La ‘Cultura del Código’*, p. 539.

5 Tau Anzoátegui, *La ‘Cultura del Código’*, p. 540.

6 Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 1-11; Costa, *Discurso jurídico e imaginación*.

7 Conforme el artículo 64, inciso 11 de la Constitución Nacional, texto de 1853, los códigos civil, comercial, penal y de minería eran sancionados por el Congreso Nacional, reservándose las provincias los códigos procesales y rurales. Agüero, *Autonomía por soberanía provincial*, pp. 358-361; Cacciavillani, *Celebrar lo imposible*, pp. 51-92; Rosso, *Codificando el derecho desde la base*, pp. 130-172.

República”, pero frente a una organización judicial dominada por los jueces de paz y los códigos rurales y la presencia de pueblos indígenas “no tuvo vigencia legal en todo el país ni en todo su contenido”⁸.

Esta aplicación atenuada, o prácticamente nula dependiendo las regiones, también resultó de la misma organización judicial. Conforme la reforma constitucional de 1860, el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional (antes artículo 64, inciso 11), dispuso privilegiar las jurisdicciones locales en la aplicación de los códigos nacionales, excluyendo así la instancia federal, solución que trajo aparejada la multiplicación de las interpretaciones que los tribunales provinciales hacían de estos cuerpos en detrimento de la uniformidad que estos buscaban, propiciada esta aplicación local por la ausencia de un recurso de casación⁹. A este escenario se suma la subsistencia, a nivel provincial, de una instancia componedora y lega, encarnada por la justicia de paz, alejada del paradigma técnico que la codificación expresaba¹⁰.

Estas cuestiones nos llevan a coincidir con lo señalado por Garriga en tanto que los códigos y la “cultura de la codificación” no fueron realidades coextensivas y entre ambas medió un intenso trabajo de aculturación¹¹. Los nuevos códigos quedaron por un tiempo envueltos por el viejo derecho y anclados en las reglas de interpretación tradicionales¹². Esta ultraactividad del derecho antiguo puede observarse en los comentaristas del Código Civil de 1869¹³. Tau Anzoátegui señala como principales exégetas, dominados, según él, por una impronta positivista a Lisandro Vicente Segovia, autor de *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica* (1881) y *El Código Civil argentino anotado* (1894); Baldomero Llerena que publicó dos ediciones de las *Concordancias y Comentarios del Código Civil* (la primera edición, en siete tomos, entre 1887 y 1903, la segunda, en 10 tomos, entre 1899 y 1903) y por último Olegario Machado, con su *Exposición y comentario del Código Civil*, que se analizará en este trabajo. Por el contrario, como reacción al excesivo apego a aquellas concepciones, ubicaba a Gerónimo Cortés, Lucio

8 Cabral Texo, *Historia del código civil argentino*, 174-177.

9 Polotto, *Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia*; Agüero, *Federalismo, derechos e igualdad ante la ley*; Abásolo, *Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943)*; Polotto, *Geografía del Código*.

10 Sanjurjo, *Las ‘pequeñas relaciones de derecho’ y la justicia de paz*.

11 Garriga, *Continuidad y cambio del orden jurídico*, p. 92.

12 Garriga, p. 95.

13 Polotto, *Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa*, pp. 42-46.

V. López y a Manuel Antonio Sáez¹⁴. Otros juristas destacados de esta época fueron Luis V. Varela y sus *Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino* (16 tomos, 1873-1875)¹⁵ y José M. Guastavino y *Notas al Código Civil Argentino* (en dos tomos, 1898)

Sin embargo, una nueva mirada sobre la labor de estos, importa señalar la dificultad que existe para identificarlos con los postulados del positivismo jurídico o el legalismo¹⁶, como también lo han advertido Hespanha y Halperin para la llamada Escuela de la Exégesis francesa¹⁷. Por el contrario, se constata entre ellos la pervivencia de una labor jurisprudencial, que lejos de legitimar el código por su sanción legal, a través de una tópica y de prácticas enraizadas en el *ius commune*, fundamentaron la validez de los códigos en el saber de los juristas¹⁸. El nuevo derecho operó sobre el viejo tácitamente, remitiendo a la jurisprudencia las inevitables tareas de conciliación normativa¹⁹. No solo se apelaba a la “autoridad” de las opiniones doctrinales sino también se buscaba la integración del texto legal con otros órdenes normativos. De esta manera la tarea interpretativa del jurista mantenía su antiguo vigor a través del comentario iluminador que explicitaba el contenido de la norma²⁰.

Hechas estas consideraciones, en este trabajo se profundiza estas ideas a partir del análisis de dos obras: las *Observaciones críticas sobre el Código Civil* de Manuel Antonio Sáez y la *Exposición y comentario del Código Civil Argentino* de José Olegario Machado. Se aborda específicamente los comentarios que estos juristas hacen de los títulos preliminares y las disposiciones

14 Tau Anzoátegui, *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX*, pp. 123-133, 135-140.

15 Parise, *Libraries of Civil Codes*, pp. 339-344.

16 Polotto, *Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa*, pp. 64-66. Tau Anzoátegui señaló la pluralidad semántica que entraña el término positivismo, y en el plano jurídico lo identifica con la “cultura del código” reseñada *ut supra*, Tau Anzoátegui, *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX*, pp. 125-133. Hespanha define el legalismo como “la corriente de la teoría del derecho que identifica el derecho con la ley, dando a las normas jurídicas la naturaleza de mandatos incuestionables, desde el punto de vista de sus finalidades o de sus valores; reduciendo el saber jurídico a una actividad intelectual puramente cognitiva, descriptiva, acrítica”, Hespanha, *Tomando la historia en serio*, pp. 15-16.

17 Hespanha, *Tomando la historia en serio*; Halpérin, *Exegesis (school)*.

18 Polotto, *Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa*, p. 40.

19 Garriga, *Continuidad y cambio del orden jurídico*, p. 78

20 Polotto, *Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa*, pp. 64-65.

complementarias del Código Civil, a fin de examinar las concepciones que estos sostienen sobre el código y la ley. La elección de estos trabajos se ha hecho fundamentalmente por la extensión y profundidad con la que han emprendido esta parte del Código Civil. A ello se suma, que Tau Anzoátegui ubicó ambos juristas en las antípodas de lo que él había caracterizado como la “cultura del código”. El objetivo de este trabajo es advertir la matriz común en la cual abrevaron ambos juristas, estas imbricaciones entre el viejo y nuevo derecho.

2. En el principio era la ley: los títulos preliminares y complementario del Código Civil de 1869

La sanción de un código, en especial la del código civil, no se reducía, en el siglo XIX, a una cuestión puramente jurídica o técnica, sino que tuvo una destacada dimensión política, coadyuvante al proceso de centralización que llevaban adelante los estados nacionales²¹. En los estados latinoamericanos esta función política del código civil adquirió un sentido peculiar, en tanto no solo consolidaba la independencia política al reemplazar el derecho heredado de España por otro que expresaba la identidad nacional, sino también establecía un determinado modelo de sociedad, asumiendo el papel de verdadera “constitución” de la sociedad²². Con su centro en la propiedad individual y la libertad contractual, este cuerpo normativo delimitaba un espacio privado, autónomo del poder público, que presuponía la construcción constitucional del sujeto único de derecho, la afirmación del discurso de los derechos y el principio de igualdad²³. En esta diferenciación de la esfera pública de la privada tendrá un rol relevante la conceptualización de las “leyes de orden público”²⁴.

Los títulos preliminares que encabezaron gran parte de los códigos civiles europeos y americanos decimonónicos fueron expresión de la preeminencia de la ley que encarnaban esos cuerpos normativos. El modelo se encontraba en el Código civil francés que en sus primeros artículos establecía la ley como

21 Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 41-57. Para los debates en torno a la organización estatal argentina ver Mariano J. Aramburo, *La condición estatal de Buenos Aires en la década de 1850*.

22 Barrientos Grandón, *Le Code civil en Amérique espagnole au XIX^e siècle*, pp. 74, 76.

23 Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, pp. 99-100, 107.

24 Sobre los desafíos para el abordaje historiográfico del término “orden público”: Godicheau, *El extraño poder del orden público*; Godicheau, *Orígenes del concepto de orden público en España*.

precepto promulgado por la autoridad política constituida, precisaba su vigencia territorial, su irretroactividad, la presunción de su conocimiento²⁵. Esta estructura normativa de un título preliminar encabezando el código se difundió junto con la circulación del Código Civil francés²⁶. Dalmacio Vélez Sarsfield la recepitó en el Código Civil sancionado en 1869 que principió con unos “Títulos Preliminares” dividido en dos: el Título Primero, “De las leyes” y el Título Segundo, “Del modo de contar los intervalos del Derecho”. De acuerdo a las normas establecidas en el primer título las leyes eran obligatorias en todo el territorio de la República a partir de su publicación (artículos 1º y 2º). A esta vigencia espacial de la ley quedaba supeditados especialmente la capacidad de las personas y los bienes inmuebles (artículos 6º y 10º). Como contrapartida, las leyes extranjeras carecían de ese valor normativo y su aplicación, cuando el Código lo autorizaba, tenía lugar solo a solicitud de parte interesada (artículo 13). Establecía la irretroactividad de la ley, aunque las de orden público constituían una excepción a este principio (artículos 3º y 5º)²⁷. No podía excusarse su ignorancia, salvo cuando esta lo permitía (artículo 20). Carecían de valor tanto la renuncia general de las leyes como los actos que estas prohibiesen (artículos 19 y 20). Las convenciones particulares no podían dejar sin efecto aquellas cuya observancia estuviesen interesados el orden público y las buenas costumbres (artículo 21). Las leyes solo podían ser derogadas total o parcialmente por otras leyes (artículo 17). El ámbito de las restantes fuentes del derecho era mínimo y siempre supeditado al texto legal. La costumbre no creaba derechos sino solo cuando las leyes se refirieran ella (artículo 17 *in fine*) y los jueces no podían dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (artículo 15). Finalmente, el artículo 22 coronaba esta primacía legal y establecía que lo que no estaba dicho explícita o implícitamente en ningún artículo del Código, no podía tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiese estado en vigor, sea por una ley general o especial.

Finalizaba el código con un título complementario que establecía los su-

25 Clavero, *Ley del Código*, p. 84; Cacciavillani, *Celebrar lo imposible*, pp. 16-22.

26 Clavero, *Ley del Código*; Rubio Correa, *Los títulos preliminares*.

27 Se debatió en esta época el alcance del principio de irretroactividad: si tenía rango constitucional o era una ley susceptible de ser modificada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el asunto en la causa “Don José Cafferarena contra Banco Argentino del Rosario de Santa Fe, por conversión de billetes” (21 de septiembre de 1871) adoptando la segunda postura Huertas, *El modelo constitucional norteamericano*, 227-229.

puestos de aplicación de la ley nueva. Esta regía los hechos anteriores cuando solo privaban a los particulares de derechos que fuesen meras expectativas, pero no podía destruir o cambiar derechos adquiridos (artículo 4044); también cuando privaran de facultades propias no ejercidas o que no hubiesen producido efecto alguno (artículo 4045); asimismo regulaba la capacidad civil de las personas, aunque abrogaran o modificaran cualidades establecidas por las leyes anteriores, pero solo para los actos y efectos posteriores (artículo 4046). Disponía finalmente sobre situaciones particulares como el poder y facultades de los maridos (artículo 4047), las garantías patrimoniales de las mujeres casadas, menores e incapaces, hijos y los gravámenes impuestos a administradores de fondos del Estado (artículo 4048), las acciones rescisorias por lesión (artículo 4049), las adopciones y los derechos de los hijos adoptados (artículo 4050) y las prescripciones (4051).

Si la lectura de estos preceptos evidencia el lugar central que la ley tenía en el código, ello no tiene que impedir observar algunos matices que muestran la operatividad de las antiguas categorías jurídicas²⁸. Así, por ejemplo, el artículo 14 del Código Civil establecía que las leyes extranjeras no se aplicaban cuando, además del supuesto del derecho público o criminal de la República, que en definitiva eran leyes nacionales, aquellas se opusieran a la religión del Estado, la tolerancia de cultos y a la moral y buenas costumbres. Esto es, a órdenes normativos extralegales, que no nacían de la soberanía del Estado. La referencia a la “religión del Estado”, expresión que Vélez toma del *Esboço* de Freitas²⁹, es interesante en tanto manifiesta una desconexión entre el código y el texto constitucional sancionado en 1853 cuyo artículo 2° se reduce a reconocer el sostenimiento del culto católico apostólico romano por parte del Gobierno Federal apartándose de soluciones que implicaban la confesionalidad del Estado³⁰. Sin embargo, la fórmula adoptada por el artículo 14 del Código Civil remite a la dimensión constitucional que la religión mantenía en el orden político y jurídico del antiguo régimen³¹: las leyes extranjeras no pueden ir contra la religión católica en cuanto que ella pertenece, más allá de la fórmula adoptada por la Constitución, al orden constitutivo de la nación. De ahí que Vélez aclarase en su nota que sería el caso de leyes “en odio al culto católico, o

28 Abásolo, *¿Expresiones del ius commune en la apoteosis de la codificación?*

29 Llerena, *Concordancias y comentarios*, 1887, p. 28.

30 Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, pp. 488-491.

31 Agüero, *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional*, pp. 25-27; Garriga, *Continuidad y cambio del orden jurídico*, pp. 62-63.

que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena”³². Congruente con este precepto, el Código Civil dispuso que el casamiento entre católicos debía ser celebrado según los cánones y con las solemnidades establecidas por la Iglesia, cuyas leyes y tribunales decidían también todo lo relativo a impedimentos, divorcio, disolución y nulidad del vínculo (artículos 167, 168, 201, 221 y 225). En la nota al artículo 167, Vélez Sarsfield justificaba esta norma en que las personas católicas, que eran las que integraban los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer matrimonio civil sin incurrir en un perpetuo concubinato “condenado por su religión y las costumbres del país”. Agregaba que las leyes que autorizaran tales matrimonios “en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es *sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas*”³³. Así, el derecho canónico mantenía su vigor a partir de este reenvío que el Código hacía en materia matrimonial. Esta solución fue desarticulada por la ley 2393, de 1888, que introdujo el matrimonio civil en el ordenamiento jurídico argentino y la derogación de los artículos antes citados del código civil.³⁴

Pero también el artículo 16 del Código Civil abría un interesante horizonte a la interpretación jurisprudencial y constituyó, a la postre, en un importante resorte creativo frente a la rigidez normativa del código³⁵. Disponía este artículo que “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso”³⁶. Precisar el alcance del término “principios generales del derecho”, fue uno de los cometidos de los primeros comentaristas del Código Civil. Para Llerena, por ejemplo, era imposible para el legislador prever todos los casos que puedan presentarse, y en este sentido, los principios generales del derecho jugaban un rol fundamental. Definía estos como aquellos que habían recibido sanción universal, “ya por medio de la opinión de los jurisconsultos, ya por medio de la propia conciencia fundada en el sentimiento íntimo de justicia y equidad que Dios ha inspirado en el corazón del hombre”³⁷.

32 Nota 3 al artículo 14 del Código Civil.

33 Nota al artículo 167 del Código Civil. El subrayado es propio.

34 Sobre el contexto y debate de la ley de Matrimonio Civil ver la obra de María Rosa Pugliese, *Derecho, estado y religión*.

35 Polotto, *Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa*.

36 El subrayado es propio.

37 Llerena, *Concordancias y comentarios*, 1899, 56.

3. Manuel Antonio Sáez y *Observaciones críticas sobre el Código Civil* (1883)

Señala Tau Anzoátegui que Manuel Antonio Sáez³⁸ había hecho sus primeras consideraciones sobre el proyecto de Vélez en 1869. En 1875 empezó a escribir las *Observaciones*, con la finalidad de examinar el código civil ya vigente de manera crítica. El primer tomo, que apareció en 1883, estuvo dedicado a los dos títulos preliminares y al complementario. Su obra quedó trunca por su repentino fallecimiento en 1887³⁹. Si bien esta constituyó un aporte significativo para el estudio de esta parte del código no parece que en la época haya tenido un impacto relevante⁴⁰.

En Sáez se advierten dos argumentos que conectan de sus comentarios: la necesidad de conciliar un código nacional con las soberanías provinciales conforme a la constitución federal de 1853 y la preocupación por delimitar claramente la órbita del derecho privado. Recorriendo transversalmente estas cuestiones este jurista desarrollaba un concepto restringido de ley y código, con un importante apoyo en la literatura tradicional, como podían ser el Digesto o las Partidas. Si el código civil era “el edificio armonioso [sic] que debe contener la reglamentación de las relaciones privadas de los habitantes de un estado” estaba lejos de reconocer en él un “texto integral, completo uniforme, con valor absoluto”⁴¹. Al comentar el artículo 22, se lamentaba de la derogación que la norma había hecho del derecho anterior y de querer simplificar la legislación “reduciéndola a un solo cuerpo” como si el código fuese “bastante para atender a todas las necesidades, auxiliándolo con la jurisprudencia de los tribunales”⁴².

Tampoco la ley se reducía a expresar la voluntad sin límites del legislador. En los pueblos celosos “de la conservación de sus derechos”, la ley constituyó “expresión genuina de la voluntad del pueblo [...] es el vínculo poderoso de unión social” y el legislador no era más que “un mandatario mas o menos munido de atribuciones, mirando siempre los intereses de su mandante”⁴³. En consecuencia, la ley debía fundarse en la razón y en la justicia y no ser una expresión de la voluntad arbitraria del legislador:

38 Sobre la vida y trayectoria de este jurista: Seghesso de López, *El jurista Manuel Antonio Sáez (1834-1887)*.

39 Tau Anzoátegui, *La 'Cultura del Código'*, pp. 545-546.

40 Tau Anzoátegui, *La 'Cultura del Código'*, p. 546.

41 Tau Anzoátegui, *La 'Cultura del Código'*, p. 553.

42 Sáez, *Observaciones*, p. 323, 421.

43 Sáez, *Observaciones*, pp. 326, 331.

Hai una conveniencia positiva en que el pueblo reconozca en la lei la razon i la justicia que le han servido de base, que no le preste obediencia solo por que es una disposicion de la autoridad, [...] pues entonces hai una obediencia voluntaria i en algunos casos, coaccionada por la razon, pero que mantiene las relaciones propias del gobierno con el pueblo⁴⁴.

Esta dimensión política de la ley tenía una estrecha relación con sus concepciones confederativas⁴⁵ y cómo ellas determinaban la posibilidad de vigencia de un código para toda la nación conforme el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional⁴⁶. Sáez concebía la constitución como un “pacto internacional de nuestros catorce estados soberanos e independientes”⁴⁷. Así, el código civil no podía “ser nacional sin que desaparezca hasta de derecho la autonomía de los estados”⁴⁸. La facultad de dictar los códigos por parte del Congreso Nacional que establecía aquel artículo “en nada contribuye a la realización de los propósitos del pacto federal” y los “estados no han podido cederla, porque el haberlo hecho, habría equivalido a entregar la totalidad o la [esencia] de la soberanía”⁴⁹. En todo caso, habrían cedido a la nación la posibilidad de legislar en materia civil y penal “de un modo muy restringido [...] solo para echar las bases generales de legislación, tratando de uniformar en lo posible la de los pueblos que en un tiempo estuvieron sometidos a una sola”⁵⁰.

44 Sáez, *Observaciones*, p. 120.

45 Persiste en Sáez tanto un uso ambiguo de los términos “federal” y “confederal” como una concepción de la soberanía provincial en términos de “soberanía dividida”. Sobre estas cuestiones ver Levaggi, *Confederación y federación*, pp. 11-15; Agüero, *Autonomía por soberanía provincial*.

46 Dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería, sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los Tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

47 Sáez, *Observaciones*, p. 5. Siguiendo sus concepciones confederales Sáez denomina “estados” a las provincias.

48 Sáez, *Observaciones*, p. 6.

49 Sáez, *Observaciones*, p. 6.

50 Sáez, *Observaciones*, p. 7. Esta forma de concebir el código, como lineamientos generales que luego la provincia podían regular en detalle, circulaba como propuesta antes de la redacción y sanción de los códigos. En el debate de la ley de la Confederación n° 182 sobre la organización de la justicia federal, el ministro de Justicia e Instrucción pública intervenía en la sesión sugiriendo que los códigos “solo contendrán grandes principios, dejando a los poderes de Provincia la facultad de legislar dentro de ellos”. Congreso Nacional, *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858*, pp. 539-540.

Al interpretar la modificación introducida en dicho artículo por la reforma de 1860, afirmaba que la jurisdicción local que los códigos no alteraban correspondía “al ejercicio libre de la autoridad de los estados” y que esos cuerpos normativos no solo podían ser aplicados por los tribunales provinciales, sino también podían “no ser para todos los estados”⁵¹. Reforzaba esta conclusión el artículo 107 de la Constitución Nacional que para Sáez autorizaba a las provincias a “legislar sobre todas las materias de los códigos civil, comercial, penal y de minería, pudiendo por consiguiente modificar y derogar las disposiciones que se encuentren en los códigos”⁵².

De ahí concluía que los códigos “no pasan de ser simples bases de legislación, que la nación entrega a los estados para que sobre ellas edifiquen la legislación [...] meras reglas sin otro destino que el de asimilar, en lo posible, la legislación de todos los estados”⁵³. En todo caso la sanción por el congreso es el momento nacional de los códigos que inmediatamente después pasan a ser provinciales sometidos “de un modo absoluto a la autoridad del estado, en cuanto a su interpretación, aclaración, abrogación y derogación”⁵⁴.

En este orden de ideas se entiende también la valoración que este jurista hacía del fenómeno consuetudinario⁵⁵ como manifestación de la “verdadera representación del pueblo en el ejercicio de la autoridad”⁵⁶. En tanto el gobierno era siempre “una creación del pueblo para establecer el imperio de la justicia” no existía razón

para negarle el derecho de tener la costumbre como lei en ausencia de ella, de hacerla servir para interpretar la existente, de reconocerle autoridad para derogar la establecida con el no uso de la misma, porque nada más natural que faltando la lei, antes de recurrir a una analogía estraña, se decida por la costumbre adoptada por el pueblo⁵⁷.

51 Sáez, *Observaciones*, p. 26-27.

52 Sáez, *Observaciones*, p. 27.

53 Sáez, *Observaciones*, p. 36.

54 Sáez, *Observaciones*, p. 37.

55 Tau Anzoátegui, *La 'Cultura del Código'*, p. 559-560.

56 Sáez, *Observaciones*, p. 325.

57 Sáez, *Observaciones*, p. 335-336. Si bien Sáez desarrolla sus argumentos en un nuevo lenguaje constitucional, interesa aquí el resabio tradicional de su concepción y valoración de lo consuetudinario. Así Agüero explica que en el antiguo régimen: “la estrecha relación entre pueblo y jurisdicción seguirá siendo la razón para explicar numerosos mecanismos no sólo relacionados con las magistraturas locales, sino también con alto valor de la costumbre como fuente normativa local, entendida, así, como acto de jurisdicción de un pueblo que interpreta”, Agüero, *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional*, p. 35.

La posible dispersión normativa que podía ocurrir al verificarse distintas costumbres en una misma nación podía salvarse al adoptarse la regla de que el acto se rija por la ley del lugar en que se ha practicado⁵⁸.

La segunda preocupación de Sáez es la configuración del derecho privado que el código civil venía a reglamentar. El derecho privado era, para este autor, “el arreglo de las relaciones de los particulares entre sí” y, su origen popular lo ponía por encima del derecho público que no debía invadirlo: “las primeras necesidades del pueblo se atienden o pueden satisfacerse dentro de la órbita de acción del mismo pueblo”⁵⁹. Constituía una esfera jurídica la cual no solo necesitaba de una atención preferente, sino que debía resguardarse de la política partidaria la cual, sostenía, inutilizaba “a tantos hombres al sacarles la posición que les corresponde i en que son útiles para la sociedad”⁶⁰.

En sus comentarios Sáez distinguía el derecho privado del orden público, esto es, de “todo lo que se relacione con la sociedad en su carácter de representación colectiva de los miembros que la componen”⁶¹ y lo definía como “la efectividad de los derechos individuales”, sosteniendo que “toda disposición autoritativa que los amague o desconozca, mina por su base los fundamentos de la sociedad”⁶². La esfera privada tenía preeminencia sobre el orden público, y lo limitaba. En este sentido se entiende su posición crítica a distintos artículos del código civil que encontraban en las leyes de orden público una excepción al principio de irretroactividad de la ley y la posibilidad de afectar derechos adquiridos⁶³. Hallaba este principio como fundamental de la legislación, que debía tener “toda la estension que el buen sentido i la razón natural indiquen, como compatible con el progreso general de la sociedad, sin lastimar jamás los derechos individuales formados al amparo de la lei”⁶⁴. Como espacio de autorregulación, la costumbre ocupaba un lugar en la configuración del derecho privado: “No hai tino ni prudencia en negar al pueblo el derecho de la costumbre para intervenir directamente en la formación del derecho privado, porque

58 Sáez, *Observaciones*, p. 344.

59 Sáez, *Observaciones*, p. 338.

60 Sáez, *Observaciones*, p. 339-340.

61 Sáez, *Observaciones*, p. 376.

62 Sáez, *Observaciones*, p. 172, 203.

63 Sáez, *Observaciones*, p. 102. Sáez definía los derechos adquiridos como “la facultad de obrar sobre personas o cosas, adquirida por el acaecimiento de un hecho dependiente o independiente de nuestra voluntad, al cual la ley existente, atribuye la virtud de producirla”, Sáez, *Observaciones*, p. 168.

64 Sáez, *Observaciones*, p. 115.

creo que es esta una de las concesiones que puede hacer la autoridad sin peligro alguno i que debe hacerla aún antes de que le sea reclamada”⁶⁵.

Su primacía tenía una relevancia particular en la época en que escribe Sáez caracterizado como “un estado de indecisión, de expectativas de cambios en instituciones sociales y políticas” donde se corría el peligro de conceder al legislador “facultades omnímodas” alterando derechos adquiridos⁶⁶. Con esto procuraba desalentar cambios precipitados que alterasen sustancialmente el orden jurídico y social:

no encuentro que en una sociedad bien reglamentada, se presenten a cada momento necesidades de un carácter tan urgente, que exijan una reforma inmediata; veo por el contrario, que la precipitación en las reformas, con el desconocimiento de los derechos adquiridos, en todos o en algunos de los elementos que los constituyen, es una causa de desquicio con la introducción de la desconfianza, con la paralización producida por la inseguridad⁶⁷.

Una de las grandes dificultades que encontraba Sáez en las normas que comentaba, era la indefinición de lo que constituía el orden público y que solo eran una excusa para avalar la “omnipotencia de la autoridad”⁶⁸. Esta deficiencia del código civil no solo afectaba ilegítimamente los derechos adquiridos sino también garantías constitucionales como la del artículo 19 de la Constitución Nacional⁶⁹:

el carácter o distinción de órden público en la lei, viene a formarse con una resolución judicial, pronunciada después de haber tenido lugar los hechos que han sido practicados durante el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, de no obedecer lo que la lei no manda, ni de estar privado de lo que ella no prohíbe, derecho que no puede ser limitado o restringido sin un conocimiento previo de la prescripción expresa contenida dentro de la órbita de los intereses de la sociedad, hoy difícil de reconocer i de determinar en la lei imperativa, que no señala con caracteres especiales, el círculo en que se encierra el órden público, para dejar abierto el campo del derecho privado⁷⁰.

65 Sáez, *Observaciones*, p. 336.

66 Sáez, *Observaciones*, p. 111, 179.

67 Sáez, *Observaciones*, p. 203.

68 Sáez, *Observaciones*, pp. 409, 203.

69 Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

70 Sáez, *Observaciones*, p. 377.

La solución era determinar previamente el contenido del orden público, lo que constituía un medio fundamental para “depurar el derecho privado de todos los elementos que le sean estraños, ya por relacionarse con el derecho público, sea por vincularse con el interés común”⁷¹.

4. Olegario Machado. Código: entre necesidades de la nación y omnipotencia del legislador.

José Olegario Machado⁷² publicó su primer tomo de *Exposición y Comentario del Código Civil argentino* en 1898⁷³. La obra de Machado se presentó como una contribución madura de la exégesis argentina⁷⁴. Su objetivo se centraba en la “explicación del Código Civil [...] á exponer sus doctrinas en una forma sintética y somera [...] iluminar cada disposición, para que se la perciba en toda su verdad, pensando que el comentador debe ser el amigo leal y sincero de la ley”⁷⁵. Ello no era óbice para la crítica jurídica, necesaria para promover la reforma de la ley, crítica que afirmaba haberla ejercido con prudencia⁷⁶. No solo recurría a los ya tradicionales aportes de los doctrinarios franceses, sino también apelaba a las opiniones de juristas argentinos, como era el caso del trabajo de Baldomero Llerena y, como aclaraba la portada, a la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las Cámaras de Apelaciones de la Justicia de la Capital Federal.

Para Machado la codificación expresaba el ideal de la igualdad ante la ley, que se erigía como “evangelio de una nueva religión”⁷⁷. El Código civil, ejempli-

71 Sáez, *Observaciones*, p. 377.

72 Sobre la vida y formación de Machado: De Marco, *Notas sobre la juventud y años de formación*.

73 La obra consiste en once tomos, publicados entre 1898 y 1903, que abarcan la totalidad del articulado del Código Civil de 1869 e incluye los comentarios a la Ley de Registro Civil de la Capital de la República Argentina y territorios nacionales (Ley 1565, 1884).

74 No era esta la primera contribución que realizaba para el estudio de este cuerpo normativo. En publicó junto a Onésimo Leguizamón, *Instituta del Código Civil Argentino* destinado fundamentalmente para la enseñanza del derecho civil, Leguizamón y Machado, *Instituta*, p. VIII. En 1903 apareció *El Código Civil Argentino interpretado por los tribunales de la República*, con el objetivo de completar las glosas realizadas en *Exposición y comentario* con la jurisprudencia nacional, Machado, *El Código Civil Argentino*, pp. V-VI.

75 Machado, *Exposición y comentario*, p. XII-XIII.

76 Machado, *Exposición y comentario*, p. XXIII.

77 Machado, *Exposición y comentario*, p. VII.

ficado en el francés, respondía “a una idea política de concentración y de unidad nacional” que tomando como fundamento el derecho romano, “dio nueva vida a las costumbres, especie de derecho popular, creado por el pueblo mismo, consagrándolas como una ley que toda la nación debía obedecer”⁷⁸. Era también “la reunión de las leyes que una nación ha dictado sobre una determinada materia” que se caracterizaba por ser “ordenada y metódica” para formar “un todo completo” que agotaba la materia legislada⁷⁹.

Esta completitud constituía su principal ventaja si se tenía en cuenta que de su sanción resultaba cierto freno al “desenvolvimiento del derecho en el seno de la nación”⁸⁰. Para este jurista el código era fuente exclusiva del derecho civil⁸¹:

cada materia legislada debe abrazar y traducir en forma de leyes las necesidades de la vida nacional, encerrando en sus disposiciones las relaciones de los individuos entre sí y su modo de obrar, siendo la única fuente donde deba encontrarse la regla que determina sus derechos⁸².

Por ello en una postura opuesta a la de Sáez, celebraba la derogación de las leyes anteriores, hispánicas y patrias, dispuesta por el artículo 22 del Código Civil, las cuales quedaban relegadas como meros antecedentes con el objeto de estudiar el estado de la legislación civil.

Sin embargo, es posible notar en Machado la persistencia de una lógica tradicional articulada en los postulados del *ius commune*, donde el comentario doctrinal y la interpretación jurisprudencial completaban el sentido de la ley⁸³. Es sugerente, en este sentido, su reclamo ante la sanción premurosa del código civil “sin una exposición de motivos, sin una explicación, sin un antecedente, que pudiera guiar al magistrado y al jurisconsulto en la interpretación de la ley”⁸⁴. Congruente con este parecer, al comentar el artículo 16, Machado indicaba, frente a la oscuridad de la ley, pautas para la interpretación jurisprudencial que permitía integrar el código con otros órdenes normativos. En primer lugar, se encontraban las leyes nacionales que for-

78 Machado, *Exposición y comentario*, p. X.

79 Machado, *Exposición y comentario*, p. 56.

80 Machado, *Exposición y comentario*, p. 56.

81 Machado, *Exposición y comentario*, p. 56.

82 Machado, *Exposición y comentario*, p. 56.

83 Abásolo, *Expresiones del ius commune en la apoteosis de la codificación?*, p. 145.

84 Machado, *Exposición y comentario*, p. XVII.

maban un solo cuerpo de disposiciones lo que permitía su aplicación analógica. También podía recurrirse no solo a los códigos extranjeros que habían servido de fundamento a las normas argentinas, sino también a la opinión de sus tratadistas y a las decisiones de sus tribunales. Por último, a la doctrina y jurisprudencia nacionales, donde la *autoridad* de Vélez Sarsfield ocupaba un lugar preferente para explicar la ley⁸⁵.

Ahora bien, puede percibirse en este jurista una cierta tensión irresoluta al conceptualizar la ley. Por un lado, prevalecía una definición material de lo legal como adecuación a un orden establecido. Las leyes, que podían ser nacionales o provinciales⁸⁶, se originaban “en las necesidades de una nación y se traducen en forma de reglas, apoyándolas en el derecho natural, dándoles la sanción y fuerza que este carece”⁸⁷. El derecho era la creación del pueblo en cuyo seno se originaba y donde lo consuetudinario jugaba un papel relevante. En la glosa al artículo 17 del Código Civil destacaba que si bien la Argentina, como pueblo nuevo, “no había tenido tiempo de esperar la costumbre, que es al derecho nacional, lo que el aluvión de los ríos á los terrenos riberaños”, el Código Civil había reconocido, en ciertos casos, la necesidad de fundar el derecho en la costumbre y, en este caso, esta tenía “la misma fuerza que la ley escrita”⁸⁸. Por el otro lado, al examinar la vigencia temporal de la ley, este jurista insiste en la voluntad omnipotente del legislador y el valor formal de lo legal. En este sentido afirmaba que “las leyes pueden abrazar el pasado, el presente y el porvenir, porque el poder del legislador no puede ser limitado sino por su propio criterio”⁸⁹. Destacaba que

la omnipotencia del legislador es la regla, que no puede admitir control de ninguna clase. Nadie puede impedir que el Congreso dicte leyes inconstitucionales, ó contra todas las conveniencias, violando la justicia y los mas claros principios; esas leyes serán obligatorias para todos los habitantes de la Nación y los tribunales deberán aplicarlas⁹⁰.

85 Machado, *Exposición y comentario*, p. 51-52.

86 Machado, *Exposición y comentario*, p. 3. Esta es una de las pocas referencias a las leyes provinciales en el análisis de los títulos preliminares, amén del comentario al artículo 2° del Código Civil. Toda la explicación que Machado hace de la ley parece concentrarse en el ámbito nacional.

87 Machado, *Exposición y comentario*, p. 1.

88 Machado, *Exposición y comentario*, p. 47.

89 Machado, *Exposición y comentario*, p. 7.

90 Machado, *Exposición y comentario*, p. 8. Ver el contraste con la opinión de Lisandro Segovia en contra de las leyes interpretativas, donde criticaba “el principio europeo de

Para Machado la inconstitucionalidad de la ley no se reducía su falta de conformidad con la constitución, sino también a un problema sustantivo, el de su justicia, insistiendo en el valor material de la norma. Por cierto, la posibilidad del control de constitucionalidad que ejercía el poder judicial, constituía un contrapeso limitado⁹¹. Esta tensión entre la validez material y formal de la ley, además de explicarse a partir de lo resuelto por la Corte en el fallo “Cafferarena contra el Banco Argentino”, antes citado, puede ser entendida como la búsqueda de conciliar una teoría de la ley de raigambre tradicional con una doctrina y práctica constitucional de los poderes del Estado.

De esta manera la ley ocupaba un lugar central en el ordenamiento del estado como “regla establecida por la autoridad que determina la constitución y es jurídicamente obligatoria para todos los que habitan el territorio de la Nación”⁹². Bajo esta definición dos elementos juegan un papel fundamental cuando se definía lo legal: la soberanía y el territorio. La primera era concebida como “la facultad de someter a la ley en vigor a todos los que penetran dentro del territorio”⁹³. En consonancia la nación era “la reunión de individuos que bajo un gobierno cualquiera ocupan determinado territorio, reconocida su soberanía por las demás [sic]”⁹⁴. La norma codificada y el comentario expresaban la relevancia que tenía el territorio en la construcción de la soberanía estatal. En este sentido, Machado afirmaba que la soberanía territorial, expresada en el artículo 1° del Código Civil, era la regla más segura y la que mejor se ajustaba al principio de igualdad ante la ley: “esa igualdad desaparecería si á unos les fuera permitido hacerse juzgar por la ley de su país y a otros por la de la nación donde tienen su domicilio, sometiendo a la ley nacional solo a los nativos”⁹⁵.

Con respecto a los efectos temporales de la ley, comentando ya el artículo 3° del Código Civil entendía que la irretroactividad de las leyes, ecnstituía

la *soberanía del legislador* ú *omnipotencia legislativa*, principio inaceptable en nuestro sistema de gobierno libre, que proclama por el contrario que no hay otros soberanos que el pueblo y la Constitución, y que los tres poderes son *limitados*”, Segovia, *El Código civil de la República Argentina*, p. 2.

91 Machado, *Exposición y comentario*, p. 8.

92 Machado, *Exposición y comentario*, p. 1.

93 Machado, *Exposición y comentario*, p. 2.

94 Machado, *Exposición y comentario*, p. 1. Estas afirmaciones coinciden con la adopción que los países americanos, entre ellos la Argentina, del *ius soli* de gran importancia, fundamentalmente, frente a los grandes procesos inmigratorios que alentaron.

95 Machado, *Exposición y comentario*, p. 2.

uno “de los grandes principios reconocidos por las legislaciones de los países más adelantados” y que el principal objeto era “poner á cubierto los intereses particulares contra las arbitrariedades del poder público, asegurando que los bienes y los derechos adquiridos bajo una ley existente, no podrán ser cambiados ni alterados por nuevas leyes”⁹⁶. Advertía que si bien la retroactividad era una gran perturbación que se producía en la sociedad, “hay casos en que el bien general o las necesidades de la misma sociedad lo exigen como un medio de conservación”⁹⁷, como era el caso de las leyes sobre curso forzoso o las de higiene y seguridad. Entonces

siempre que un alto interés nacional, ó la paz y seguridad del Estado, exijan la aplicación inmediata de una ley, es preferible que la sociedad sufra una perturbación, como consecuencia de un cambio brusco, antes que cruzarse de brazos delante del interés individual, que en general debe merecernos gran respeto”⁹⁸.

Con estos argumentos justificaba las leyes de orden público indicadas en el artículo 5° del Código Civil. Estas leyes constituían una excepción del principio de irretroactividad “no en el sentido que se propongan alterar el pasado, que siempre debe ser respetado, sino en el que tienen una inmediata aplicación, reglando las consecuencias de los actos jurídicos antes”⁹⁹.

Aquí Machado realizaba un gran esfuerzo argumentativo para definir en concreto qué era el orden público, sobre todo teniendo en cuenta la limitación que estas leyes generaban en el ejercicio de los derechos individuales. Reconocía que “era muy difícil comprender en una definición todo lo que pueden abrazar tales leyes”¹⁰⁰ e intentaba conceptualizarlas recurriendo a la oposición entre lo colectivo y lo privado:

Para distinguir cuáles son esas leyes basta observar, que son dictadas tomando a la sociedad como una vasta unidad, que se mueve y obra como un todo orgánico, mientras que las demás consideran al individuo en su calidad de tal y determinan sus relaciones para con los demás”¹⁰¹.

96 Machado, *Exposición y comentario*, p. 11.

97 Machado, *Exposición y comentario*, p. 11.

98 Machado, *Exposición y comentario*, pp. 18-19.

99 Machado, *Exposición y comentario*, p. 18.

100 Machado, *Exposición y comentario*, p. 20.

101 Machado, *Exposición y comentario*, pp. 22-23.

Siguiendo el trabajo de Jean Baptiste Duvergier entendía que son aquellas creadas en interés de la comunidad¹⁰², que tenían por objeto garantizar la seguridad de los ciudadanos y conservar la paz del Estado¹⁰³ y que en su aplicación estaba interesado el orden social¹⁰⁴.

A pesar de estas expresiones generales debía recurrir a una casuística que definía el ámbito del orden público¹⁰⁵. Concluía pues: “los derechos adquiridos deben ser respetados en los momentos ordinarios de la vida, pero jamás servirán de valla ante el interés general inmediato, cuando pelagra la seguridad común”¹⁰⁶.

5. Conclusiones

Los ejemplos de Sáez y Machado aquí analizados abren una ventana a la complejidad de la cultura jurídica de los primeros comentaristas del Código Civil argentino de 1869, una experiencia imbricada entre antiguas categorías y un nuevo texto legal que no sólo es concebido como “cuerpo legal de doctrina” sino con sólidos puentes, a través de los recovecos de su articulado, a concepciones y recursos del viejo derecho, como la invocación de la religión o el reenvío al derecho canónico.

Lejos de ser figuras contrapuestas, Sáez y Machado comparten un mismo universo jurídico donde su tarea interpretativa no se reduce al simple apego al texto de la ley, ni implica una reducción de la tarea del jurista. En ambos, el comentario “ilumina” el código, expresa el sentido de sus normas a través de la concordancia o contradicción con otros preceptos o doctrinas. La labor del jurista sigue comprendiéndose en términos tradicionales como una mediación de la ley.

Otras coincidencias interesantes es la persistencia de una concepción material de la ley, como la adecuación a un orden indisponible expresado fundamentalmente en la costumbre, entendida como el derecho del pueblo o de la nación, y en contraposición la resistencia, más clara en Sáez, a un legislador omnipotente que altere o reforme arbitrariamente aquel orden.

102 Machado, *Exposición y comentario*, pp. 21-22. El escrito de Duvergier, “De las leyes” publicado en la *Revista de Derecho Francés y Estrangero* en 1845 fue transcrito íntegramente por Varela en sus *Concordancias y Fundamentos*. Varela, *Concordancia y Fundamentos*, pp. 52-125.

103 Machado, *Exposición y comentario*, p. 20.

104 Machado, *Exposición y comentario*, p. 21.

105 Machado, *Exposición y comentario*, p. 20.

106 Machado, *Exposición y comentario*, pp. 19-20.

Hechas estas consideraciones, es posible también señalar significativos contrastes entre estos juristas. Machado propone prácticamente una identificación de la vigencia espacial del código al “territorio nacional” en tanto que las referencias a los espacios provinciales son mínimas e irrelevantes. La definición de lo legal se encierra en las normas del Código Civil y no parece incidir en ella el régimen federal consagrado en la constitución. Para Sáez, por el contrario, sus ideas confederales, la lectura articulada entre código y constitución, y su defensa de la soberanía provincial se traducen en una limitación de la vigencia espacial del código y de la ley nacional.

La distinción entre la órbita pública y privada, y la delimitación del ámbito propio del código civil también enseña diferencias significativas en estos juristas. Sáez, sin perjuicio de su discurso con énfasis en los derechos individuales, revela una veta tradicional al caracterizar el derecho privado y restringir la intervención del estado a través de las leyes de “orden público”. Definido este como “la efectividad de los derechos individuales”, supedita lo público a lo privado en la medida que lo privado constituía el fundamento de la sociedad. Otro puente sugerente con el antiguo derecho es el lugar que le otorga a la costumbre, como expresión del pueblo, y no a la voluntad individual, como fundamento de autorregulación del derecho privado. Por el contrario, en Machado se observa tanto una exaltación del orden público en detrimento del espacio privado cuando se afecta “un alto interés nacional, ó la paz y seguridad del Estado” como una identificación de este con lo nacional, aunque esta exaltación se desarticula, en cierto modo, de sus concepciones materiales sobre la ley.

Bibliografía

- Abásolo, Ezequiel, “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”, Ezequiel Abásolo (ed.) En *Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, pp. 135-57.
- . “Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943)”, *Prudentia Iuris*, 54 (2001), pp. 269-89. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10309>.

- Agüero, Alejandro, “Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 43 (2014), pp. 341-92. <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0347.pdf>.
- . “Federalismo, derechos e igualdad ante la ley. Aproximación histórico jurídica al caso argentino”, *Anuario*, 21 (2023), pp. 371-91. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/40713/40842>.
- . “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en Marta Lorente Sariñena (ed.) *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 21-58.
- António M. Hespanha, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Traducido por Fernando Jesús Bouza Alvarez. Madrid: Taurus Humanidades, 1989.
- Aramburo, Mariano José, “Usos del concepto de igualdad en las críticas y controversias sobre el proyecto de Código Civil argentino”, *Conceptos Históricos* 8 (13) (2022), pp. 130-61.
- Aramburo, Mariano José, “La condición estatal de Buenos Aires en la década de 1850”, en Mariana Canedo (coord.) *Un país para los porteños: la experiencia del Estado de Buenos Aires (1852-1861)*, La Plata; Ensenada, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación; Instituto de Investigaciones en Humanidades y Ciencias Sociales, 2023, pp. 99-129.
- Barrientos Grandón, Javier, “Le Code civil en Amérique espagnole au XIXe siècle. Le droit privé et les nouvelles républiques”, en Sylvain Soleil y Romain Bareau (eds.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré? Approches historiques et comparatives*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2022, pp. 67-89.
- Cabral Texo, Jorge, *Historia del Código civil argentino*. Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920.
- . ed. *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino*. Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1920.
- Cacciavillani, Pamela Alejandra, *Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del XX*. Frankfurt am Main, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2021.
- Clavero, Bartolomé Salvador, “Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 (1994), pp. 81-194.
- Congreso Nacional, *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858*. Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1891.

- Costa, Pietro, “Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista”, en Carlos Petit (ed.) *Pasiones del jurista: amor, melancolía, imaginación*, editado por Carlos Petit, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 161-214.
- De Marco, Miguel Angel, *Notas sobre la juventud y años de formación jurídica del civilista Jose Olegario Machado*, La Plata, Universidad Notarial Argentina. Fundación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1970.
- Garriga, Carlos, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en Carlos Garriga (coord.) *Historia y Constitución. Trayecto del constitucionalismo hispano*, México, Centro de Investigación y Docencia Económica; El Colegio de México; El Colegio de Michoacán; Escuela Libre de Derecho; Proyecto de investigación HICOES; Universidad Autónoma de Madrid, 2010, pp. 59-104.
- Godicheau, François, “El extraño poder del orden público”, *Prohistoria. Historia, políticas de la historia*, 38 (2022), pp.1-27. <https://doi.org/10.35305/prohistoria.vi38.1728>.
- . “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”. *Ariadna Histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 2 (2013), pp. 107–130.
- Grossi, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.
- Halpérin, Jean-Louis, “Exegesis (school)”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 48 (2017), 264-77. <https://doi.org/10.14482/dere.48.10148>.
- Hespanha, Antonio Manuel, “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”. *Forum. Revista del Departamento de Ciencia Política*, 3 (2012), 13-51.
- Huertas, Marta María Magdalena, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1863-1903*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.
- Leguizamón, Onésimo, y José Olegario Machado, *Instituta del Código Civil Argentino*. Buenos Aires, Librería de Igon, 1872.
- Leiva, Alberto David, “El Código civil como objeto didáctico en la Argentina de fines del siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho* 16 (1988), pp. 321-30.
- Levaggi, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, Tomo I*. Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1887.
- . *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, Tomo I*. Buenos Aires, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, 1899.

- Machado, José Olegario, *El Código Civil Argentino interpretado por los tribunales de la República*, Buenos Aires, Felix Lajouane, 1903.
- . *Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Tomo I*, Buenos Aires, Felix Lajouane, 1898.
- Parise, Agustín, “Libraries of Civil Codes as Mirrors of Normative Transfers from Europe to the Americas: The Experiences of Lorimier in Quebec (1871–1890) and Varela in Argentina (1873–1875)”. Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*. Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 315–384. <https://www.rg.mpg.de/publications/gplh-1>.
- Polotto, María Rosario, “Geografía del Código Codificación nacional y jurisdicción provincial: el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional. Argentina, mitad siglo XIX, principios del XX”, *Prohistoria. Historia, políticas de la historia*, 40 (2023), 1-29. <https://doi.org/10.35305/prohistoria.vi40.1833>.
- . “Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa. Reflexiones iushistoriográficas sobre el proceso de codificación en la Argentina (1852-1936)”, *Revista de Historia del Derecho*, 59 (2020), pp. 37-77.
- . “Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia: la casación en la Argentina (1853-1936)”, *Revista de Historia del Derecho*, 65 (2023), pp. 49-78.
- Pugliese, María Rosa, *Derecho, estado y religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2012.
- Ravignani, Emilio, ed., *Asambleas constituyentes argentinas. Seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación, tomo cuarto. 1827 - 1862*, Buenos Aires, Talleres S. A. Casa Jacobo Peuser, LTDA, 1937.
- Rosso, Matías, *Codificando el derecho desde la base. El Código Penal de la provincia de Córdoba en la génesis de la Codificación Nacional (1867-1887)*, Madrid, Dykinson, 2022.
- Rubio Correa, Marcial, “Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX, en Abelardo Levaggi (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992, pp. 155-186.
- Saez, Manuel Antonio. “Observaciones sobre algunos artículos del proyecto de Código Civil para la República Argentina”. En *Juicios críticos sobre el proyecto del Código Civil*, editado por Jorge Cabral Texo, 75-156. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920.
- Sáez, Manuel Antonio, *Observaciones críticas sobre el Código Civil, Tomo I*. Mendoza, Tip. Bazar Madrileño, 1883.
- Sanjurjo, Inés Elena, “Las ‘pequeñas relaciones de derecho’ y la justicia de paz en las colonias agrícolas de Mendoza (Argentina), 1900-1910”, *Passagens. Re-*

- vista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* 6, n.º 1 (2014), pp. 25-54.
- Seghesso de López, María Cristina, *El jurista Manuel Antonio Sáez (1834-1887). Voz crítica y pensamiento socio-jurídico sobre su tiempo*, Mendoza, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo, 2007.
- Segovia, Lisandro, *El Código civil de la República Argentina [copia de la ed. oficial íntegra] con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires: Pablo E. Coni, 1881.
- Sordi, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2020.
- Tarello, Giovanni, *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1988.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina, 1810-1870 : mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Librería Histórica - Emilio J. Perrot, 2008.
- Tau Anzoátegui, Víctor, “La “cultura del Código”. Un debate virtual entre Segovia y Sáez”, *Revista de Historia del Derecho*, 26 (1998), pp. 539-66.
- . *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Varela, Luis V., *Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, H. y M. Varela, Editores, 1873.