

juicio la obligatoriedad de estas asignaciones cuando los herederos han llegado ya a la edad adulta.

¿Es todo esto una utopía? ¿Un sueño de una noche tibia de primavera? Si Chile pudo darse, al inicio de su vida republicana, uno de los códigos civiles mejor sistematizado, mejor balanceado, más ponderado y, a la vez, más moderno y más bellamente escrito de tantos códigos elaborados en nuestro continente; no parece tan descabellado que –después de ciento cincuenta años desde su promulgación– no sea capaz de mostrar nuevamente la capacidad de creación jurídica que caracterizó al *Código de Bello*.

LA DESCODIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA. MIRADA DE UN JUEZ

*Michel Couailler**

El 21 de marzo de 1804, Bonaparte, Primer Cónsul, ordenaba que fueran reunidas bajo el título de “Código Civil de los Franceses” las treinta y seis leyes votadas sucesivamente en el transcurso de los dos años precedentes. Hoy día, dicho *Código Civil* cumple dos siglos.

Como dice M. Guy Canivet, primer presidente de la Corte de Casación,

“el código civil es un libro símbolo, y un libro de símbolos que guían nuestras rutas de juristas. Símbolo de unidad, unidad de Derecho, unidad nacional, unidad original –símbolo de modernidad y de rejuvenecimiento indefinido– símbolo de sabiduría, de razón, de compromiso –símbolo de una ley clara, magníficamente redactada– símbolo de instituciones señeras y de principios fuertes”.

El *Código Civil* ha sido acondicionado, modificado, corregido, completado. Pero no ha sido sustituido. Sigue siendo la fuente central del Derecho Privado. Es “lo normal de nuestra vida social”.

Entonces, corresponde celebrar el bicentenario, hacer aparecer los múltiples temas que pueden mostrarse con motivo del examen de lo que se puede llamar un monumento del Derecho.

Así es como, bajo la impulsión de la Presidencia de la República, del Senado, de la Asamblea Nacional y del Ministerio de Asuntos Exteriores, numerosos estudios, coloquios, conferencias y exposiciones se han llevado a cabo en Francia y en muchos otros países... el coloquio de hoy, en la Universidad Diego Portales es una de las manifestaciones capitales en América Latina, influida por el *Code Civil* en su codificación, especialmente en Chile.

El tema del estudio que me fue propuesto es el siguiente: Evocar y describir la “descodificación” y proponer algunos ejes de reflexión respecto a

* Primer presidente de la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia.

** El texto fue revisado por el doctorando Sebastián Ríos L., a quien los editores agradecen su significativo trabajo.

una difícil recodificación, en las actuales condiciones de la renovación de las fuentes internas y de la proliferación de las fuentes internacionales del Derecho. Codificación que no puede significar, sin desviación del sentido profundo de dicho término, una simple acumulación de textos, una compilación de los derechos existentes sin estructura racional, de manera jerárquica, sin plan, sin posible intervención del juez, guiado por la doctrina, en la evolución del Derecho.

No vengo aquí a participar en calidad de científico o de teórico del Derecho. No soy historiador, ni sociólogo, ni comparatista, ni economista. No puedo pretender acceder a la verdad científica. Soy un juez generalista, de lo cotidiano, pero debo poder abarcarlo todo, -Derecho Privado, Derecho Penal, Derecho Público, Derecho Constitucional- y dictar sentencia sin cometer demasiados errores, con humildad y teniendo en cuenta la efectividad de la decisión que se dicta y el alcance individual -y a veces colectivo- de ésta.

Me veo confrontado, al mismo tiempo que todos mis compañeros auxiliares de justicia, todos los eminentes universitarios y el legislador, a esa brutal aceleración de la historia que llevaba al decano Savatier a exclamar, en sus *Metamorfosis del Derecho de hoy*, hace unos cincuenta años: "Escribir sus líneas sobre arenas movedizas es una de las melancolías de los escritores jurídicos de hoy".

Me encuentro hoy, pues, entre ustedes, y es para mí un gran honor y una gran alegría -aunque mi castellano deje tanto que desear- en calidad de práctico que debe, so pena de denegación de justicia, responder al litigio que se le somete en el silencio, en la oscuridad o en la insuficiencia de la ley, pero sin que su pronunciamiento tenga el valor de una disposición general o reglamentaria (artículos 4 y 5 del *Código Civil*).

Pero precisamente dicho poder de interpretación, que los jueces tan ampliamente usan, pese a una inflación legislativa sin precedentes, puede ser la prueba, según algunos excelentes autores, de una pretendida descodificación.

Recuerden a los autores del *Código Civil* designados por Bonaparte, y la voluntad política de éste.

Recuerden a la cuadrilla de los cuatro y a la filosofía que prevalecía sobre un código cuyo objetivo esencial era dar al pueblo una constitución civil permanente, un único Derecho para un único pueblo, tomando en consideración los principios esenciales adquiridos tras la revolución: laicismo, abolición de privilegios, igualdad de derechos y libertades.

Recuerden a Tronchet y Bigot de Préameneu, magistrados especialistas de la tradición de los países con costumbres. Portalis y Malleville, abogado y magistrado, respectivamente, que representan la tradición de los países con Derecho escrito. Los cuatro, juristas de talento, moderados y liberales.

Recuerden, en particular, a Portalis, quien marcó y sigue marcando nuestro concepto del Derecho y a su discurso preliminar a la adopción del *Código*, tan citado que, muy a menudo, tomó el valor de refranes.

Así es como escribió:

"Nos hemos abstenido de la peligrosa ambición de querer solucionarlo todo, preverlo todo... las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples, sus relaciones tan amplias, que es imposible para el legislador atender a todo...".

Además, ¿cómo impedir que la acción del tiempo se oponga al curso de los acontecimientos y a la evolución de las costumbres? ¿Cómo calcular por adelantado lo que sólo la experiencia puede revelarnos?

En una palabra, hoy podríamos decir, ¿cómo anticiparlo todo?

Este discurso preliminar, así como el propio *Código* en sus tres libros desiguales, "De las Personas" "De los Bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad" y "De las diferentes maneras de adquirir la propiedad" demuestra cual fue la ambición del legislador de 1804: Expresar de manera construida y coherente un concepto global de la vida en sociedad, un "querer vivir juntos", realizar, como destacaba el decano Carbonnier, una verdadera constitución civil de Francia, asegurando por su permanencia -contrariamente a las instituciones políticas-, esta estabilidad tan necesaria para el desarrollo de la vida y de la cohesión social, necesaria al completo desarrollo del hombre ciudadano.

Así es como, tras una construcción jurisprudencial copiosa y la elaboración de una obra legislativa considerable -ya volveré sobre ello- desde el propio corazón de la matriz, el *Código*, se ha desarrollado toda una arborescencia de códigos particulares (*Código de la Construcción*, *Código de Seguros*-Portalis les era tan profundamente hostil- *Código de la Nacionalidad*-el que, a fin de cuentas ha sido reintegrado al *Código Civil*- *Código de la Propiedad Intelectual*, *de la Copropiedad*, *del Urbanismo*, *del Trabajo* y demás, derivados todos del *Código Civil*).

Pero se trata realmente de una descodificación, donde ciertos textos obsoletos se han convertido en conchas vacías, y otros, en particular los artículos 1.382 y siguientes, se han convertido en "cabezas de alfiler sobre las cuales se han asentado rascacielos...".

Cierto es que el *Código* ha dejado a veces de ser magnífico. Victor Hugo lo injurió, calificándolo de "pueril y honrado", siendo destronado por aquellos que en 1968 lo calificaban de "librito rojo de la burguesía".

Es verdad, se creyó que este libro de referencia, este libro monumental, no era más que un vestigio de la historia.

Sin duda, cierto desorden se ha instalado en lo que constituye el zócalo del Derecho Privado. Sin duda alguna, la ley se ha vuelto “parlanchina, precaria, banalizada y de circunstancias”. Pero el *Código Civil* sigue estando ahí, con la nitidez de su estilo, la sencillez de sus palabras, su arquitectura, sus grandes textos símbolos (los artículos 545, 1.134, 1.382 y siguientes). Partes enteras se han vuelto a escribir, pero de 2.281 artículos, 1.115 se conservan en la actualidad.

Más que del *Código* en sí mismo, convendría hablar del *espíritu* del *Código*, de su filosofía... los autores están divididos: pienso en particular en las teorías de la nueva civilización del Derecho, del profesor Ewald, de quien trataré de decir algunas palabras. La diversificación de las fuentes del Derecho. ¿Implica necesariamente la desaparición de un código civil? ¿Se debe sacralizar, como hacía el decano Carbonnier, lo que constituye el origen de la vocación de muchos juristas y hacer del *Código Civil* “esta inolvidable arquilla, esta ciudadela del Derecho, este altar de las leyes”?

Dicho código civil no volverá, por efecto *boomerang*, con otro contenido. Un código europeo no sucederá al *Código Civil* en esta inexorable aceleración de la historia que evocaba el decano Savatier:

Este cuestionamiento lancinante de los autores desde 1904 con proyectos de recodificación abortados, de magistrados y auxiliares de justicia sobre el verdadero contenido del *Código Civil*, sobre su valor, sobre aquello en lo que se está convirtiendo; la mirada que hacia él se dirige no está hecha de certezas: yo haré, como todos ellos, más preguntas que respuestas. Éstas sólo podrían ser arrogantes y presuntuosas, y lo serían tanto más cuanto que no soy –ni mucho menos– un teórico del Derecho... Por lo cual, mi intervención se construirá en tres tiempos, quizá desiguales.

Podríamos, pues, dirigir:

- Una mirada hacia el pasado, al *Código Civil* de 1804, su filosofía y sus ambiciones, sobre lo que se ha podido llamar, con toda la razón, la Constitución civil.
- Una mirada a su evolución, a lo que ha sido de él, a lo que podríamos llamar la “aparente descodificación” con las construcciones doctrinales y jurisprudenciales nacidas a lo largo de los años y la inflación de esa arborescencia legislativa y esos códigos particulares.
- Para en último lugar, evocar la imposible recodificación o, más bien, la permanencia del espíritu del *Código Civil* de 1804 y concluir con el renacimiento del Derecho en sus múltiples fuentes y en la necesaria recodificación en el sentido amplio del término, considerando inútil la puesta en marcha de una codificación formal que no sería más que una compilación de textos dispersos y copiosos... más allá del *Código Civil*, pero por el *Código Civil*, como decía el decano Saleilles.

I. MIRADA AL *CÓDIGO* DE 1804, A SU FILOSOFÍA Y AMBICIONES, A LA CONSTITUCIÓN CIVIL

Inmediatamente después de las crisis que desde fines del siglo XVIII azotaban a Francia, en un período de relativa unanimidad que lo permitía, y bajo el impulso y la autoridad de Bonaparte quien fue –pese a su política extranjera, de lo más discutible– un Jefe de Estado visionario, se reveló como una necesidad absoluta que cada uno de los ciudadanos pudiera conocer sus derechos y obligaciones, en una Francia con Derechos hasta entonces parcelados, donde la intensa actividad legislativa posrevolucionaria debía encontrar la consagración de los principios fundadores de las relaciones familiares y civiles, transponiendo a la vida civil los principios consagrados por la revolución.

- Igualdad de derechos y libertades individuales.
- Un único Derecho para un único pueblo.
- Supresión de privilegios, laicización del Derecho.
- Consolidación y exposición racional de un Derecho llegado a la madurez.
- Seguridad jurídica y reglas accesibles a todos, y no a una elite.
- Flexibilidad y soltura de reglas, lo que permite su adaptación a las nuevas realidades.
- Ideal de igualdad, de libertad.

Tales eran las ambiciones de los legistas designados por Bonaparte.

Les convenía, por lo tanto, conseguir una síntesis entre las influencias jurídicas y políticas del Derecho Romano, del Derecho Consuetudinario, del Derecho del Antiguo Régimen, del Derecho Natural, del espíritu de las luces, del liberalismo.

Según la fórmula de M. Poncelet, presidente del Senado, era conveniente que dicho *Código* fuera la expresión más completa y concreta de un “querer vivir juntos” en una sociedad pacífica, que fuera la encrucijada ideológica y jurídica fundadora de la sociedad francesa moderna. Tres días antes de la adopción del *Código Civil*, Portalis exclamó: “El orden civil viene a cimentar el orden político, la ley es la madre común de los ciudadanos. Les aporta a todos una misma protección”.

Así es como, tras un trabajo encarnizado de cuatro meses, muy a menudo en presencia del propio Bonaparte, nació el *Código Civil*. Obra considerable, de 2.281 artículos, que trata en tres libros de desigual importancia, de las personas (artículos 1 al 515), de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad (artículos 516 a 710) y de las diferentes maneras de adquirir la propiedad (artículos 711 a 2.281).

El primer libro, inversamente a los códigos Prusiano o Austriaco contemporáneos –aún marcados por la sociedad de órdenes– no establece una

serie de definiciones sobre el derecho de las personas en general: sus cuatro primeros títulos tratan de los derechos civiles, las partidas de estado civil, el domicilio y la ausencia, fundando la construcción social no sobre el individuo, sino sobre la familia; de hecho, en los siete títulos siguientes se organizan las relaciones personales en el seno de la familia.

El primer título distingue los derechos civiles de los derechos políticos, sometidos éstos a las leyes constitucionales, y opera fijando los modos de adquirir la nacionalidad francesa, una discriminación entre los derechos civiles de nacionales y extranjeros. Estando vinculada la plenitud de dichos derechos a la nacionalidad francesa, adquirida ésta por vínculos de familia (primando el *ius sanguinis* por sobre el *ius solis*) no beneficiándose los extranjeros de otros derechos civiles que aquellos concedidos a los franceses en su nación (cláusula de reciprocidad). Los derechos civiles pueden excluirse con la pérdida de la calidad de nacional o por la muerte civil, "pena complementaria" de ciertas condenas, conllevando dicha muerte civil la pérdida de la propiedad de bienes y la ruptura del vínculo conyugal.

Asimismo, la laicización del estado civil en el título 2 le da a éste las funciones de conservación de los vínculos familiares y de distinción de las familias, bajo la vigilancia del Estado.

El domicilio quedaba determinado para cada persona en el título 3, con la ambición de asegurar el orden social y las relaciones con la justicia y con, aquí también, la preponderancia de la familia y dentro de ella, la del padre, del marido o del tutor.

Los títulos siguientes tratan de las condiciones y tipos de casamiento, acto civil y solemne; del divorcio, convirtiéndose éste en un drama solemne, judicial, formalista, penoso y costoso; de la filiación, con la consagración de la presunción de paternidad y la dificultad e incluso la imposibilidad del reconocimiento de la filiación natural y adulterina.

La potestad paterna se ve así consagrada con ese poder sin reparto, del padre respecto a sus hijos menores de edad.

El artículo 1.387, si bien plantea el principio de la libertad de las convenciones matrimoniales, lo hace con la condición de que no se menoscaben los derechos del marido en tanto jefe de familia, el cual, a fin de cuentas, queda instituido administrador de los bienes personales de su cónyuge.

Tratándose, por otra parte, de sucesiones, el *Código* regula el orden de suceder sin tener en cuenta la índole ni el origen de los bienes, sin establecer distinción fundada en el sexo, la primogenitura o el casamiento en segundas nupcias. El hijo natural, en la lógica de cuanto precede, no puede pretender más que a derechos menores que aquellos de los hijos legítimos. En cuanto a los hijos adulterinos e incestuosos, sólo se benefician de alimentos simples.

Así vemos cómo este libro, fundamentado enteramente en la familia y la preponderancia del padre, así como también en la igualdad, no podía sobrevivir indefinidamente a la evolución de la economía con la revolución industrial, factor amplificador de la evolución del pensamiento y de las costumbres. ¿Es necesario añadir algo más?

Comprendemos, pues, cómo ese primer libro ha visto a su contenido radicalmente modificado, pero durante muchos años, con mucha prudencia: como el mismo Portalis recomendó: "convenía tocarlo sólo con una mano temblorosa".

Bajo el impulso y la autoridad, en especial del decano Carbonnier, vimos florecer no solamente reformas sino una revolución: autonomía de la mujer casada, supresión de la potestad paterna en provecho de la autoridad parental, reforma del divorcio, diversificación de las formas jurídicas de la pareja, derechos sucesoriales de los hijos naturales, etc. No podía ser de otra manera.

Sin embargo, el Derecho de Familia y de las Personas no sigue formando un todo coherente, a pesar de lo que algunos piensen y, aunque vengan a sumárseles derechos resultantes de revoluciones tecnológicas o biológicas. Con, por ejemplo, el derecho al respeto de la vida privada o el derecho al respeto del cuerpo humano.

Del libro II, que marca innegablemente la consagración del derecho de propiedad, conviene retener particularmente el artículo esencial, el artículo 544: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

Este texto emblemático demuestra el puesto central que ocupa la propiedad individual a principios del siglo XIX. Se trata de un derecho intangible, absoluto, que sólo puede ceder por motivos de utilidad pública o ante las desmembraciones relativas y necesarias de éste, que constituyen servidumbres o servicios de bienes raíces los que permiten, bajo el control de los jueces, asegurar el buen uso social de éste.

De este libro II, sólo retenemos esto.

En cuanto al libro III, éste trata de las modificaciones de la propiedad y de las diferentes maneras de adquirirla; trata largamente de las sucesiones y liberalidades, para llegar a la abundante y primordial materia de las obligaciones.

En materia contractual, quien domina es el consensualismo, de ninguna manera la autonomía de la voluntad creadora del Derecho.

El artículo 1.134: "Las convenciones legalmente formadas tendrán fuerza legal entre quienes las hayan efectuado".

El artículo 1.101: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo".

Las condiciones esenciales de la validez de los contratos se definen, de este modo, en cuanto al consentimiento, al objeto del contrato y a la causa de éste, y recordando, de paso, la nulidad de los contratos contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

Seguidamente vienen definidos y reglamentados los contratos especiales, tales como la venta o arrendamiento de cosas. Finalmente, se evocan las garantías, explícitamente definidas y sancionadas (fianza, privilegios, prenda, hipoteca) En cuanto a las sociedades, son rápidamente evocadas.

Desde este momento, este derecho, suficiente para la economía del siglo XIX, no podía más que crecer de manera casi exagerada con la revolución industrial, la organización del trabajo, la importancia de las inversiones... se incrementó, indudablemente, pero por arborescencia, con la elaboración de los códigos particulares...

Para acabar, este mismo libro sólo dedica diecisiete artículos a las obligaciones que nacen sin convención y, sin embargo, se trataba del capítulo esencial.

¿Qué nos dice el artículo 1.382 del *Código Civil*: "Cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño, obligará a aquel por cuya culpa se causó, a repararlo".

No hay definición expresa de la noción de culpa, no hay cuantificación de la reparación. Evidentemente, es la puerta abierta a la interpretación jurisprudencial, tal como lo deseaban los autores del *Código*.

El artículo 1.384 extiende esta responsabilidad en razón de las personas por cuyo hecho se debe responder o de las cosas que se tienen bajo custodia. En la generalidad de sus términos, también era fuente de una abundancia, de una hipertrofia jurisprudencial, llevada al unísono de los progresos técnicos. ¿Se trata de una descodificación que deja el campo libre a un poder soberano del juez, creando, de este modo, el Derecho fuera del *Código Civil*?

Pregunta esencial que me toca comentar.

II. UNA MIRADA A LA EVOLUCIÓN DEL *CÓDIGO CIVIL*, AL ESTALLIDO DEL DERECHO FUERA DEL *CÓDIGO CIVIL* Y A LA VERDADERA O APARENTE DESCODIFICACIÓN

Como acabo de decir, el libro primero del *Código Civil* se ha visto trastornado desde su promulgación. Ello, tras dos siglos de una brutal aceleración de la historia -evocada por el decano Savatier-, en una vertiginosa espiral que nos hace hoy temer lo que tiende hacia lo infinitamente grande y a lo infinitamente pequeño con todas sus consecuencias tecnológicas, económicas, financieras, sociales y societarias, filosóficas y políticas. ¿Cómo imaginar

que el legislador de 1804, pese a la filosofía jurídica que presidió su labor, pudiera imaginar situaciones jurídicas que iban a ver la luz y trazar de este modo líneas para la eternidad? Salvo en caso de no tener a la vista, en aquella época, más que un código puramente moral, lo que no hubiera sido un conjunto de reglas aplicables a todos y a cada uno.

Portalís, con la modestia del gran jurista que era, insistía en que el legislador no podía oponerse al curso de los acontecimientos, a la evolución de las costumbres; pero también pensaba que la generalidad, la sencillez y la coherencia de la construcción de las que, con Napoleón, tan orgulloso se sentía, no podían permitir que únicamente la jurisprudencia, respaldada o acompañada por la doctrina, hiciera frente a tales transformaciones.

Así fue como el legislador intervino, a fin de cuentas muy rápidamente, en materia de divorcio, primero para suprimirlo, luego para reestablecerlo; reformó, asimismo, las condiciones del matrimonio, la condición de la mujer casada, su capacidad y sus poderes, la potestad paterna y sus exorbitantes derechos en provecho de la autoridad parental, el derecho de la filiación; reformó el derecho de la nacionalidad para hacer de él un código específico, que se reintegró después en el *Código Civil*; reformó el derecho de los incapaces, el derecho de sucesiones, el derecho de familia; el derecho de las personas dejó de ser lo que era y fueron precisos algunos titubeos jurisprudenciales para llegar a esta masiva intervención del legislador después de 1804. Sin embargo, ¿se puede hablar de descodificación?... el individualismo ganó preponderancia frente a la familia, la igualdad se reforzó, la mujer encontró plenamente su puesto... es verdad, la filosofía de los siglos XVIII y XIX ya no tiene razón de ser, pero nuestro *Código*, en este libro I, ¿No volvió acaso a recuperar su coherencia, sus estructuras, su legibilidad -garante de la seguridad jurídica-, conservando poquísimas escorias? ¿No supo acaso captar y volver a captar los elementos esenciales del orden civil?

La situación es más compleja en los dos libros siguientes del *Código Civil*, los cuales, al menos en el plano puramente textual, pudieran parecer más estables. Pero, ¿cuántos códigos específicos nacieron de él? ¿Cuán abundante es la jurisprudencia? ¿Serían, pues, ambos libros solamente un hermoso recuerdo? ¿Un símbolo? ¿Un ejemplo?

En efecto, el Derecho de Bienes, y el Derecho de Propiedad en particular, no se han movido, pero sólo se entienden acompañados por el Derecho de Minas y por el Derecho de Excavación. Las servidumbres se han ampliado. El Derecho de los Bienes Inmuebles se lee en el *Código Rural*, el *Código del Medio Ambiente* y el *Código del Urbanismo*. El Derecho de la Copropiedad emigró también hacia un código específico y se vio reforzado en 1938, en 1965 y después en 1971, sin suprimir por ello el poder de apreciación del juez.

Del mismo modo, y al amparo del un código inmóvil, el contrato de arrendamiento de obra se desarrolló en el *Código de la Construcción*. El contrato de seguro, deshonrado por los legistas de principios del siglo XIX, se desarrolló de manera específica en el *Código de Seguros*. El contrato de trabajo, y el Derecho del Trabajo encontraron su plenitud –que, sin embargo, aún no termina– en el *Código del Trabajo*, reformado sin cesar, pero que sigue citando al único artículo que le concierne, en el capítulo III del título 8, respecto al contrato de arrendamiento. Se trata del artículo 1.780, que prescribe:

“El contrato de servicio, establecido sin determinación de duración, puede cesar siempre por la voluntad de una de las partes contratantes.

No obstante, la resciliación del contrato por la voluntad de uno sólo de los contratantes puede dar lugar a daños y perjuicios.

Para la fijación de la indemnización que se conceda, si ha lugar, se tendrán en cuenta las costumbres, la naturaleza de los servicios contratados, el tiempo transcurrido, las retenciones efectuadas y los pagos efectuados con vistas a una pensión de jubilación y, en general, todas las circunstancias que pudieran justificar la existencia y determinar el alcance del perjuicio causado”.

No obstante, todos esos códigos “pequeños por el ámbito”, “importantes por lo que regulan”, códigos específicos y a veces minuciosos –el último de ellos nacido el 9 de julio de 2004, *Código de Correos y de Comunicaciones Electrónicas*– encuentran sus raíces en el *Código Civil*... incluso, la jurisprudencia “exorbitante” encontró en dichos ámbitos sus límites.

¿Se trata de una descodificación en el sentido limitado del término, en el sentido en que comúnmente hoy lo admiten gran cantidad de académicos? ¿El legislador de 1804 podía realmente imaginar, incluso, temiendo el principio de una evolución de éste hacia un término mucho más amplio, un código civil capaz de regir en un solo texto toda la actividad humana?

No, más que una descodificación, es preferible evocar la “matriz” y sus arborescencias, en una lógica más compleja y rica que la que nos propone hoy la informática, con sus interconexiones y sus vínculos.

Del mismo modo, con un tronco común que parece inmutable e inmóvil, las legislaciones particulares, codificadas a su vez, se han hecho cargo de los contratos especiales, tales como el arrendamiento rural y el arrendamiento de vivienda; las cláusulas abusivas de créditos, que fueron codificadas en 1978 en el *Código del Consumo*, que integró también el endeudamiento excesivo, reformado éste últimamente con el restablecimiento personal; y

también es en el *Código* donde quedan definidas y sancionadas las obligaciones de conformidad, de seguridad –con repeticiones en el *Código Civil*–, las que evidencian así, una vez más, el fuerte vínculo de filiación que los une.

La jurisprudencia, por su lado, reguló de manera pretoriana el enriquecimiento sin causa hace más de medio siglo; en los contratos, las obligaciones de medios, de resultados, de seguridad-resultado, y la obligación de información, la que en parte volvemos a encontrar en el *Código de Sanidad Pública*.

Los desarrollos de la jurisprudencia han permitido definir mejor la regla esencial según la cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza; para operar la diferenciación entre obligación solidaria y obligación *insolidum*; para aceptar, con repetidos titubeos, la garantía a primera demanda.

El derecho de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, tan apresurada y parsimoniosamente tratado por el *Código Civil* –unas veinte líneas en tres artículos– se enriqueció profundamente en el transcurso de una extensa construcción de tipo pretoriano con las teorías del riesgo, las teorías de la causalidad directa e indirecta, la teoría del abuso del derecho, la definición de custodia de la cosa, de su papel activo o pasivo, de los criterios de la custodia de la estructura, de la custodia del comportamiento, de la custodia colectiva, precisó la noción de fuerza mayor, etc., viniendo la ley de 1985 a precisar todas las reglas de responsabilidad e indemnización en caso de accidentes de tráfico.

O sea, un equivalente a treinta veces el texto original.

El Derecho de la Responsabilidad se ha vuelto efectivamente complejo; perjudicando, así, a la seguridad jurídica. Por esta razón, sobre la base de los fallos “Jand’heur” y “Franck”, en materia de accidentes de la circulación (y a pesar de la inventiva del juez y de la doctrina), la progresiva socialización del riesgo condujo inevitablemente al legislador a integrarlos en la ley (mediante el texto de 1985), que intenta seguir la tradición del *Código Civil*.

A fin de cuentas, el legislador ha debido tomar en consideración las reformas legislativas solicitadas por la Corte de Casación en sus decisiones de principios dictadas en la Asamblea Plenaria o contenidas en su informe anual; pero la jurisprudencia, viéndose también obligada a la observación rigurosa del Derecho supranacional, del Derecho comunitario, del Derecho europeo, de acuerdos y de tratados bilaterales, ¿es, no obstante, un factor de fragmentación y de dispersión del Derecho? No estoy tan seguro.

¿El origen de una distorsión de estos principios –un único derecho para un único pueblo, igualdad ante la ley, laicismo de derechos civiles– es la jerarquización y estructuración de las normas? No lo creo... es cierto que sólo el estudio de esos textos legislativos sería inoperante sin estudiar también la jurisprudencia... pero es, me parece, plantear un falso problema.

La jurisprudencia no es más que una interpretación de la ley, que el propio *Código Civil* impone en sus artículos 4 y 5. En este sentido, ella no se distingue del texto que pone en práctica... esto sigue siendo verdad hasta en el caso de una jurisprudencia deformante, exorbitante, subversiva, incluso.

Como dice el profesor Aubert: "La jurisprudencia no es mas que la revelación, ortodoxa o no, del sentido de la ley, al legislador se le supone garantizar el sentido de tal modo revelado, mientras no decide intervenir".

Así, y por mucho que les pese a un gran número de universitarios, y que me perdonen... para nosotros los jueces el *Código* sigue estando ahí. Es nuestro *Código* fuente, nuestro *Código* referente. Sigue teniendo el mismo sabor, el mismo color, sigue siendo nuestra referencia por excelencia. Desde luego, en su redacción de hoy, no nos abandona, aunque vaya acompañado de una numerosa descendencia.

¿Debemos volver a hacer un nuevo código? ¿Podemos hacerlo? ¿Sigue respirando el espíritu del código? ¿Hay que resignarse, a pesar de todo, a esta aparente descodificación?

III. LA IMPOSIBLE RECODIFICACIÓN, O MEJOR DICHO, LA PERMANENCIA DEL ESPÍRITU DEL *CÓDIGO*

El *Código* de 1804 ha muerto. Portalis, sin duda, no reconocería nada. Concebido como un todo, en un período de relativa unanimidad de sosiego en las aspiraciones perpetuamente renovadas de una sociedad, que la dispersa y la divide, en un período de excepción y por efecto también de una voluntad política fuerte, no pudo sobrevivir en su estado original: estructurado, sencillo, despojado de declaración de principios preliminar sin verdadero alcance jurídico —como tan bien se sabe hacer hoy—, escrito en una lengua que todos comprenden... La vida del Derecho es infinita, prolífica: nuestro *Código Civil* de 1804, cuyos proyectos de recodificación después de 1904 y de 1945 no pudieron realizarse ¿Sería sólo un vínculo de la memoria, una obra de biblioteca, una nostalgia, la expresión de un ideal de perfección jurídica, como recuerda el profesor Ewald?

La filosofía general del *Código Civil* no era individualista y liberal, en el más amplio sentido del término: no se trataba de dar derechos a los individuos y menos aún, a ciertos individuos contra otros.

La filosofía del *Código Civil* es una filosofía de la Institución, que organizando la vida civil permite la libertad. El concepto de Derecho es hoy sociológico, con las consecuencias que de ello se derivan.

Por lo tanto, las construcciones pretorianas de la jurisprudencia, los múltiples códigos especializados con textos de Derecho Civil, repartidos

por aquí y por allá, la diversidad de las fuentes del Derecho: nacional, comunitarias y europeas, supranacionales, como aquéllas nacidas de la convención de Derechos Humanos, ¿han llevado, por vía de incorporación, a un fortalecimiento del *Código Civil*? ¿O, por vía de "descodificación-fragmentación" a un empobrecimiento del mismo? ¿O a una desaparición de éste? Podríamos estar tentados de no ver en el *Código Civil* más que un modelo ideal, pero que ya no sería sino sólo una cáscara vacía...

En cuanto a mí respecta, con el profesor Rémy, no pienso que haya que resignarse a este estado de cosas y admitir dado por hecho que el *Common Law* ha suplantado definitivamente al Derecho escrito romano-franco-germánico, que presenta un carácter fiable y seguro en muchos ámbitos del Derecho Privado y que, aquí y allá, nos envidian. Pero no hagamos de este tipo de cosas una querrela partidista: los derechos se enriquecen unos de otros.

Dos vías me parecen aún abiertas a la recodificación... no a una recodificación de Derecho Constante, por vía de ordenanza, que no sería otra cosa que una compilación vana y costosa.

Una vía, la más natural, que sería una verdadera recodificación de la totalidad del Derecho Civil, a la imagen quizá de lo que han conocido los Países Bajos, Québec, Portugal, y algunas recodificaciones en Brasil, en Perú o en Chile en particular, una codificación en Vietnam, y me quedo corto sin duda...

Desde luego, esta recodificación-innovación, presentaría una cantidad de dificultades técnicas: en especial, habría que integrar, ordenándolas, las directivas europeas, los aportes del derecho del consumidor, los de la convención de Viena en materia de venta internacional de mercancías; identificar las leyes particulares que debieran integrarse a dicho código, determinar el perímetro de esta reestructuración del *Código Civil*, reorganizando los catálogos de los contratos especiales, volviendo a examinar la responsabilidad delictual del libro III, con el riesgo de una reforma por tramos que llevaría a los extravíos que sigue conociendo la codificación del libro I, relativo al Derecho de las personas...

Tal reforma de fondo del *Código Civil*, emprendida de 1904 a 1911, y después de 1945 a 1953, ha fracasado en dos ocasiones: en parte o de manera general, el proceso de la recodificación sería obviamente larguísimo. Esta última solicita respiro y una verdadera voluntad política. Retomando una frase del profesor Rémy: "El espíritu del tiempo que oscila horizontalmente entre el tratamiento de lo social y el gobierno, no se presta a la construcción de una catedral de Derecho Civil".

Prosiguiendo con Phillipe Rémy, podemos imaginar con inquietud en tal proyecto el entorpecimiento de las sesiones parlamentarias, "el borrador" de las enmiendas —el fenómeno del *lobbying* no se agota, sino muy por el

contrario, aumenta con la fragmentación de las voluntades categoriales—para acabar ante el Consejo Constitucional, con sus debidas reservas o sus cortes parciales. ¡No! De manera malsonante “todavía no hemos salido del atolladero”.

No obstante, el *Código Civil* podría volver a escribirse y a reacondicionarse, en particular con respecto al derecho de los principios generales del contrato; respecto al de la responsabilidad, con una formulación completada, por un lado por disposiciones legislativas y jurisprudenciales relativas a la responsabilidad del hecho personal, de terceros y del hecho de las cosas; y por otra parte por medidas y tipos de reparación de daños. Se podrían introducir contratos especiales tales como la subcontratación y, en sentido inverso, excluir otros tales como el contrato de venta de inmueble a construir, para unirlo a un código que podría ser, según preconiza el profesor Aubert, un “código del inmueble”.

Otra vía, tanto o más sorprendente y que, paradójicamente, no sería necesariamente más compleja, aunque la extensión de la Unión Europea con sus numerosos candidatos a la integración puede dejar perplejo, sería la elaboración de una codificación europea.

Esta cuestión se discute mucho. La doctrina en Francia es mayoritaria y violentamente hostil. Pero en Europa, grupos privados de universitarios trabajan en ello. El fundamento de este código podría ser la Convención Europea de Derechos Humanos... ¡Es menester soñar!

Para concluir, me quedo con dos palabras: el espíritu de la codificación difundido en Europa y en parte del mundo por la Francia de 1804, obra considerable y que se ha debilitado sólo en parte, por una ironía de la historia podría volver a Francia, a través de Europa. Pienso que, al fin y al cabo, este *Código* que ya está presente en los espíritus, aunque parcial, verá la luz.

Espero que, finalmente, se vea sentar cabeza al legislador, tal como lo desea el señor Debré, presidente de la Asamblea Nacional, y que se limite a su esfera de competencia: reducir la recopilación de leyes, que pasa de 380 páginas en 1964, a 2.350 en 2004. Y que se vea a los jueces reaccionar, pero sin precipitación: que acompañen la evolución social y económica con una jurisprudencia que ya no sea subversiva, sino serenamente adaptada.

Si estos párrafos no son más que un sobrevuelo y una sucesión de interrogaciones y deseos, es por que el tema es inagotable, y porque se presta a las querellas de la doctrina y de las camarillas...

Disculpen ustedes, pues mi defecto de orgullo, mi arrogancia y mis no-respuestas; el modesto ejecutante que soy no podría ir más lejos.

Muchísimas gracias por su atención y su paciencia, y al final, no resisto el placer de citar a Montesquieu: “Hay que iluminar la historia con las leyes y las leyes con la historia” ... antes de ceder la palabra a grandes espíritus.

Y, además, estas palabras que me obsesionan, y podrían aplicarse al *Código Civil* dentro de algunos años... Las escribió Paul Chenier, abreviado demasiado pronto por los revolucionarios: “Dos mil años transcurrieron sobre las cenizas de Homero, y desde hace dos mil años, Homero, respetado, sigue aun siendo joven de gloria e inmortalidad”.