

DERECHO PATRIO O NACIONAL EN ESPAÑA, PORTUGAL E HISPANOAMERICA DURANTE EL SIGLO XVIII Y PRIMERA MITAD DEL XIX

por

Bernardino Bravo Lira

Sabido es que en el curso del siglo XVIII se produce una afirmación del derecho castellano y del portugués frente al derecho romano, que culmina en el siglo XIX con la codificación.¹

Dentro de este contexto cobran una significación, en cierto modo nueva, determinadas expresiones tales como *leyes reales* o *leis do regno*, *leyes patrias* o *leis patrias*, *derecho nacional* o *direito nacional* y *derecho español* y, en menor medida, su equivalente, *direito português*.

La presente nota tiene por objeto determinar el sentido que esas denominaciones y otras análogas tuvieron en el siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX. Interesa precisar aquí el significado histórico de esas expresiones, principalmente por razones historiográficas: para determinar la denominación que mejor conviene al derecho castellano y al portugués de esa época.

I

En el siglo XVIII y primera mitad del XIX se halla atestiguado el uso de varias denominaciones para designar el derecho castellano o el derecho portugués. Sin intentar una clasificación, cabe distinguir cuatro grupos, según su elemento fundamental.

Por una parte, están las expresiones tradicionales que giran en torno al elemento "real": el derecho unitario de vigencia general en el reino es el derecho del rey. Entre las denominaciones constituidas sobre esta base se encuentran las de "derecho real", "Hispaniae regias constitutiones",² "derecho real de Castilla" y a veces "de Castilla e Indias", "derecho real de España" o la de "leyes del reino". Hay expresiones similares para el derecho portugués, como "leis do Regno", "ius regium".

Por otra parte nos encontramos con apelativos que se relacionan con el elemento España o Portugal. Detrás del primero se esboza una intención de sobreponer el derecho castellano a los demás españoles, a los cuales se mira como meros derechos forales. A este grupo pertenecen "leyes de España", "legislación de España", "legislación española", "ju-

¹ Ultimamente, BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en: *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 7, Valparaíso 1982, p. 71, esp. p. 72 ss.

² ACEVEDO, ALFONSO DE, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, 6 vol., Salamanca 1597-98.

risprudencia española” y, por supuesto, “derecho español”. Equivalentes de estas expresiones son “*ius lusitanus*”, “*direito português*”.

En tercer lugar, están las denominaciones que se apoyan sobre el elemento “patrio”. Se habla así con bastante frecuencia de “leyes patrias” y de “derecho patrio” o en el área jurídica portuguesa, de “*leis pátrias*”, “*legislação pátria*”, “*patrium ius*” y “*direito patrio*”.

Finalmente, tenemos las expresiones asociadas al elemento “nación”. Aquí se incluyen apelativos como “derecho nacional” o “leyes nacionales” y también, “código nacional” o incluso, “código legislativo de la nación española”, que contiene al mismo tiempo el elemento “español”. Denominaciones equivalentes de las anteriores son las de: “*direito nacional*” o leyes “conforme ao espirito nacional”.³

II

La expresión derecho real es muy antigua en Castilla y Portugal. Se la empleaba en el siglo XVI como lo muestran las *Ordenações Manuelinas* de 1521.⁴ Allí se reafirma la primacía de las leyes del reino sobre las imperiales. Además, desde el siglo XVI hasta el XIX una serie ininterrumpida de autores reconocía que el derecho real era el derecho común en Portugal, con palabras de Alvaro Vaz Valasco: “*ius regium ordinatum, censetur ius commune apud nos*”.⁵

En Castilla, Gregorio López en su célebre glosa de las Siete Partidas habla de “*leges regni*”⁶ y Martínez de Olano, contrapone el derecho civil, es decir, el romano, con el real de España.⁷

Este mismo problema, de hacer prevalecer el derecho real frente al romano, se aborda en el Consejo de Castilla en 1713. El fiscal Macanaz expuso lo que sucedía con las leyes reales:

“Porque en las Universidades de estos Reinos se atiende sólo a enseñar el Derecho Común de los romanos y, habiéndose en otros tiempos leído en ellas las leyes de nuestros reinos, se ven ahora con desprecio...”.⁸

³ Ley de 18 de agosto de 1769, llamada da *boa razão*, parágrafo 10.

⁴ *Ordenações Manuelinas* de 1521, libro II, tit. V, contrapone lei do Reino con derecho canónico y romano: “E quando o caso de que se trahta nom for determinado por Ley, Estilo o Costume do Reyno, mandamos seja julgado, sendo materia que tragua pecado, por os Santos canones; e sendo materia que nom tragua pecado, mandamos que seja julgado por las Leys Imperiales, as quaes Leys Imperiales mandamos soamente guardar po la boa razon em que sam fundadas”. Braga da Cruz, Gilhuerm, “O direito subsidiario na historia do direito portugueses” en *Revista Portuguesa de Historia* 14, Coimbra 1975, p. 245, nota 69.

⁵ VAZ (VALASCO), ALVARO (1526-93), *Decisionum consultationum ac rerum iudicatarum in regno Lusitania*, libri duo, 2 vol., Lisboa 1588 y 1601, II cons. CIII, número 8.

⁶ LOPEZ, GREGORIO (1496-1560), *Las Siete Partidas del sabio rey Alfonso el Nono nuevamente glosadas por...*, Salamanca 1555, glosa a 1, 1, 5.

⁷ MARTINEZ DE OLANO, JUAN, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris commune ac regii Hispaniarum...* Burgos 1575.

⁸ MACANAZ, MELCHOR, *Informe sobre que se enseñen y lean en las Universidades las leyes del Reino de 27 de noviembre de 1713*, en Aguilar Pinae F., *Los comienzos de la crisis universitaria en España*, Madrid 1967, pp. 167 ss.

Por su parte el Consejo decidió, en primer término, recordar lo que en Castilla estaba prescrito sobre el derecho romano:

“Las (leyes) Cíviles (romanas) no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en cuanto se ayudan por el Derecho Natural y confirman el Real, que propiamente es el Derecho Común y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demás extrañas no deben ser usadas ni guardadas”.

En consecuencia, concluyó:

“Ha acordado el Consejo encargar mucho a las Cancillerías y Audiencias y a los demás Tribunales de estos reinos el cuidado de observar las leyes patrias con exactitud”.⁹

Entre la exposición del fiscal y el auto acordado del Consejo hay notables diferencias.

Macanaz habla de *leyes reales* para designar, en general, al derecho castellano y contraponerlo al romano. Pero llama a este último derecho común de los romanos, es decir, lo reconoce como derecho común.

De su lado el Consejo emplea las expresiones *derecho real* y *leyes patrias*, como sinónimas para referirse en general al derecho castellano y contraponerlo al romano y demás extranjeros. Es decir, incluye al derecho romano entre los derechos extraños, de acuerdo a lo preceptuado por las leyes de Castilla, desde el Fuero Juzgo. Además, niega que el derecho romano sea derecho común en Castilla, pues allí sólo tiene tal carácter el derecho real.

Es sabido que este auto acordado no tuvo mayor efecto. Así lo reconoce, por lo demás, otro auto acordado en 1741, en el que se adoptan nuevas medidas para introducir el estudio del derecho castellano en las universidades, esta vez por la vía de explicación complementaria en las cátedras de derecho romano y canónico. El auto acordado comienza por resumir la situación existente:

“En diferentes tiempos, y en especial desde el año 1713, se ha tratado así por órdenes de Su Majestad como del Consejo, en razón de que en las Escuelas de las Universidades mayores de España y también en las menores, en lugar del derecho de los romanos, se restableciese la lectura y explicación de las *leyes reales*, asignando cátedras en que precisamente se hubiere de dictar el *Derecho Patrio*, pues por él y no por el romano deben substanciar y juzgarse los pleitos”.

Por tanto, se acuerda que en las mismas cátedras de derecho romano y canónico se explique también, simultáneamente, el derecho real:

“Considerando el Consejo la suma utilidad que producirá a la juventud aplicada al estudio de los cánones y leyes se dicte y explique también sin faltar al Estatuto y asignación en sus cátedras los que la regentaren, el *derecho real*, exponiendo las *leyes patrias*. . . ha resuelto ahora que los catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las *leyes del reino*, correspondientes a la materia que explicaren”.¹⁰

⁹ Consejo de Castilla, *auto acordado* Madrid 4 diciembre 1713, Autos acordados 1, 1, 1.

¹⁰ Consejo de Castilla, *auto acordado* Madrid 20 mayo 1746, Autos acordados 1, 1, 2.

Aquí se encuentran de nuevo las mismas expresiones del auto acordado de 1713 para designar al derecho castellano. Se lo llama indistintamente derecho real o leyes patrias. Pero, además, se lo denomina derecho patrio.

Esta es la manera usual de designar al derecho castellano en esta época, no sólo en la legislación, sino también entre los autores.

También en Portugal se emplean durante el siglo XVIII expresiones fundadas en el elemento patrio.

La conocida lei da *boa razão* de 18 de agosto de 1769, fijó las reglas sobre integración de las lagunas de la legislación y prescribió las fuentes subsidiarias a que era lícito acudir en tales casos.

Esta ley debe examinarse en conjunto con otros dos documentos complementarios, ambos de 1772, el *Compendio histórico do estado da Universidade de Coimbra* y los *Estatutos da Universidade de Coimbra*.¹¹ En los tres textos se emplea reiteradamente la expresión "*leis patrias*" para referirse al derecho portugués.

La misma denominación aparece en la nueva cátedra fundada en 1772, de *direito patrio*.¹²

De ella fue titular Pascoal de Melo Freire (1738-98), autor de una trilogía en la que emplea el equivalente latino de derecho portugués. Esa trilogía está compuesta por la *Historia iuris civilis Lusitani*, aparecida en 1788, las *Institutiones iuris civilis Lusitani*, impresas en Lisboa en 1789-93 y las *Institutionum iuris criminalis Lusitani*, donde emplea la expresión *criminali patri iure*, derecho criminal patrio, publicadas en 1794.¹³

La segunda obra puede decirse que es el equivalente portugués de las *Institutiones del Derecho civil de Castilla* de Asso y de De Manuel.¹⁴ Como ellas, fueron usadas en la universidad y también al igual que ellas fueron prescritas en 1805 como texto para la cátedra de derecho patrio. Sobre esta materia publicó Coelho de Sousa unas *Preleções de Direito Patrio* en 1793.¹⁵

En cuanto a las expresiones derecho español y derecho nacional o sus similares portugueses, son también frecuentes entre los autores del siglo XVIII.

De derecho español habla, por ejemplo, Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) en su carta a José Berní y Catalá (1712-1787) de 7 de ene-

¹¹ CABRAL DE MONCADA, LUIS, *O século XVIII na legislação de Pombal en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 9, Coimbra 1926, ahora. El mismo, *Estudos de historia do Direito* I, Coimbra 1948, p. 83 ss. Braga da Cruz, Guilherme, nota 4.

¹² P(aulo) M(erea), *Notas sobre alguns lentes de Direito Patrio no periodo 1772-1804 en Boletim* cit. nota 11, 36, Coimbra 1961, p. 318 ss.

¹³ MELII FREIRII, PASCHALIS, JOSEPHI, *Historia iuris civilis Lusitani*, Lisboa, 1788, El mismo, *Institutiones iu-*

ris criminalis Lusitani, Lisboa, 1794. El mismo, *Institutiones iuris civilis Lusitani*, Lisboa 1789-93.

¹⁴ JORDAN DE ASSO Y DEL RIO, IGNACIO Y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, MIGUEL, *Institutiones de Derecho Civil de Castilla*, Madrid 1771. Por real cédula 5 de octubre de 1802 fueron señaladas como texto para el estudio del derecho patrio en las universidades. Fue reeditado siete veces hasta 1828.

¹⁵ COELHO DE SOUSA, FRANCISCO, *Preleções de Direito Patrio, Publico e Particular*, Coimbra 1793-94.

ro de 1744. Además, refiere las leyes de Castilla a las leyes patrias o a las leyes propias de España, e incluso, a lo que llama:

“Las primeras leyes que tuvo España de Reyes Nacionales Católicos”.¹⁶

Posteriormente, en 1767, habla de derecho real y de derecho español.¹⁷

De derecho nacional habla Tomás Manuel Fernández de Mesa en un libro cuyo título es ya muy revelador: *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, publicado en Valencia en 1747 y reimpresso en Madrid en 1802. Fernández de Mesa utiliza diversos nombres para referirse al derecho castellano. Habla de nacional jurisprudencia, leyes nacionales, patrias leyes, leyes españolas, leyes de España, español derecho.¹⁸

Por su parte, el Padre Burriel emplea una amplia gama de denominaciones: derecho del reino, leyes reales, leyes del reino, derecho español, leyes patrias, leyes y derechos de Castilla y Portugal, leyes o jurisprudencia española.¹⁹

Uno de los más célebres y leídos autores jurídicos del siglo XVIII y comienzos del XIX en España y América española es Juan Francisco Castro (1731-50). En la más famosa de sus obras, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, aparecida en 1765, pero reeditada hasta 1829, emplea habitualmente las expresiones derecho real y leyes reales. Más aún, destina todo un discurso —el tercero del libro segundo— a las Reflexiones generales sobre el derecho real. Esto es tanto más significativo cuanto que con ello se equipara en cierta manera el derecho castellano con los derechos romano y canónico, que inmediatamente antes fueron objeto de los discursos primero y segundo.

También usa Castro las expresiones derecho español y derecho nacional en un contexto muy revelador. El cuarto discurso del libro primero ofrece un *compendio histórico del derecho español* que sigue a dos discursos dedicados respectivamente al derecho romano y al derecho canónico. Por otra parte, al final de la obra se enumeran en una sola serie los tres derechos: romano, canónico y nacional.²⁰

Especial atención merece otra obra de esta época que marca un hito en la enseñanza jurídica: las citadas *Instituciones del Derecho Ci-*

¹⁶ MAYANS, GREGORIO, *Carta prólogo a BERNI y CATALA, JOSÉ, Instituta civil y real*, Valencia 1744, la carta sin paginar.

¹⁷ MAYANS, GREGORIO, *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades* en Peset Reig, Mariano y José Luis, *Gregorio Mayans y la reforma de la Universidad de Valencia*, 1975, I, cap. XXI.

¹⁸ FERNANDEZ DE MESA, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, Valencia 1747. Otra edición, Madrid 1802. Estas expresiones en el prólogo, sin paginar.

¹⁹ BURRIEL, ANDRES MARCOS, *Carta a Don Juan de Amaya*, 30 septiembre de 1751, en: VALLADARES DE SO-

TOMAYOR, ANTONIO, *Cartas eruditas y críticas del P. Andrés Marcos Burriel*, Madrid 1755: derecho español, p. 13, 14, 192, etc.; jurisprudencia española p. 16; leyes españolas, p. 196; derecho del reino, p. 13, 195, 197; leyes del reino, p. 198, 200; leyes reales, p. 194, 195, 199, etc.; leyes patrias, p. 193, 196, 201; derecho patrio, p. 196, 198 bis, 204. Emplea raramente el término nacional: cuadernos legales de la nación, p. 205. También es excepcional la expresión leyes y derecho de Castilla y de Portugal, p. 195.

²⁰ CASTRO, JUAN FRANCISCO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 2 vol., Madrid 1765: derecho nacional 1, p. 34; derecho español 1, p. 34; derecho real, leyes reales 1, p. 89.

vil de Castilla de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, publicadas en Madrid en 1771 y reeditadas numerosas veces hasta 1828.²¹ A diferencia de los libros de instituciones aparecidos hasta entonces, no es una exposición del derecho romano con referencias al derecho de Castilla. En lugar de eso trata directamente del derecho castellano, por sí solo, como una disciplina autónoma. En consecuencia no se apoya sobre leyes o autores romanos, sino únicamente sobre leyes y autores de Castilla. Asso y De Manuel emplean las expresiones derecho español, jurisprudencia española y legislación española o legislación de España.

En 1779 publicó en Madrid Andrés Cornejo su *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*.²² Allí habla de leyes patrias²³ y de leyes nacionales.²⁴

Poco después, en 1782, apareció el *Discurso sobre las penas* de Manuel de Lardizábal (1739-1820). En él se utilizan las expresiones leyes patrias o leyes del reino.²⁵

Por su parte, Vicente Vizcaino Pérez en su *Compendio del derecho público y común de España* no vacila en reiterar una vez más, señal de que era necesario hacerlo, que "las leyes patrias son nuestro derecho común", como literalmente lo había recordado el auto acordado del Consejo de Castilla en 1713.²⁶

Con autores como Castro, Asso y De Manuel puede considerarse que la terminología para designar al derecho castellano está fijada. Los juristas y la legislación posterior no hacen sino plegarse a este uso ya establecido. Al menos así ocurre hasta mediados del siglo XIX. Otro tanto sucede en el ámbito jurídico portugués. Sería imposible examinar uno a uno los autores de esta época. Por eso nos limitaremos a unos pocos pero representativos.

III

El apelativo "português" en romance es empleado por José Homen Correia Teles en su *Digesto Português*, publicado en Lisboa en 1835²⁷ o Manuel Antonio Coelho da Rocha (1739-1850) en sus *Instituições de Direito Português*²⁸ aparecidas en 1848, que reemplazaron a las de Melo Freire. Aprobadas como compendio para la enseñanza en 1853, alcanzaron su octava edición en 1917, año de la entrada en vigencia del código civil brasileño.

²¹ Ver, además, nota 14, BRAVO LIRA, BERNARDINO, *El derecho indiano después de la independencia en América española: Legislación y doctrina jurídica en Historia* 19, Santiago 1984.

²² CORNEJO, ANDRES, *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*, Madrid 1779. Hay un apéndice de 1784.

²³ *Ibíd.*, p. XI.

²⁴ *Ibíd.*, p. V.

²⁵ LARDIZABAL Y URIBE, MANUEL DE, *Discurso sobre las penas*, Madrid 1782.

²⁶ VIZCAINO PEREZ, VICENTE, *Compendio del derecho público y común de España o de las leyes de las Siete Partidas colocadas en orden natural*, 4 vol., Madrid 1784, p. CXL con remisión expresa al auto acordado de 1713.

²⁷ CORREIA TELES, JOSE HOMEN, *Digesto Português*, 3 vol. y un suplemento. Lisboa 1835, reeditado en 1840, 1849 y 1853.

²⁸ COELHO DA ROCHA, MANUEL ANTONIO, *Instituições de Direito Português*, 1848.

En Brasil predominan las mismas expresiones que en Portugal. Al respecto, es muy ilustrativo el documento por el cual se encarga a Teixeira de Freitas la consolidación de las leyes civiles. Se habla allí de "consolidação" de toda la legislação pátria y se dice:

"coligirá y classificará toda a *Legislação Pátria*, inclusive a de Portugal, anterior a la independencia do Imperio... com exceção das (leis) portuguesas que forem peculiares a aquele Reino..."²⁹

O sea, dentro de la legislación patria se entienden comprendidas las leyes portuguesas, salvo que fueren peculiares de Portugal.

En la aprobación de la obra de Freitas, tres años más tarde, se habla de "nosso Direito Pátrio".³⁰ No está de más hacer notar que en Brasil la expresión derecho patrio parece no aplicarse, como a menudo ocurre en América española, al derecho posterior a la independencia. Antes bien, tiene probablemente el mismo alcance que en Portugal y en España, es decir, comprende todo el derecho portugués o todo el derecho castellano.

Al comenzar el siglo XIX la real orden de 5 de octubre de 1802 sobre reforma de estudios en España habla de Leyes del Reino, en tanto que la real cédula promulgatoria de la *Novísima Recopilación* de 15 de julio de 1805 habla de derecho patrio.

Esta misma expresión la encontramos en el título de la obra de Joaquín María Palacio, *Introducción al estudio del derecho patrio* aparecida en Madrid en 1803.³¹

En cambio, Juan Sala y Bañuls (1731-1806), afortunado seguidor de Asso y De Manuel, cuya *Ilustración del derecho real de España*, aparecida en 1803, se reedita en ediciones para España y para América,³² emplea las expresiones derecho real y derecho patrio.

Otro émulo de Asso y De Manuel es el guatemalteco José María Alvarez, autor de unas *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* aparecidas en Guatemala en 1818-1820.³³ Alvarez habla ya, en el título de su obra, de derecho real de Castilla, pero uno de sus continuadores, Mariano Darío Fernández, en una reedición de las Instituciones de Alvarez publicada en México en 1843 habla, también en el título, de derecho patrio: *Instituta mexicana o Alvarez Amplificado, obra elemental de derecho patrio*.³⁴

Por la misma época que Alvarez, publica Francisco Martínez Marina (1754-1833) su *Juicio Crítico de la Novísima Recopilación* compuesto en 1815 pero dado a la estampa sólo en 1820.³⁵ Allí habla repetida-

²⁹ *Contrato para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar la civil* (Río de Janeiro), 15 febrero 1855, texto en Meira, Silvio, *Teixeira de Freitas o Iurisconsulto do Império. Vida e obra*, Río de Janeiro 1979, p. 101.

³⁰ Ver MEIRA, SILVIO, *Teixeira de Freitas, o Iurisconsulto do Império. Vida e obra*, Río de Janeiro 1979, p. 75.

³¹ PALACIO, JOAQUIN MARIA, *Introducción al estudio del derecho patrio*, Madrid 1803.

³² SALA y BANULS, JUAN, *Ilustración del derecho real de España*, Valencia 1803, reeditado múltiples veces en España y América española. Bravo Lira, nota 21.

³³ ALVAREZ, JOSE MARIA, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, Guatemala 1818-20, numerosas ediciones posteriores. Bravo Lira, nota 21.

³⁴ FERNANDEZ, MARIANO DARIO, *Instituta mexicana o Alvarez Amplificado, obra elemental de derecho patrio*, México 1843. García Laguardia, Jorge Mario y González (Domínguez) María del Refugio, *estudio preliminar* a edición facsímil de las Instituciones de Alvarez, México 1982.

³⁵ MARTINEZ MARINA, FRANCISCO, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid 1820.

mente de "derecho patrio", de "derecho español" y de un "código nacional o código legislativo de la nación".

Por su parte, Sancho de Llamas y Molina (1744-1829), autor de un difundido *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, aparecido en 1827 y reimpresso en 1852, emplea las expresiones "leyes patrias" y "jurisprudencia nacional". Así escribe:

"Propuse dedicarme al estudio de las leyes patrias y entre ellas elegí con preferencia las de Toro, por contenerse en las mismas los puntos más capitales de nuestra jurisprudencia nacional".³⁶

Una obra muy difundida son los *Elementos de derecho patrio* aparecidos en Madrid en 1838 del célebre Joaquín Escriche.³⁷

En América la situación es similar. Un examen de los impresos jurídicos publicados en Chile hasta la dictación del Código Civil en 1855 y un sondeo aún muy incompleto de la principal literatura jurídica relativa al tema en España y en América muestra que, en general, estas denominaciones persisten hasta bien avanzado el siglo XIX. Pero se advierten, al mismo tiempo, algunas variaciones de sentido.

Así, por ejemplo, en un oficio sobre la codificación dirigido en 1831 por el presidente de Chile al Senado, se habla de "las leyes actuales de Castilla y de Indias".³⁸

También en relación a la codificación sostiene Eugenio Vergara en Chile:

"desearía que no se innovase nada sino que se redujese a sistema y buen método lo que se halla obscuro y embrollado en la legislación española".³⁹

Es digno de atención un matiz que surge en América. A veces no se habla simplemente de leyes o legislación española, sino que se le agrega la expresión "que nos rigen". Así dice, por ejemplo, *El Mercurio* de Valparaíso en 1846: "La legislación española que nos rige es un vínculo de unión existente entre las repúblicas sudamericanas". Allí mismo encontramos la expresión "códigos españoles".

"En nuestro concepto la conservación de los Códigos españoles, expurgados de toda la parte que ha caducado, de toda la decididamente incompatible con la época, que a todas luces se pone de ma-

³⁶ LLAMAS Y MOLINA, SANCHE DE, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1827, reeditado, Madrid 1852.

³⁷ ESCRICHE, JOAQUIN, *Elementos de derecho patrio*, Madrid 1838, reeditados en Madrid en 1840 y 1846. Agradezco la ayuda prestada por la Prof. Ana María Barreiro para obtener esta obra.

³⁸ *Oficio del Vicepresidente al Senado*, 2 agosto 1831, en: *El Araucano*, 6 agosto 1831. Sobre los autores de este documento, Guzmán Brito, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república XI:*

sobre la autoría intelectual de cinco fuentes concernientes a la codificación, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 5, Valparaíso 1981, p. 11 ss. El texto en el mismo, Andrés Bello codificador. *Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, 2 vol., Santiago 1982, 2 Fuentes, p. 60 ss.

³⁹ VERGARA, EUGENIO, en sesión 6 agosto 1852 de la Cámara de Diputados, *Sesiones del Congreso Nacional de 1852*, 3, p. 40 ss. Ahora Guzmán, nota 38, 2, p. 322 s. La cita p. 323.

nifiesto en la legislación penal, sería un fecundo y al mismo tiempo meritorio trabajo".⁴⁰

A la "jurisprudencia española" se refirió repetidamente Ramón Luis Irrarzával en su discurso de incorporación a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile en 1845, que tuvo por tema central la codificación.⁴¹

Entre los apelativos del tercer grupo, relacionados con el elemento patria, hay otra variación en América española. Se empieza a dar el nombre de leyes patrias y de Derecho patrio, a la legislación y el derecho surgidos a partir de la independencia o del movimiento que condujo a ella. Pero subsiste la antigua significación como lo muestran en América la citada *Instituta Mexicana* del mexicano Mariano Darío Fernández, y en España los ya mencionados *Elementos de Derecho Patrio* de Joaquín Escriche.

No obstante, en América española predomina la nueva significación. Ya en 1823 propone José Alejo Eyzaguirre que para hacer posible el conocimiento del "derecho patrio" se reduzcan a un código legal "todas las órdenes, leyes y decretos con fuerza de tales que se hayan expedido desde el principio de la libertad de Chile hasta el día".⁴² El mismo sentido da a la palabra patrio en Argentina Bernardo Vélez en 1832 al titular su intento de recopilación de las leyes y decretos expedidos desde 1810: *Índice de la Compilación de derecho patrio*.⁴³ De su lado, el uruguayo Eduardo Acevedo en su *Proyecto de Código Civil* de 1852, habla de leyes patrias al referirse a las promulgadas por los gobernantes de Uruguay independiente.⁴⁴

Finalmente, entre las expresiones que contienen el elemento nacional hay también una cierta variación. Por ejemplo, en Chile se hacen sinónimas en 1823 las expresiones derecho patrio y leyes nacionales como denominación de "todas las órdenes, leyes y decretos con fuerza de tales que se hayan expedido desde el principio de la libertad de Chile hasta el día".⁴⁵

Pero, por otra parte, también en Chile el jurisconsulto Juan Egaña (1769-1836) llama ocho años después "principales códigos de la nación" a los grandes cuerpos jurídicos de derecho castellano: Ordenamiento de Alcalá, Fuero Real, Leyes de Toro, etc.⁴⁶

⁴⁰ *El Mercurio*, Valparaíso, 19 julio 1846. Ahora en Guzmán, nota 38, p. 277 s. La cita p. 277.

⁴¹ IRARRAZAVAL, RAMÓN LUIS, *Discurso de Incorporación a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile*, 14 septiembre de 1845, en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago 1845, p. 76 ss., ahora en Guzmán, nota 38, 2, p. 243 ss. La cita p. 245.

⁴² EYZAGUIRRE, JOSÉ ALEJO, *Moción para que se encargue codificar las leyes nacionales a la Comisión de Legislación*. Congreso constituyente, sesión 56, 17 de noviembre 1823. El texto en Guzmán, nota 38, p. 21. El mismo, *Crítica al derecho patrio y proyectos para su fijación en Revista de Derecho*

de la Universidad Católica de Valparaíso 3, Valparaíso 1979, p. 67 ss.

⁴³ VELEZ, BERNARDO, *Índice de la Compilación de derecho patrio*, 1832, reedición facsimilar, Buenos Aires 1946.

⁴⁴ ACEVEDO, EDUARDO, *Proyecto de un código civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo 1852, advertencia, p. VII.

⁴⁵ *Informe de la comisión de justicia sobre el proyecto de codificación de las leyes nacionales*, Santiago 20 noviembre 1823, en Guzmán, nota 38, 2, p. 22.

⁴⁶ EGAÑA, JUAN, *Reflexiones sobre la administración de justicia en El Araucano* 35 y 36 de 14 y 21 mayo 1831, ahora en Guzmán, nota 38, 2, p. 38 ss. La cita p. 44.

A lo anterior se añade, en esta misma época, una tercera significación de la expresión "código nacional". No se trata ya de los cuerpos legales existentes, sino de los que se pretende elaborar mediante la codificación, a los que se les da el apelativo de nacionales porque su contenido será el derecho propio del país. Esta acepción es muy importante porque refleja la continuidad que hay entre la afirmación del derecho castellano en el siglo XVIII y su codificación en el siglo XIX.

Así, pues, se produce en América española, con las expresiones "patrio" y "nacional", una reducción de su alcance a cada uno de los estados sucesores de la monarquía. Por así decirlo, cada uno aspira a tener o afirma tener su propio derecho patrio o nacional.

IV

En la historiografía reciente se llama en general derecho nacional al derecho castellano o portugués del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX.

Así lo hizo en 1929 Riaza en un valioso estudio sobre el tema.⁴⁷ Así lo hacen hasta ahora García Gallo en su conocido *Manual de Historia del Derecho Español*, aparecido en 1959-60 y reeditado varias veces.⁴⁸ Luig, en su trabajo sobre *Institutionen Lehrbücher des nationalen Recht im 17. um 18. Jahrhundert*⁴⁹ y Braga da Cruz en sus diferentes estudios sobre el tema.⁵⁰

Frente a esta coincidencia de los autores europeos, entre los hispanoamericanos se advierte cierta disparidad. El primero de ellos, Levene, contraponen como dos épocas distintas, pero sucesivas la del derecho indiano y la del derecho patrio. Por derecho patrio entiende el que surge a partir del movimiento de independencia.⁵¹ Radaelli, por su parte, es de la misma opinión, pero propone añadir a la expresión derecho patrio el calificativo argentino y llamar también derecho patrio, pero con el calificativo indiano, al surgido en América bajo la monarquía española.⁵² En cuanto a Tau Anzoátegui, en su libro sobre la codificación argentina se ocupa con la detención que el asunto merece del derecho castellano en España y en América española, pero no entra a calificarlo ni como nacional ni de otra forma. En cambio, reserva el nombre de derecho

⁴⁷ RIAZA, ROMAN, *Derecho romano y derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12. Madrid 1929-47, p. 104 ss.

⁴⁸ GARCÍA GALLO, ALFONSO, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 vol., Madrid 1959-60, 9ª ed., Madrid 1982.

⁴⁹ LUIG, KLAUS, *Institutionen Lehrbücher des nationalen Recht im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* III, Frankfurt 1970, p. 64 ss.

⁵⁰ BRAGA DA CRUZ, GUILHERME, *La formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, en *Revista de Faculdade de Direito* 50, Sao Paulo 1955, p. 32 ss. y el mismo, nota 4.

⁵¹ LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, 11 vol., Buenos Aires 1945-58, 1 prólogo, p. 8 y 9.

⁵² RADAELLI, SIGFRIDO A., *Derecho patrio argentino y no derecho intermedio*. en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 1, Buenos Aires 1949, p. 59 ss.

⁵³ TAU ANZOATEGUI, VICTOR. *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires 1977.

⁵⁴ LEVAGGI, ABELARDO, *La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX* en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 11, Buenos Aires 1983. El mismo, *La codificación del procedimiento civil en Argentina*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago 1983, p. 211 s.

⁵⁵ MEIRA, SILVIO, *Teixeira de Freitas, o Iurisconsulto do Império. Vida e obra*, Río de Janeiro, 1979.

nacional para el de toda la Argentina, en contraposición al de sus provincias, que denomina provincial.⁵³ Otro tanto hace últimamente Levaggi, en sus estudios sobre la codificación procesal.⁵⁴

Por su parte Meira, en su libro sobre Teixeira de Freitas aparecido en Río de Janeiro en 1979, no emplea la expresión nacional.⁵⁵

En cuanto a María del Refugio González, en sus estudios sobre la codificación en México, de reciente aparición, incluye dos pasajes donde no vacila en dar el nombre de nacional, en general, a la codificación realizada durante el siglo XIX en toda América española⁵⁶ y en particular a los códigos elaborados en esa época en México.⁵⁷

Por lo que toca al autor de estas notas, al tratar en general de la codificación en los países de derecho castellano y portugués, empleó la expresión derecho patrio o nacional.⁵⁸

Por último, Guzmán Brito en su obra sobre Andrés Bello codificador, que acaba de aparecer,⁵⁹ adopta una nueva nomenclatura. Llama derecho patrio al surgido en los estados sucesores de la monarquía española y derecho nacional al conjunto entre este derecho y el anterior, vale decir, el indiano, cuyo elemento principal es el derecho castellano.

V

En suma, puede decirse que en el siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, al derecho castellano y al derecho portugués se los denominó fundamentalmente de cuatro maneras, fundadas en otros tantos elementos, a saber: real, patrio, español o portugués y nacional, si bien apenas hemos encontrado testimonios sobre esta última designación en el área de derecho portugués. De estas denominaciones la predominante es leyes o derecho patrio.

En la historiografía reciente, del último medio siglo, hay en cambio, una cierta unanimidad en torno a la expresión derecho nacional, incluso en los países de derecho portugués. Con todo, ella es adoptada tan sólo por algunos autores hispanoamericanos más recientes. Los otros, o bien se abstienen simplemente de usarla sin proponer ninguna otra como alternativa, como es el caso de Meira, o bien acuden a ella pero en un sentido diferente, como es el caso de Tau Anzoátegui, de Levaggi y de Guzmán Brito.

De lo anterior fluye en cierta manera como conclusión que tal vez la expresión más fiel al uso histórico y al historiográfico de los términos es: derecho patrio o nacional. Se combina así la denominación predominante en la época estudiada con la predominante entre los estudiosos de ella.

⁵⁶ GONZALEZ DOMINGUEZ, MARIA DEL REFUGIO, *Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México*, en *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México 1978, p. 95 ss. Ahora en la misma, *Estudios so-*

bre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX, México 1981, p. 63 ss., p. 76.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 67.

⁵⁸ Ver nota 1.

⁵⁹ GUZMAN, nota 38.

