

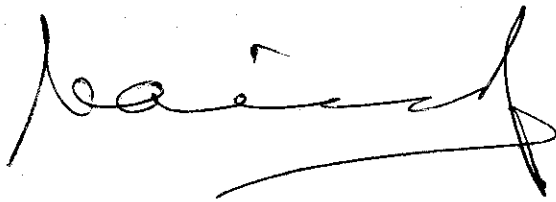
IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

XIX

Herausgegeben von DIETER SIMON  
und MICHAEL STOLLEIS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Simon', with a long horizontal stroke extending to the right and a vertical stroke at the end.

SONDERDRUCK

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1992

## Odia restringi

### Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna

#### Planteamiento

Nadie discute el significado de la codificación dentro de la historia del derecho europeo e iberoamericano. Pero todavía resulta difícil precisar dónde radica realmente su novedad. Sabemos que, no obstante la crítica al derecho anterior, los grandes códigos europeos – ALR prusiano, ABGB austríaco o los *Cinq codes* franceses – fueron obra de buenos conocedores de ese derecho, quienes se guardaron de romper con él.<sup>1</sup> Lo mismo sucede en Iberoamérica con los grandes códigos, como el civil de Chile,<sup>2</sup> de Argentina<sup>3</sup> o de Brasil.<sup>4</sup> En ellos se recoge y reformula en artículos el derecho castellano o portugués vigente al tiempo de su elaboración.<sup>5</sup> Según la vigorosa expresión de Avila Martel, a propósito del chileno „el código civil no salió de la

<sup>1</sup> ARNAUD, ANDRÉ JEAN, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París 1969. GAGNER, STEN, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und der Codex Maximilianaeus Bavaricus Civilis*, en COING, HELMUT y WILHELM, WALTER, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort 1974. WAGNER, WOLFGANG, *Die Wissenschaft des Gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, allí mismo. OGRIS, WERNER, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, allí mismo. Para esto lo que sigue WIEACKER, FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga 1952, hay trad. castellana, Madrid 1957. COING, HELMUT (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos aparecidos (en 8 vol.), Munich 1973-88.

<sup>2</sup> GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codificador*, 2 vol., Santiago 1982. BRAVO LIRA, *La codificación europea e hispanoamericana*, en *Revista de Estudio Histórico-Jurídicos* 12, Valparaíso 1987-88. NELLE, DIETRICH, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello*, Francfort 1988.

<sup>3</sup> CHANÉTON, ABEL, *Historia de Velez Sársfield*, Buenos Aires 1938. TAU ANZOÁTEGUI, VICTOR, *La codificación en Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires 1977. LEVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho* 3 vol., Buenos Aires 1986-91, 2, p. 265 ss.

<sup>4</sup> MEIRA, SILVIO BASTOS DE, *Texeira de Freitas. O jurista do império. Vida e obra*, Rio de Janeiro 1979.

<sup>5</sup> GUZMÁN, nota 2, 1, p. 135.

mente del codificador, sino que existía con anterioridad y era válido en toda América española".<sup>6</sup>

Esto confirma la sospecha de que la crítica contra el derecho anterior, que acompaña a la codificación, tiene en todas partes mucho de tópico. Se remonta incluso literalmente a las expresiones de Justiniano, cuando hace elaborar el *corpus iuris civilis*. Por otra parte, pasado más de un siglo y medio de la codificación, esta crítica podría aplicarse en la actualidad casi literalmente al propio derecho codificado. Después de todo, la multitud de las leyes, sus obscuridades, imperfecciones y vicios, la proliferación de comentarios y opiniones terminan hogaño como antaño en la incertidumbre y la seguridad de los ciudadanos. La principal diferencia parece estar en que, antes de la codificación ellas se atribuían al arbitrio de los jueces y hoy hay que atribuir las a la arbitrariedad de los gobernantes, a los abusos de orden legislativo o administrativo.

En todo caso, es claro que la reacción contra los defectos reales o supuestos del derecho vigente no basta por sí sola para dar razón de la codificación. Hay que ir más allá de las quejas y buscar los factores positivos que la impulsaron.

Uno de ellos es la afirmación del derecho nacional frente al Derecho Común. Desde hace algunos años la investigación apunta en esta dirección.<sup>7</sup>

Bajo esta luz la codificación cobra un sentido nuevo. Sus aspiraciones van más allá de cambiar el derecho anterior, apuntan a cambiar nada menos que el papel que en ese derecho jugaba hasta entonces el juez.

Al respecto, nada es tan ilustrativo como las reglas del derecho. A diferencia de las leyes, que regulan actividades de la población en general, estas reglas regulan las actuaciones del juez como tal. Están dirigidas a él. No son propiamente normas, sino más bien, puntos de partida para discernir en cada caso lo justo de lo injusto.

Entre ellas hay una que por su significación sobresale respecto de las demás. Es la que nos interesa aquí, la regla *odia restringi, favores convenit ampliari*. Por más de medio milenio ocupó un sitio de privilegio en la vida jurídica de Europa, primero y, luego también, en la de Iberoamérica. Juristas y jueces echaron mano de ella para solucionar el más primario de los problemas jurídicos, el de determinar el derecho que corresponde aplicar.

<sup>6</sup> AVILA MARTEL, ALAMIRO DE, La Enseñanza del derecho romano en Chile (desde sus orígenes hasta el siglo XIX) en Romanitas, Rio de Janeiro 1971, p. 99, nota 31.

<sup>7</sup> Ver nota 1.

Hasta la codificación era ésta, tal vez, la cuestión más delicada y apremiante que podía presentarse al juez. De hecho se planteaba a cada paso, pues el derecho vigente era todo menos una masa homogénea y compacta. Antes bien, descansaba sobre un dualismo: Derecho Común y derechos propios. Competía al juez articularlos entre sí.

No era ésta tarea fácil, debido a la extrema disparidad de uno y otro elemento. Por un lado el Derecho Común era un derecho de juristas, como tal, alimentado por una corriente viva de opiniones autorizadas. Su cultivo se hacía por los juristas y en las universidades, a partir de dos grandes veneros, el derecho romano y el derecho canónico, que constituían el *utrumque ius*. En contraste, los derechos propios eran múltiples y eminentemente varios. Constituían un conjunto muy abigarrado y dispar, generalmente consuetudinario, vigente en cada reino, país o región.

Las bases para compaginar la vigencia del Derecho Común con los derechos propios se sentaron en la baja Edad Media. Se reconoció al primero una primacía que no excluía la aplicación de los otros derechos. Dicha superioridad se manifiesta, principalmente, de dos maneras. Por una parte, el Derecho Común es como el marco general dentro del cual debe encuadrarse la vigencia de los derechos propios. Lo que expresa de una manera muy precisa la regla *odia restringi*. Conforme a ella, el derecho propio debe aplicarse del modo menos odioso, entendiendo por tal, el que menos lesiona al Derecho Común. Por otra parte, donde no hay derecho propio se retorna al Derecho Común, lo cual significa que éste tiene un papel supletorio y se acude a él cada vez que es necesario llenar los vacíos u obscuridades y contradicciones del derecho propio.

Bajo este signo se inicia la Edad Moderna y la difusión del derecho castellano y portugués en América y Filipinas. Pero por esta época el derecho real comienza a consolidar su primacía dentro del derecho propio. Relega a un segundo plano a los usos de la tierra, a los derechos municipales y demás. Se convierte así en el principal exponente del derecho propio y, *pars pro toto*, en sinónimo de él. Ahora se habla cada vez más derecho real y se lo califica de derecho patrio o nacional, expresiones que desplazan a la de derecho propio. En otras palabras, la polaridad Derecho Común – derecho propio deja paso a una tensión derecho nacional – Derecho Común.

Este ascenso de los derechos nacionales es la tónica de la Edad Moderna. No se refiere sólo a su avance entre los otros derechos propios. Se extiende, asimismo, a su afirmación frente al Derecho Común. El síntoma más claro de ello es que la regla *odia restringi* deje de ser indudada y se convierte en materia de disputa. Se inicia así su declina-

ción, que es paralela y, en cierto modo, reflejo del reflujo del Derecho Común frente al derecho nacional.

La codificación se inscribe dentro de este contexto. Es un paso más dentro del ascenso del derecho nacional. Pone fin al juego multiseccular entre el Derecho Común y los diversos derechos nacionales. Rompe toda vinculación entre ellos y transforma a cada derecho nacional en un todo, en cierto modo autosuficiente.

Al ser codificado, éste puede, por fin desligarse del Derecho Común. Se resuelve así el dualismo jurídico medieval en favor del derecho nacional codificado, de suerte que este se convierte, por ende, en un derecho propio absoluto. El Derecho Común subsiste o bien dentro de los códigos, recogido en su texto, o bien como supletorio de éste. A este papel integrador se refiere expresamente la mayoría de los códigos. En cambio, ninguno de ellos en Europa e Iberoamérica menciona la regla *odia restringi*. Ni siquiera para abolirla. La excepción es el *Código Civil* de Chile, que en su artículo 23 expresamente la proscribiera.

Sin embargo, los códigos no bastan por sí solos para desvincular el derecho nacional del Común. Esta disociación solo se consuma efectivamente desde que los jueces abandonan su inveterada práctica de condicionar la aplicación del derecho nacional al Derecho Común. Este cambio de mentalidad no fue fácil ni se verificó de golpe. Sólo cuando se completa en un país, puede decirse que el derecho nacional codificado se sobrepone al Común y, en consecuencia muere la regla *odia restringi*. Pierde todo sentido, cae en desuso y en el olvido. Así, sin pena ni gloria, termina su carrera esta regla otrora tan indiscutible como indiscutida.

En contraste con los estudios relativos al Derecho Común como integrador del derecho codificado, el eclipse de esta regla no ha recibido hasta ahora la atención que merece. Ha pasado inadvertido, a pesar de que constituye un hito decisivo dentro de esta larga lucha que se libra en los países de Derecho Común de Europa continental e Iberoamérica por hacer prevalecer sus derechos nacionales.

El presente trabajo intenta evocar las principales alternativas de esta pugna que se prolonga, a lo largo de toda la Edad Moderna. Lo que permite enfocar la codificación bajo una nueva luz: bajo el prisma judicial más bien que el legal.

Al efecto, se aborda aquí una de las dos grandes vías a través de las cuales hizo sentir su primacía el Derecho Común, que es un derecho de juristas, a saber, su papel moderador de la aplicación de los derechos nacionales. De la otra vía, es decir, de su papel integrador de los mismos

derechos nacionales hemos tratado en aparte.<sup>8</sup> La codificación hizo posible un cambio decisivo en ambos aspectos. Aquí, parece radicar su verdadero sentido y alcance, más bien que en innovaciones introducidas por los textos mismos en el derecho anterior. Su mayor novedad según todos los indicios está en este terreno judicial, más bien que en el legal.

La exposición consta de tres partes que corresponden a los grandes momentos de la regla *odia restringi* en la Edad Moderna: auge, declinación y extinción.

### I. Auge de la regla *odia restringi*

Según es sabido, la regla en cuestión es de origen canónico y tuvo vigencia europea hasta el Descubrimiento de América, a partir del cual se extendió a Hispanoamérica y a Filipinas. Viene del Libro V de las *Decretales*, promulgado por Bonifacio VIII en 1298.<sup>9</sup> A través de las universidades se divulgó en toda Europa y luego también en Iberoamérica hasta pasar a constituir patrimonio común de los juristas formados en las facultades de Derecho.<sup>10</sup>

En Castilla y Portugal esta regla gozó de una autoridad indiscutida. Lo mismo sucedió en América hispana y en Filipinas. Así lo muestra el

<sup>8</sup> BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Judex, Minister aequitatis*. La integración del derecho antes y después de la codificación, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 61, Madrid 1991.

<sup>9</sup> *Decretalium Liber Sextus* 5, 5, 13: „*Odia restringi et favores convenit ampliari*“.

<sup>10</sup> STEIN, PETER, *The formation of the Glosse De Regulis iuris: and the glossators concept of regula*, en *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, Milán 1963. EL MISMO, *Regulae iuris*. From juristic rules to legal maxims, Edimburgo 1966. ARIAS BONET, JUAN ANTONIO, *Las reglas del derecho en la séptima Partida*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48, Madrid 1978. GONZÁLEZ, MARIÁ DEL REFUGIO, *Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX*, en *Anuario Jurídico* 11, México 1984. DUEÑAS, PETRUS, *Regulorum iuris utriusque*, Salamanca 1554. SOCINI et al. *Regulae iuris tam civilis quam canonici*, Lyon 1565. AZONIS et al. *Regularum im utriusque iuris tam civilis quam pontifici*, 2 vol., Lyon 1587. Obras clásicas sobre la materia son la de BRONHORST, EVER, *Comentarios al título del Digesto De regulis iuris*, Leyden 1624 y las de PEDROSA Y MENESES, FERNANDO, *Repetita praelectio ad titulum pandectarum de diversis regulis iuris*, Salamanca 1665 y *Academica expositio ad titulum de regulis iuris, ex libro Sexto Decretalium*, Salamanca 1666. BARBOSA, AGUSTIN, *Tractatus varii, quorum I. De Axiomatibus iuris usu frequentioribus*, Lyon 1678. REIFFENSTUEL, ANACLETUS, *Ius canonicum universum seu tractatus de regulae iuris*, Venecia 1735. Obras epigonales que influyen sobre la codificación: GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Reglas del Derecho Romano*, Madrid 1841. SANZ, PEDRO, *Manual de las Reglas del Derecho*, Madrid 1843. MACKELDEY, FERDINAND, *Elementos de Derecho Romano*, 2 vol., Madrid 1844, 2 *Manual de las Reglas*. FLEURY, CLAUDE, *Institutions du droit cap. 4*, 1665, publicadas en París solo en 1858. MARFÁ, JUAN DE, *Vademecum de diversis regulis iuris civilis et canonici*, Barcelona 1889. Sobre la regla en cuestión, últimamente DOLEZALEK, GERO, *Odia restringere*. Taak en toekomst der geschiedenis van het canonick recht, Nimega 1986.

testimonio de un sinnúmero de autores, entre los que descuellan, en el siglo XVI un Antonio Gómez (150?-62)<sup>11</sup> o en el XVII un Fernando Pedrosa y Meneses (16?-168?), catedrático de Salamanca y racionero de Santa Fe de Bogotá, autor de varias obras sobre las reglas del derecho.<sup>12</sup>

Estas reglas tenían entonces un relieve que a nosotros, habituados a un derecho legislado, a veces nos cuesta comprender. El derecho castellano o portugués, lo mismo que el indiano, se generaban simultáneamente por múltiples fuentes consuetudinarias, jurisprudenciales y legales. Por otra parte, daban ancha cabida al arbitrio judicial. Por tanto, el papel del juez estaba lejos de reducirse a subsumir los casos particulares, sometidos a su decisión, bajo una ley general. Antes bien, el juez se veía abocado a buscar por sí mismo la solución de cada caso, dentro de las diversas fuentes del derecho. Lo que, en la práctica, muy frecuentemente significaba acudir a otras fuentes que las leyes, ya que entonces éstas solían tener un alcance sumamente concreto y restringido.

En estas condiciones las reglas del derecho, del *Digesto* y de la *Decretales* y las recogidas en las *Partidas*, eran un instrumento precioso para jueces y jurisconsultos. Ninguno podía pensar en prescindir de ellas. Sin su guía les habría resultado del todo imposible manejarse dentro del vasto campo de las opiniones de los juristas, las costumbres locales y generales, las leyes locales, territoriales y reales.<sup>13</sup>

Los juristas del barroco califican de buena gana este conjunto como laberinto y los ilustrados, más críticamente, de piélago, océano, intrincando laberinto. Todas estas expresiones se siguen oyendo hasta la época de la codificación.<sup>14</sup>

No obstante, el contraste entre estas dos maneras de apreciar el cúmulo de fuentes es muy revelador. Reflejan un cambio de actitud que se produce en el siglo XVIII. La misma regla *odia restringi* de la que los juristas del siglo XVI y XVII habían hecho uno de los pilares del juego entre lo que ellos llamaban la teórica y la práctica del derecho, se convierte en blanco de toda suerte de críticas por parte de los juristas ilustrados del siglo XVIII.

## II. Declinación de la regla *odia restringi*

En el siglo XVIII en toda Europa se da con insistencia al derecho vigente los calificativos de patrio y nacional.<sup>15</sup> Al mismo tiempo se rechaza, también con insistencia, esa primacía reconocida al Derecho Común – al que se comienza a mirar como extraño – sobre el derecho nacional. Todo

<sup>11</sup> GOMEZII, ANTONIUS, *Ad Leges Taurii, Commentarium absolutissimum*, Salamanca 1555. BRAVO LIRA, BERNARDINO, *El Derecho Común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Baroco en América y Filipinas*, en *Ius Commune* 15 (1988), ahora en *EL MISMO*, *Derecho Común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989.

<sup>12</sup> PEDROSA Y MENESES, nota 10. BRAVO LIRA, nota 11.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, nota 10, BRAVO LIRA, nota 2.

<sup>14</sup> GUZMÁN, nota 2, esp. 1. pp. 134 ss.

<sup>15</sup> DOMAT, JEAN, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París 1689-94. Cito, ed. París 1777, livre préliminaire 1, 2, 14-15.

<sup>16</sup> LUIG, KLAUS, *Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* 3 (1970). *EL MISMO*, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Florencia 1977*. BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Derecho Patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10, Santiago, 1984, ahora en su *Derecho Común*, nota 11.

lo cual se refleja en la crítica de la regla *odia restringi*, tal como era entendida hasta entonces.

Ya en 1715 el práctico Tomás Martínez Galindo en su *Phoenix iurisprudentiae* denuncia, por medio de ejemplos concretos, cómo en virtud de esta regla se limita, restringe y estrecha el alcance de las leyes reales, en beneficio del Derecho Común.<sup>17</sup>

Al mediar el siglo este reproche se convierte en clamor. Fernández de Mesa se ocupa en su *Arte histórica* de 1747, „de la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España y de interpretar aquél por éste y por su propio origen“. Se alza contra el sentir dominante, representado, según el mismo señala, por autores como Marcos de Paz, Covarrubias o Antonio Gómez, que sostienen, con este último, que „todas (las leyes reales) se debe interpretar y reducir al Derecho romano, como verdadera fuente de todas“.<sup>18</sup>

Poco a poco cobra fuerza el anhelo de desligar, el derecho patrio o nacional del Común. Para Mora y Jaraba (1716–48) este es un punto fundamental. En su *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, dice que los autores prácticos incurren en un doble error. Comienzan por „mirar con el carácter de verdaderas leyes a las romanas“. Por consiguiente, „cuando los autores prácticos comentan las leyes del reino, les dan sentidos extraños y violentos para que no se opongán a las civiles“,<sup>19</sup> vale decir, a las romanas.

Para este autor, tal abuso deriva de la aplicación de la regla *odia restringi*. Según se ve claramente en obras como los comentarios a las Leyes de Toro de Antonio Gómez, „en llegando – este jurisperito – a las leyes reales que derogan expresamente alguna máxima del Derecho Civil, de tal modo las comenta y tales tornillos les da para conciliarlas con el Derecho Común, con que vienen a quedar acordes y como si no tuviesen ninguna decisión.“<sup>20</sup>

Mora y Jaraba insiste en que todo esto lo hace „fundado el Gómez y los demás en el axioma de que la derogación de la Leyes (romanas) es odiosa y debe evitarse hasta impropriarse voces y cláusulas de la ley, a fin de conciliarlas“. Por este camino, concluye nuestro autor, „respetando como verdaderas leyes romanas no hay ficción ni sentido extravagante

<sup>17</sup> MARTÍNEZ GALINDO, TOMÁS, *Phoenix Jurisprudentiae Hispanicae*, Sevilla 1715.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DE MESA, THOMÁS MANUEL, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos nacional y romano en España*, Valencia 1747.

<sup>19</sup> MORA Y JARABA, PABLO, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid 1748, p. 217.

<sup>20</sup> Id., p. 218.

que no se busque para dejar inútiles nuestras leyes y con toda su fuerza al Derecho Civil“.<sup>21</sup>

Para cortar de raíz este abuso, reclama Mora y Jaraba que „entiendan, pues, todos los profesores que las leyes romanas no son leyes para nosotros, que no tienen más representación que las opiniones de aquellos autores sabios que no supieron cosa de nuestro gobierno“.<sup>22</sup> Esta última frase es reveladora. Era cosa muy sabida que en Castilla el derecho romano no regía *ratione imperii* sino *imperio rationis*, vale decir, como sentencias de sabios.<sup>23</sup> En cambio, la puntualización de que los romanos mal podían ser sabios respecto al gobierno de los pueblos modernos, nos pone delante del sentido crítico de la Ilustración. Anticipa la ley portuguesa la boa razão de 1769 y el plan de Estudios de la Universidad de Coimbra de 1772.<sup>24</sup>

En conclusión, sostiene Mora y Jaraba que no han de tomarse en cuenta las leyes romanas para interpretar las reales: „así como para comentar y entender las leyes reales, no entran en consideración, ni sirven de embarazo, ni restringen ni amplian los sentidos, las opiniones de otros autores extranjeros, por sabios y doctos que sean; del mismo modo no se ha de hacer aprecio de las leyes romanas para limitar y violentar la generalidad de las nuestras“.<sup>25</sup>

Esta afirmación del derecho nacional frente al Común da un nuevo paso con Juan Francisco de Castro (1731–90). En sus *Discursos críticos* supera la postura negativa del rechazo al Derecho Común. Reconoce el peso de la regla *odia restringi*: „De cualquier modo que sientan los doctores sobre la autoridad del Derecho romano, siempre ocupan la mayor parte de sus escritos en exponerle, cotejando con él las leyes reales, acomodándolas al sistema del Derecho Común (que así llaman al romano) interpretándolas y restringiéndolas, para que, en cuanto sea dable, menos le deroguen.“<sup>26</sup> Al respecto se remite a los ejemplos propuestos

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> Id. Lo mismo, p. 222.

<sup>23</sup> GUZMÁN, ALEJANDRO, *Ratio scripta*, Francfort 1981.

<sup>24</sup> Ley de 18 de agosto de 1769, denominada per CORREIA TRELES, JOSÉ HOMEM en su *Commentario crítico*, Lisboa 1824, „da boa razão, porque refugou as Leis Romanas, que em boa razão nao foren fundadas“. MONCADA, LUIS CABRAL DE, O'Século XVIII na legislação de Pombal, en *Revista da Faculdade de Direito* 1, Coimbra 1948. SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DE, *História do Direito Português*, Lisboa 1971. CRUZ, GUILHERME BRAGA DA, O *Direito subsidiario na historia do direito português*, Coimbra 1975. ALBUQUERQUE RUI Y MARTIM, *História das Instituições do Direito Português*, 2 vol., publicados, Lisboa 1981–82.

<sup>25</sup> MORA Y JARABA, nota 19, p. 218–19.

<sup>26</sup> CASTRO, JUAN FRANCISCO DE, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid 1765, Cito nueva ed., 2 vol., Madrid 1829, 1 p. 64.

medio siglo antes por Galindo. Pero no se queda en lamentar esta primacía de que goza el Derecho Común. Aboga positivamente por la „formación de un cuerpo metódico de derecho español“,<sup>27</sup> es decir, de un código, aunque no se emplee este término. Tal es, a su juicio, el único medio de hacer prevalecer el derecho patrio o nacional sobre el Común.

Con ello plantea la codificación en los términos en que ella afectivamente se realizó a partir de los años 1820 en los países de derecho castellano y portugués.

### III. Extinción de la regla *odia restringi*

Estos *Discursos* de Castro tuvieron mayor repercusión que la obra de Mora y Jaraba en la codificación en el área jurídica castellano portuguesa.<sup>28</sup> Contribuyeron a la unidad de sus propósitos centrales, ante todo el que él asigna al cuerpo del derecho nacional. Los códigos son cabalmente esos cuerpos de derecho patrio que él reclama y con ellos se pretende, como el mismo propone, romper la dependencia en que el derecho nacional se encontraba frente al Común.

Ningún código lo expresa más claramente que el civil chileno. Es el único que excluye expresamente la regla *odia restringi*. En su título preliminar, que tiene valor general para todo el derecho chileno, proclama que éste no reconoce a ningún otro por encima de él, esto es, su plena autonomía y autosuficiencia frente al Derecho Común. Concretamente, en su artículo 23, rechaza la regla que nos ocupa: „Lo favorable u odioso de una disposición no se tomarán en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.“ Y añade: „La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.“<sup>29</sup>

El código da cumplimiento así, del modo más tajante y oficial, al gran anhelo de la jurisprudencia ilustrada. Proclama la desvinculación completa del derecho patrio o nacional respecto del Derecho Común. Pone fin de esta manera una interacción varias veces centenaria entre ambos. Puede hacerlo, porque en sus artículos ha recogido el derecho civil castellano en un solo cuerpo, metódico y, en princi-

<sup>27</sup> Id. p. 65.

<sup>28</sup> TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los Discursos críticos de Juan Francisco de Castro, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 5, Valparaíso 1980.

<sup>29</sup> Código Civil, art. 23, Santiago 1855, numerosas ediciones posteriores.

pio, autosuficiente. Es decir, ha cumplido esa condición que, casi un siglo antes, había reconocido Juan Francisco de Castro como indispensable para que el derecho patrio pudiera sustraerse a la tutela del Derecho Común.

El propósito de desligar al derecho patrio del Derecho Común es una de las constantes de la codificación en Europa continental e Iberoamérica. No obstante, ninguno de los grandes códigos iusnaturalistas se refirió directamente a la regla en cuestión. No lo hizo el ALR prusiano ni el ABGB austríaco. Tampoco, el *Code Civil* francés. Lo mismo ocurre en los otros códigos del derecho castellano, anteriores al chileno: los de Oaxaca (1827-29), Bolivia (1831), Costa Rica (1841) y Perú (1852).

El ALR tiene valor subsidiario frente a los derechos provinciales vigentes. Pero aspira a substituir „al derecho romano, al derecho germánico común y otros derechos y leyes tomadas del extranjero y vigentes en Prusia como subsidiarias“.<sup>30</sup> En cambio, la ley de 30 del ventoso del año XII (1803) abroga los derechos anteriores en las materias reguladas por el código „incluidas las leyes romanas, las ordenanzas, el derecho consuetudinario (coutumes), los estatutos y los reglamentos“.<sup>31</sup> A su vez, la ordenanza promulgatoria del ABGB declara „abrogado el derecho común seguido hasta ahora [...] así como el derecho consuetudinario en lo tocante a los objetos regulados por el presente código“.<sup>32</sup>

Ya hemos dicho que los primeros códigos de derecho castellano se dictaron en Iberoamérica. Todos tienen un título preliminar, pero ni allí ni en otra parte tratan del tema. Ni siquiera mencionan la regla *odia restringi*.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794, Ley promulgatoria, art. 1, traducción de Verlanga y Muñiz en su versión castellana, Madrid 1842 de la obra de SAINT-JOSEPH, ANTOINE, Concordance entre les codes civils et le Code de Napoleon, 4 vol., Paris 1840.

<sup>31</sup> Ley de 30 del ventoso del año pp. 82 ss.

<sup>32</sup> Ordenanzas promulgatoria del ABGB art. 4, traducción de ROMERO GIRÓN, VICENTE y GARCÍA NORENO, ALEJO, en Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos, Madrid 1892, 9 pp. 82 ss.

<sup>33</sup> Código civil para el gobierno del Estado libre de Oajaca, 3 vols, Oajaca 1828-29, hay reedición en Ortiz-Urquidí, Raúl, Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana, México 1974. Código civil de Bolivia, La Paz de Ayacucho 1831, numerosas ediciones posteriores. Código general de la República de Costa Rica, primera parte, civil (1841), hay otra edición, Nueva York 1858, Código civil del Perú, Lima 1852, numerosas ediciones posteriores.

De su lado, en el proyecto chileno de 1853 se señala como fuente el *codigo de Luisiana*.<sup>34</sup> De éste, como se sabe, hay diversas versiones. La segunda de 1829, en su art. 20 dice: „La distinción de las leyes en leyes odiosas y leyes favorables, con vistas restringir o de extender sus disposiciones, no puede ser hecha por los que están encargados de interpretarla“. <sup>35</sup> El propio Livingston (1764–1836), redactor de este cuerpo legal, ha señalado su origen. Se remite a *Les lois civiles* de Domat, quien como vimos, coincide con los autores españoles y, en general, europeos, en reconocer la primacía del Derecho Común. La nota de Livingston no invoca un fundamento para el artículo, sino, por el contrario, señala simplemente el concepto que pretende eliminar.

De todos modos, es claro que los dos artículos difieren. Bello (1781–1865), el redactor del código de Chile, no se limitó a excluir la regla *odia restringi*, como lo hizo Livingston. Además, reemplazó esa regla por otra positiva, que apela al sentido de la ley y a las otras reglas de interpretación, siempre dentro del derecho nacional y sin volver a remitirse al Derecho Común.

En este sentido, puede decirse que el Código Civil de Chile rindió un involuntario homenaje a la regla *odia restringi*, en el momento en que ella terminaba su carrera. En lugar de dejarla caer simplemente en desuso, como lo demás códigos, o de declarar oficialmente su abolición, como el de la Luisiana, se preocupó de darle los más solemnes funerales.

En todo caso, la solemnidad con que muere esta regla es lo de menos. Lo que cuenta es el hecho mismo. El nuevo avance que ella comporta hacia una disociación completa entre los derechos nacionales y el Derecho Común.

En adelante las leyes patrias no pueden ser consideradas odiosas. Es decir, pasan a valer por sí mismas, si ninguna referencia ulterior. Se convierten en la piedra angular de un derecho nacional, que por lo mismo, se transforma en un derecho propio absoluto.

De esta forma, en el siglo XIX y en Iberoamérica llega a su término la larga historia, iniciada en Europa siete siglos antes. El engarce entre Derecho Común y derecho propio se rompe definitivamente. Comienza entonces otra etapa en que todavía vivimos, la de un derecho propio absoluto, es decir, desligado del Derecho Común.

Dentro de esta historia, la suerte de la regla *odia restringi* es indisociable de la el Derecho Común. Por espacio de cuatro siglos, mientras este derecho estuvo en auge, su vigencia fue indiscutida. Luego, los tiempos cambiaron y se produjo el reflujo del Derecho Común ante la presión de los derechos nacionales. Entonces esta regla fue rechazada, cada vez con mayor decisión, hasta que en América dos códigos le asestaron un golpe de gracia, primero el de la Luisiana y luego, el de Chile.

<sup>34</sup> Proyecto de Código Civil, 3 vol., Santiago 1853, reeditado en BELLO, ANDRÉS, Obras completas, 15 vol., Santiago 1881–93, vol. 12, reimpresas 9 vol., Santiago 1930–31, vol. 4.

<sup>35</sup> Código de Luisiana (1829), Agradezco al profesor Dr. Alejandro Guzmán esta referencia.