InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

Doscientos años de un famoso Código: ¿Qué deberíamos estar celebrando?*

Basil Makesinis
University College London y University of Texas

249

BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004

Sumario

1. Introducción
2. Los legados duraderos
2.1. La importancia de los personajes carismáticos
2.2. Más sobre pactar y asesorarse
2.3. Un equipo operativo
2.4. La importancia de la elección del momento oportuno
2.5. El estilo de la redacción
3. El futuro del código francés en el contexto de los movimientos contemporáneos para redactar un código europeo
3.1. ¿Tolera nuestra época personajes carismáticos?
3.2. ¿En qué medida Europa necesita un código?
3.3. ¿El equipo de von Bar?
3.4. La elección del mejor momento y de la secuencia adecuada
3.5. La redacción y el problema de las lenguas
4. Conclusión
5. Bibliografía

* Traducción: Jordi Moguel. Revisión: Miquel Martín-Casals. La versión inglesa del texto fue publicada en verano de 2004 en el vol 39 del TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL (pág. 561 y ss). La redacción de InDret agradece a los redactores de esa revista y al Prof. Markesinis el permiso para la publicación de esta traducción española y para la republicación electrónica del artículo en lengua inglesa.

1. Introducción

Las *Anecdotes of Painting* de WALPOLE[1] nos cuentan las condiciones que fijo Oliver Cromwell cuando pintaron su retrato. Le dijo a Peter Lely: "destaca todas las asperezas, granos, verrugas, y todo lo que tú en mí veas o, de lo contrario, nunca te pagaré ni un *farthing* (*)[2]. Dado que de ese modo ni retratista ni retratado se vieron limitados en modo alguno por el grado de sinceridad así impuesto (y logrado), la lección para cualquiera que esté celebrando el 200º aniversario del Código Francés (CC) es evidente. Uno debe hallar un equilibrio entre el panegírico, que según algunos tan feliz ocasión requiere, y la valoración precisa y meditada sobre una promulgación histórica. Para conseguirlo, me parece que uno debe intentarlo y debe determinar con exactitud los legados del Código ya que, en realidad, puede haber más de uno.

Doscientos años de existencia es mucho tiempo. Los británicos, quienes con razón dan mucho valor a la tradición, respetan este hecho. Con todo, comencemos por preguntarnos ¿cuántas de las originarias disposiciones del texto que estamos celebrando están todavía en vigor?

Según el último recuento, se conservan 1.115 disposiciones originarias de las iniciales 2.281.[3] Esto es, poco menos de la mitad. La última vez que se intentó realizar tal cómputo fue en 1965.[4] En aquel entonces, 1.716 artículos permanecían intactos. Parecería que, con el paso del tiempo, la muerte de células se ha acelerado. De hecho, continuando con nuestra metáfora humana, ahora estamos celebrando el cumpleaños de una persona a la que han practicado un trasplante de corazón, pulmones e hígado. ¡Según cómo se mire al paciente, se podría decir que incluso la mayoría de sus rasgos han desaparecido durante su larga vida! En muchos aspectos es una persona distinta; pero todavía está con vida. Eso es todo un logro.

Pero, ¿cómo es físicamente nuestro cumpleañero? El Código ha sido durante mucho tiempo reconocido por su buena presentación. Con esto me refiero a su estilo lapidario – un estilo que según dicen condujo a Stendhal, cuando escribió su *Chartreuse de Parme*, a afirmar que leía su texto al menos una vez al día para disfrutar del buen francés[5]. Sin duda, eso era cierto en muchas de sus famosas disposiciones.

Tomemos el artículo 312: *L´enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.* (El hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido). O recordemos el artículo 2279:"*en fait des meubles possession vaut titre.*" (En materia de bienes muebles la posesión equivale al título). Tal y como correctamente afirman ZWEIGERT y KÖTZ: "Este precepto apenas puede ser mejorado

[1] Horace WALPOLE (1876), *Anecdotes of Painting in England* , Vol. 2, reimpr. 1969, Arno Press, New York, pág. 94.
[2] *Id*.
(*) N.T.: Antigua unidad monetaria británica equivalente a ¼ de penique.
[3] Gérard CORNU (1965), "La Lettre du Code à l´Épreuve du Temps", en *Mélanges Offerts a René Savatier*, Librairie Dalloz ed., Paris, págs. 157y ss., pág. 181.
[4] Véase en general *id.*
[5] Jacques GHESTIN & Gilles GOUBEAUX (1983), *Traité de Droit Civil : Introduction Générale*, 2ª ed., Librarie générale de droit et de jurisprudence, Paris, pág. 94 (citando una carta de Balzac).

debido a su profundidad dramática"[6]; y éste no fue el único, lo que puede explicar por qué el Código, como modelo legislativo que regula la mayor parte del Derecho Privado, resultó ser tan exportable.

Sin embargo, nuestros amigos alemanes no son proclives al halago; y, por ejemplo, en el caso del Artículo 2279 —y en muchos otros ejemplos que dan— comentan "que el precepto tan solo nos ofrece un vaguísimo indicio de la idea subyacente"[7]. WINDSCHEID, ese gran romanista alemán que iba a tener un impacto tan directo en la redacción y contenido del más nuevo (1896) y mucho más austero Código Civil Alemán (BGB), pensaba que el Código Francés carecía de la "verdadera precisión interna que proviene de la absoluta claridad de pensamiento"[8]. De esta manera, y todavía examinando el Artículo 2279 del CC, ¿qué quiere decir posesión? ¿Es necesaria la buena fe? ¿Qué significa buena fe? ¿Y cuándo tiene que existir?

Estas críticas al *Code Civil* no se deben rechazar a la ligera. Los pandectistas alemanes del siglo diecinueve consumían mucho tiempo y esfuerzo discutiendo sobre estos asuntos. El parágrafo 932 del BGB fue su respuesta. Mientras que el Artículo 2279 del CC está formado por siete palabras, su homólogo alemán tiene nueve líneas. Como la mayor parte de la redacción legal alemana, judicial o legislativa, la formulación del parágrafo 932 deja poco a la imaginación. Los debates alemanes del siglo diecinueve acerca del significado exacto de posesión, detentación y términos similares, no impresionaron a nadie. Entre sus admiradores americanos, Holmes se hallaba entre los más escépticos.[9] Toda la literatura referente a este tema ahora ha quedado relegada a un segundo plano. Su profundidad intelectual suprimía la mayor parte de su encanto original. Esta breve valoración del enfoque germano muestra sus puntos fuertes, pero también señala algunas debilidades. En referencia a esto último, uno tiene en cuenta el hecho de que ello lleva a que la exportación de una cultura jurídica – importante cuando la exportación de ideas puede ser, especialmente en estos días, tan significativa como la de mercancías – sea mucho más difícil. En este momento, por lo tanto, me inclinaría a decir que el enfrentamiento franco-alemán está en tablas, aunque, representando, como hago, una cultura que también adopta un estilo de redacción legislativa engorroso, debo, tal vez, apartarme de cualquier intento de pronunciar una opinión definitiva.

Pero, no he finalizado con el Artículo 2279 del CC. Porque, aunque todo esté dicho y hecho, lo que los alemanes incorporaron a su código, los jueces franceses lo elaboraron ellos mismos, en la mayoría de casos de forma muy similar. En ese sentido, esto coloca al derecho francés más cerca del nuestro –(a diferencia de nosotros) en teoría ligado a los principios jurídicos, pero (como nosotros) en la práctica moviéndose de caso en caso y permitiendo al juez confeccionar las

[6] Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ (1977), *Einführung in die Rechtsvergleichung : auf dem Gebiete des Privatrechts*, Mohr, Tübingen; trad. Tony WEIR (1998), *Introduction to comparative law*, 3ª ed. rev., Clarendon Press, Oxford, pág. 92.

[7] *Id.*

[8] *Id.* (citando a B. WINDSCHEID (1847), "Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte", en V).

[9] Véase G. Edward WHITE (1993), *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self,* Oxford University Press, New York, págs. 134 y 135, que se refiere a la opinión de Holmes, quien consideraba que las teorías de los juristas alemanes sobre la posesión no eran coherentes con las resoluciones del *Common Law*, ni fieles al mismo, por lo que tenían así un impacto negativo general.

normas en respuesta a hechos reales. Habiendo dicho esto, me tengo que contradecir nuevamente y recordar al lector la (desafortunada) tendencia contemporánea de los tribunales ingleses de levantar sus manos y solicitar la ayuda del Parlamento. Así, no nos olvidemos de tres importantes ejemplos de mi propia especialidad de interés primordial, el Derecho de Daños: el abandono de la regla de la responsabilidad objetiva por parte de Lord Goff, lo que me parece una perspectiva legislativa muy alemana, [10] La llamada de auxilio de Lord Steyn en la cuestión del daño psiquiátrico con el que pensaba que había dictado el argumento de la redención judicial;[11]y, más recientemente, el llamamiento de Lord Hoffman (ilusorio, a mi parecer) al Parlamento para hacer lo que se necesite llevar a cabo en el Derecho de la Intimidad. [12]

No es este lugar para comparar la (real o aparente) sujeción a los principios jurídicos más que al pragmatismo, o las técnicas de redacción, sean éstas legislativas o judiciales. Pero hemos de señalar el debate que continuará en el apartado tercero, ya que las opiniones de PORTALIS todavía merecen ser tomadas en serio. En especial, tenemos que protegernos frente al peligro de equiparar una redacción legislativa detallada con una idea madura. Porque la técnica judicial francesa no fue ni por casualidad ambigua sino (a menudo) deliberadamente clara para facilitar el desarrollo, ya que PORTALIS repetidamente hizo hincapié en que "la previsión del legislador está limitada"[13]. En este sentido, la brevedad de los textos no fue sólo un generador de problemas sino también una fuente de desarrollo beneficioso. La redacción flexible de los textos hizo que el crecimiento y modernización del derecho francés dependiera, en gran parte, de la constante cooperación de tres agentes jurídicos: jueces, profesionales y académicos. Personalmente encuentro esta cooperación muy atractiva; e incluso creo que algo parecido está ahora comenzando a surgir en Inglaterra, al igual que ya existe en los Estados Unidos.

Podemos ilustrar brevemente esta idea examinando dos artículos importantes del Código: 1121[14] y 1384.

Ambos son ejemplos de un estilo epigramático, propio de una declaración de intenciones de la época en que fue redactado el Código. Fueron redactados cuando las materias que trataban - respectivamente, contratos a favor de terceros y responsabilidad objetiva extracontractual- eran temas jurídicos que o bien no existían o bien estaban en mantillas. A finales del siglo diecinueve esto ya no fue así. Ambas disposiciones tuvieron que resolver problemas relacionados con los nuevos asuntos sociales apremiantes, que no podían encontrar solución en el texto del Código tal

[10] Véase *Cambridge Water Co. v. E. Counties Leather Plc.*, [1994] 2 A.C. 264, 305 (1993) (Ingl.) (sosteniendo que "como regla general, es más apropiado que la responsabilidad objetiva… sea impuesta por el Parlamento que por los tribunales").

[11] Véase *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455, 500 (1998) (Ingl.) (afirmando que "la ley sobre la indemnización por daño puramente psiquiátrico es un mosaico de distinciones que son difíciles de justificar … Se tiene que dejar que el Parlamento se encargue de la tarea de…la reforma del Derecho").

[12] Véase *Wainwright v. Home Office*, [2003] U.K.H.L. 53, párr. 34 (2003) (Ingl.) (rechazando la invitación a declarar la existencia en el *Common Law* de un *tort* de intromisión en la intimidad [*privacy*]), disponible en Hhttp://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200203/ ldjudgmt/jd031016/wain-1.htmH (visitada por última vez el 19 de abril de 2004).

[13] J.E.M. PORTALIS (1827), "Présentation au Corps Législatif, Expose des Motifs", en P.A. FENET (1968), *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil*, Vol. 6, Séller, Osnabrück, pág. 360.

[14] En el caso del artículo 1121 del CC, el texto no solo es breve sino también poco claro, en parte reflejando la intención original de darle un alcance limitado.

y como se redactó en un principio. Estas cuestiones eran la moralidad y la validez de las pólizas de los seguros de vida (y, finalmente, los seguros a terceros en general: artículo 1121 del CC) y el creciente número de accidentes laborales y, posteriormente, de circulación (artículo 1384 del CC).

La genérica formulación de estos preceptos, de la que tanto recelaban los colegas germanos, proporcionó la salvación. Los tribunales franceses, de un modo casuístico que sería reconocido e incluso admirado por los juristas del *Common Law*, los modelaron poco a poco para aportar soluciones que no habían sido concebidas por el legislador. De esta manera, el apenas inteligible artículo 1121 del CC fue, de hecho, modificado en su contenido, aunque todavía forme parte de la estructura que ha perdurado. En cuanto al derecho sustantivo, sin embargo, uno podría sostener que el resultado final aventajaba al derecho inglés. Así, los contratos a favor de terceros fueron reconocidos en Francia[15] precisamente más de cien años antes de que la inglesa *Contracts (Rights of Third Parties) Act* 1999 abordase exhaustivamente los problemas que existían debido a la falta de esta institución. Y la introducción de la responsabilidad objetiva para accidentes de tráfico todavía tiene que convertirse en ley en mi país, *status quo* que priva a muchas víctimas de la carretera de la oportunidad de conseguir rápidamente alguna indemnización y sin recurrir a los tribunales.

Estas soluciones a las principales áreas problemáticas del derecho sustantivo no son fáciles de describir ni mucho menos de ser valoradas comparatísticamente en unas pocas frases. Hasta el final, podían encontrarse juristas del *Common Law* que pensaban que el *Common Law* se las había arreglado bastante bien , incluso sin la aprobación legislativa de los contratos a favor de terceros, mediante el recurso a otros mecanismos judiciales y legislativos. Las novedades concretas podrían considerarse controvertidas. Tal vez sean incapaces de atraer una reacción unánime de los juristas, sean franceses o ingleses, aunque uno debe fijarse en que a finales del último siglo la *Law Commission* inglesa consideró que la reforma se había vuelto imprescindible. Pero ese no es el motivo por el que yo mencioné estos ejemplos. Los cité, en cambio, para mostrar al lector uno de los más grandes legados del Código francés: la necesidad de desarrollar sus nociones más básicas mediante una constante y estrecha colaboración entre el mundo judicial y el académico. De esta manera los jueces franceses dictan sus sentencias délficas; los *arrêtistes*[16] las comentan y adornan; los jueces entonces se dan cuenta de estos escritos, y el proceso sigue adelante. En Francia, el académico nunca fue el *dominus* que ha sido en Alemania, pero tampoco el socio más joven del proceso de creación de las leyes que ha sido en Inglaterra. Hay algo atractivo en las ideas de equilibrio y cooperación.

Continuar en este sentido originaría un artículo apropiado para un seminario de profesores destinado a unos pocos, y no un ensayo genérico que celebre un aniversario importante en la vida del más antiguo código de Europa y que se halle dirigido a un público más amplio. Baste, así, con decir que tal análisis del sistema francés, en íntima y centrada yuxtaposición con el inglés y el alemán, puede demostrar cómo nos han ocupado a todos los mismos problemas a ambos

[15] Cass. civ., 16 de enero, 1888, S. Jur. I 1888, 609 (Fr.). El principal problema que desencadenó este aspecto del Derecho francés fue abordado en Inglaterra por la Matrimonial Act de 1882; pero su redacción era restrictiva y se tuvieron que encontrar otros mecanismos para resolver los problemas más amplios.
[16] Es decir, los doctos profesores y otros comentaristas de las resoluciones de los tribunales.

lados del canal; cómo nuestra metodología ha sido a menudo diferente y cómo, a pesar del anterior comentario, nuestros resultados finales, permanentemente, han sido parecidos. Todo ello puede ser interesante e, incluso, instructivamente pedagógico. Pero ésta no es todavía la principal lección que deberíamos sacar del Código. Porque si eso es todo lo que éste puede enseñarnos, no es suficiente para que este Código ocupe un lugar permanente en nuestras mentes o en nuestro plan de estudios. Un legado más duradero y universal es lo que necesitamos; y para encontrar esto pienso que tenemos que movernos hacia la sociología y la política jurídica puesto que la legislación es esencialmente un acto político. Una vez que reajustemos nuestro objetivo en este sentido, pienso que podemos andar más cerca de descubrir el legado duradero de la promulgación del Código francés; y esto, como se insinuó, puede ser distinto para los franceses, por un lado, y para el resto de nosotros, por otro.

2. Los legados duraderos

La promulgación de un código -este Código en particular- puede enseñar diferentes cosas a diferentes personas; ciertamente, cuando he hablado de este asunto con colegas franceses no siempre hemos admirado las mismas cosas. Lo que sigue a continuación aporta las opiniones de un observador foráneo. En la mayoría de la ocasiones esto es lo que son los comparatistas. ¡Y esta es tanto la fuente de su mayor fuerza como de su mayor debilidad!

2.1. La importancia de los personajes carismáticos

Este título, sin duda, nos conduce al principal creador del Código –Napoleón. No estoy aquí para hablar sobre su papel personal como (ocasional) presidente de la Comisión de Redacción[17], sino como el "facilitador" que finalmente hizo realidad el largo sueño de un Código solicitado más de trescientos años antes como deseable institución de la poco a poco emergente unidad del estado francés. Al manifestar una opinión de tal persona, uno no puede eludir el hecho de que Napoleón, objeto de unos 250.000 libros y artículos, ha sido tan controvertido como fascinante. No es menos cierto también que los puntos de vista que han tenido sobre él políticos e historiadores han cambiado con las épocas, como también que Napoleón y su labor se prestan a distintas interpretaciones que podrían ser usadas para dar apoyo a las pre-ocupaciones o programas contemporáneos de sus biógrafos. Si este cambio de énfasis nos aleja –temporalmente- de los temas puramente jurídicos, está bien y es buena cosa. Ya que, como se ha afirmado, detrás del Código encontramos en primer lugar una voluntad política. Y es esta voluntad lo que los europeos contemporáneos, en mayor o menor medida, también han de descubrir ahora, puesto que están llamados a decidir la posibilidad de la legislación europea. Voluntad y sentido de la oportunidad de esta manera se convierten en los verdaderos determinantes de lo que pase; y no nos olvidemos de que *ambos* son esenciales para un resultado duradero.

[17] Se han dado varias cifras respecto a cuántas reuniones presidió Napoleón. Alrededor de la mitad de más de cien es probablemente lo más certero. El resto fueron presididas por Cambecérés que, entonces, era el Segundo Cónsul.

Como se afirmó, la literatura es vasta y, comprensiblemente, muy desigual. En ésta Napoleón, como líder militar, a menudo no es distinguido del Napoleón administrador y reformista. Los años del Imperio (1804-1815) y el más temprano período del Consulado (1799-1804) no están tampoco claramente diferenciados.

Ese temprano periodo napoleónico comprende la parte más duradera del legado de este gran hombre. Por esto, durante esos pocos años uno encuentra la creación del Banco de Francia (1800), las *Prefectures*[18] (1801), la reconciliación con el Papa (1801), la fundación de los *lycées*[19](1802), la *Legión d´honneur* (1802), y la estabilización de la moneda (1803), por no mencionar la creación de la forma moderna de la administración estatal, con su uso pionero y extenso de la estadística que, en lo fundamental, fue en aquel entonces exportado a la mayoría de Europa.[20] Huelga añadir que este también es el periodo que vio la promulgación del Código Civil (1804). En Santa Elena, Napoleón explicó al Conde Emmanuel-Joseph de LAS CASES, un viejo aristócrata y amigo de su última época que lo acompañó allí y que por aquel entonces tomó nota de los últimos pensamientos del Emperador[21], que su "recuerdo estará formado por hechos que las meras palabras no serán capaces de destruir"[22]. Los argumentos vertidos en este párrafo son hechos. Estos exhiben a Napoleón de modo favorable y de una forma que es muy distinta de la imagen militar, en realidad autoritaria, del personaje más seguro de sí mismo de los últimos años del Imperio, cuando el exceso de confianza se convirtió en la arrogancia que entonces le condujo a sus dos mayores errores: sobrestimar su poder y su suerte. Lo que es más importante para nosotros, sin embargo, es que esos años también plantean una pregunta: ¿cómo ocurrieron esos logros –especialmente la promulgación del Código? Comprender esos éxitos mejor puede ser útil, ya que Europa está incrementando con rapidez la armonización de sus leyes e incluso puede estar preparada para promulgar un código europeo.

Como ya dije arriba, debido al tipo de enfoque matizado que se defendió, no siempre lo que escrupulosamente adoptó Napoleón puede ser presentado como autoritario; un hombre que como a Bismarck, tres cuartos de siglo después, le gustaba imponer su voluntad sobre los demás sin preocuparse de la de ellos. Geoffrey ELLIS, por ejemplo, nos cuenta que estaba "totalmente convencido de que siempre tuvo razón …[y de que fue] autoritario"[23]. Autoritario, como indicamos, se vuelve cada vez más; y su ansia de poder lo condujo, incluso durante su vida, a desfavorables comparaciones con Washington. Pero Napoleón también fue perspicaz; y a principios de su poderío interpretó correctamente el humor de los franceses. Esta capacidad de aceptar lo que era viable del pasado y no destruirlo (como el periodo revolucionario había

[18] Las divisiones administrativas de Francia que comenzaron a regir en los primeros años de la Revolución.
[19] Estos son los colegios estatales de secundaria que todavía funcionan y que sustituyeron a los antiguos que estaban casi exclusivamente dirigidos por la Iglesia Católica. Muchos de ellas rivalizan con la reputación de algunas de nuestras mejores *grammar schools* (* NT: institutos de enseñanza secundaria, por lo general dotados de fondos, en los que se enseña gramática griega y latina, como también otras asignaturas).
[20] Con o sin adaptaciones y un diferente grado de resistencia. Véase Stuart J. Woolf (1991), *Napoleon´s Integration of Europe*, Routledge, London, cap. 3.
[21] Emmanuel de LAS CASES (1823), *Le mémorial de Sainte-Hélène*, ed. 1956, Libraire Gallinard, Paris.
[22] *Id.*, anotación de 21 de octubre de 1816.
[23] Geoffrey ELLIS (1997), *Napoleón*, Longman, London & New York, pág. 6 (énfasis añadido). Para ser justo con el Sr. ELLIS, sin embargo, se debe indicar que la idea que aquí se subraya aparece más tarde en su libro. Véase *id.* págs. 197-214.

intentado hacer en varias ocasiones) fue una muestra del talento de Napoleón para estar en armonía con su época, y también estar por delante de ella. Y en 1799, los tiempos que le habían sido propicia para asumir el poder después del *golpe de estado* del 18/19 de *Brumaire* pedían a gritos el acuerdo, la estabilidad y el sosiego. Así, el resultado de los debates acerca de la redacción debía evitar algunos de los excesos del *droit intermédiaire* que, en su búsqueda de algunos de sus apreciados dogmas, había debilitado el matrimonio, las relaciones familiares, y la patria potestad.[24] Pero la solución definitiva contenida en el Código también tenía que aceptar algunas de las medidas más atrevidas de los primeros años revolucionarios entre las que uno sin duda ha de incluir la expropiación de las tierras de la iglesia y de los aristócratas emigrados que huyeron de Francia en oleadas dejando que las clases medias las adquirieran a precio de ganga.[25] De hecho, muchos estudios han demostrado cómo las clases medias, especialmente las hacendadas, fueron las beneficiarias económicas de la revolución; y el código protegió sus ganancias[26] y dio pleno valor a sus aspiraciones, algo que los nobles (auto-) exiliados del *Ancien Régime* nunca llegaron a aceptar.

Pero había otras cuestiones que preocupaban a los codificadores. En el Derecho de contratos la herencia jurídica era evidente: el Derecho Romano era la principal fuente (como se planteó y explicó por el gran jurista del siglo diecisiete Domat, y su homólogo del siglo dieciocho, Pothier). Pero en temas de régimen económico matrimonial, herencia, legitimidad de los hijos y divorcio, las opiniones eran tan distintas como las soluciones que prevalecieron en la mayoría de las áreas del derecho consuetudinario. Las diferencias no fueron solamente en las costumbres locales; también eran diferencias sobre lo que ahora llamaríamos cuestiones generales de la teoría del derecho (compuesta por una gran dosis de argumentos políticos) como la retroactividad de las leyes, que los puristas revolucionarios querían aplicar al menos hasta 1789.

En otros asuntos, los temas políticos más considerables estaban enredados: las relaciones con la Iglesia Católica era uno; y no hemos de olvidar cuánto sufrió la Iglesia después de la revolución y cómo aún siguió contando con un fuerte apoyo, especialmente en algunas zonas del sur y oeste

[24] Estas ideas están elaboradas con gran lucidez en Xavier MARTÍN (2003), *Mythologie du Code Napoléon: Aux Soubassements de la France Moderne*, éditions dominique martín morin, Bouere, págs. 403-452.
[25] Que llegaron a ser conocidos como los *biens nationaux*.
[26] Entre ellas se incluye especialmente la venta estatal de tierras pertenecientes a miembros de la nobleza que huyeron de Francia en oleadas durante los primeros años de la revolución. Su devolución a los propietarios legítimos/originarios fue estupendamente defendida por el Conde de Provenza (el futuro rey Luis XVIII), en su declaración de Verona de 1795 y, de nuevo, después de la restauración de la monarquía en 1815. Pero en este asunto no pudo atrasarse el reloj y no pudieron ignorar los intereses de la gente que las habían adquirido, principalmente de la clase media. Ello lo reconoció el Código de Napoleón reconoció, demostrando de modo inequívoco, una vez más, que estaba más atento a la realidad que sus oponentes.

de Francia.[27] Es aquí donde comenzamos a ver la capacidad de Napoleón de llegar a un acuerdo y tener en cuenta la opinión pública.

Estas dos cualidades se pueden observar en su firma del Concordato de 1802, donde consiguió un acuerdo con el Papa en el terreno político.[28] La necesidad de un pacto con el Papa era evidente en cuanto la tristemente célebre ley del 3 de *ventôse* (21 de febrero) de 1795 permitiendo la libertad de conciencia pero restringiendo gravemente la libertad religiosa, demostró ser cada vez más inaplicable. La necesidad de un acuerdo, a la luz del abierto rechazo del campo en abandonar a los sacerdotes "obstinados", visto retrospectivamente, era bastante obvio. Y todavía, en aquel momento, el desorganizado Directorio no vio lo que llegó a ser evidente para Napoleón poco después de asumir el poder después del golpe del 18/19 de *Brumaire*.

El mismo compromiso se extrapoló al terreno jurídico. El divorcio fue reconocido, aunque se rechazaron algunos de los excesos de la época revolucionaria que habían eliminado todas las formalidades y lo habían convertido en una institución libremente disponible. De esta manera, el mismo hombre que tuvo el valor de lograr un acuerdo con la Iglesia fue la misma persona que la privó del gran control –espiritual y financiero- que tenía tanto para oficiar casamientos como para negar la validez del divorcio. De hecho, Napoleón que, finalmente, decidió divorciarse de su primera mujer – Josefina- por razones de estado (ella no podía darle un heredero), lo hizo así sobre la base del consentimiento mutuo. En esto, puede que no sólo haya dado valor a los sentimientos de profundo cariño que tenía hacia ella. Porque, a su aprobación del divorcio como institución, hemos de añadir su opinión sobre el peligro (que había enfatizado en las reuniones del Código) de que las discusiones matrimoniales atraigan inacabables habladurías y causen un perjuicio que sea duradero. Realmente, incluso en el acto de separación definitiva de su esposa, que se anunció de forma ceremoniosa en el Palacio de las *Tuilleries* en 1809, él mantuvo un nivel de elegancia que no se encuentra incluso en nuestros días de supuesta mayor cortesía; ¡ya que concedió a Josefina el derecho a conservar su título Imperial incluso después del divorcio!

2.2. Más sobre pactar y asesorarse

Aunque que los temas arriba mencionados puedan ser importantes, todavía no son el asunto principal que quiero tratar. Mi tema central es distinto y hace referencia al pacto y a la síntesis, formando parte de esa cualidad difícil de encontrar: el liderazgo y legislar.

[27] El 28 de octubre de 1789, la Asamblea Constituyente reorganizó la Iglesia mediante lo que llegó a ser conocido como la Constitución Civil del Clero. La nacionalización de los bienes de la Iglesia fue un golpe tan serio para la autonomía y la riqueza de la Iglesia como lo fue la decisión de confiar la elección de todos los párrocos y obispos a los llamados ciudadanos "activos" (*i.e.*, ciudadanos que representan una cierta cantidad de ingresos anuales al país). Los constituyentes también impusieron un juramento de lealtad a toda la constitución que, entonces, fue prestado por un sesenta por ciento de los párrocos pero sólo por una diminuta fracción de obispos (incluyendo el más tarde famoso escritor, Ministro de Asuntos Exteriores, y brillante pero oportunista político, Talleyrand [entonces Obispo de Auban]) conocidos como los "constitucionales". Al resto (que no prestó el juramento y que con el paso del tiempo creció en número) no se le permitió oficiar misa. Llegaron a ser conocidos como los "refractarios".

[28] El complejo (y larguísimo) acuerdo con el Papa llegó a un compromiso sobre la elección de obispos (el derecho a nombrar pasó al Estado, y los antiguos obispos nunca regresaron), pero continuó la confiscación de los bienes eclesiásticos o la abolición de impuestos especiales de la Iglesia. A cambio, sin embargo, se impuso la obligación al Estado de pagar los salarios del clero.

El liderazgo implica la capacidad de ver lo que está por venir y no sólo aferrarse al pasado. El liderazgo también significa saber a dónde se quiere llegar y cuándo detenerse o tener en cuenta la opinión de los demás. De esta manera, mientras que en el terreno militar Napoleón podría haber buscado la victoria total (y casi la consiguió), en las políticas internas de sus primeros años me parece a mí –un aficionado de afuera- como más consciente de la necesidad de llegar al acuerdo e incluso al consenso. Su expresión favorita era la "reconciliación nacional".

Estudiando a Napoleón como un administrador, como un organizador de Estado, como un hombre que sacó a Francia de la bancarrota financiera de los años revolucionarios, incluso como la persona que comenzó a reconstruir París,[29] vemos tres características que para empezar yo encuentro admirables y, creo, que no se subrayan mucho en el mundo angloamericano.

La primera es el deseo de emplear viejos talentos además de descubrir otros nuevos. Estos no son revolucionarios sino sintetizadores que saben expulsar lo que es malo de lo antiguo, pero mantienen lo que es bueno y entonces lo combinan con lo nuevo. En segundo lugar, veo a un político que se está rodeando de talento, sin importar sus lealtades en el pasado; ¡de hecho, al atraer gente competente alrededor suyo, Napoleón a menudo tuvo personas cerca de él –militares, diplomáticos, incluso su propio cirujano jefe- que más tarde lo traicionaron cuando se dieron cuenta de que el poder se les estaba yendo de las manos! Y en tercer lugar, veo a un líder que, en la búsqueda de sus objetivos, combina fuerza, persuasión, y astucia en su buena voluntad de acariciar las debilidades humanas.[30]

2.3. Un equipo operativo

Todas las ideas arriba expuestas quedan claras cuando uno ve quién redactó el Código y cómo aquellas fueron seleccionadas.[31] El liderazgo requiere que el líder tenga talento político para utilizar en provecho propio todas las fuerzas que están en juego; y Napoleón hizo esto no porque dichas fuerzas gravitaran sobre él cuando ya había ganado sino porque se tomó la molestia de ir a buscarlas. Los primeros cuarenta nombramientos del Consejo de Estado, un importante organismo del Consulado encargado de la preparación de los proyectos de ley (y el precursor del más respetado tribunal de la Francia contemporánea), "fueron elegidos menos por su trasfondo político que por su pericia"[32]: Su capacidad para atraer a gente que le fuera útil se extendió incluso a aquellos con los que se había peleado en el pasado.[33]

---

[29] Georges POISSON escribe cómo Napoleón a menudo dudó cuando se tuvieron que tomar decisiones arquitectónicas importantes además de cómo él defirió al juicio de expertos cuyas opiniones solicitaría y luego sopesaría frente a las existentes. Véase en general Georges POISSON (2002), *Napoléon Ier et Paris*, Tallandier, Paris.

[30] Las condecoraciones de honor, y años más tarde, los títulos nobiliarios eran a menudo utilizados para acariciar la vanidad humana y atraer a la gente a su lado. Algunos no sucumbieron, entre ellos La Fayette, quizá porque su estancia en los Estados Unidos le había infundido una desconfianza a los honores cívicos.

[31] Para un interesante debate de fondo, véase en general Laurence CHATEL DE BRANCION (2001). *Cambacérés: Maitre d´Oeuvre de Napoleón*, Perrin, Paris, pág. 287.

[32] Laurence CHATEL DE BRANCION (2001). *Cambacérés: Maitre d´Oeuvre de Napoleón*, Perrin, Paris, pág 347.

[33] Vemos esto, por ejemplo, en sus relaciones con Benjamin Constant, un jurista, político, y autor bastante reputado. Esta relación, que frecuentemente se refería a las formas de gobierno, merece al menos un artículo aparte.

El utilitarismo ecléctico de Napoleón es, nuevamente, evidente, en la selección de la comisión de cuatro personas encargada de la tarea de redactar el texto del Código –Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis y Maleville-. Porque ellos representaban el ejercicio del derecho, pero al menos dos de ellos tenían una mente abierta y una fuerte predilección por la teoría del derecho.[34] Su conocimiento jurídico también incluía los intereses del norte teutónico (Tronchet y Bigot) y los del románico meridional (Portalis y Maleville). En realidad más que eso, porque estos redactores, que supuestamente estaban articulando la voz del nuevo régimen, también tenían un pie en el antiguo. Tronchet, por ejemplo, que había defendido a Luis XVI cuando fue procesado (y finalmente ejecutado) en la década de 1790, podía ser visto así incluso como un "chaquetero", en el peor de los casos, y en el mejor de los mismos, como un realista supremo. [35] PORTALIS, también, estuvo (intelectualmente) más en armonía con el pasado que con el "presente" revolucionario cuando sostuvo repetidamente que se podía emplear una doctrina jurídica transnacional e intertemporal para completar el Código.[36] Como ha escrito uno de los más perspicaces historiadores contemporáneos de la Revolución Francesa: "De este modo la síntesis homeopática que era uno de los secretos del Primer Cónsul surtió efecto: moderar la Revolución Francesa con una pizca de *Ancien Régime*"[37].

La búsqueda de talento por parte de Napoleón es, de este modo, seria, constante, no episódica. Para convencerse de ello uno sólo ha de mirar en campos distintos al derecho y allí, otra vez, encuentra uno el mismo patrón de conducta. Es precisamente porque mi investigación me ha demostrado este aspecto en muchas, diversas áreas de la administración que me parece tan importante y, nuevamente, tan poco advertido en los círculos anglosajones. Porque esta predilección muestra a la vez su buena disposición para establecer todos los cargos por mérito –de hecho, esto fue uno de los logros más duraderos de la Revolución— pero también su confianza en sí mismo para promover la diversidad de opiniones como parte de su proyecto más amplio de reconciliación nacional y no sentirse obligado a estar rodeado de personas que dicen amén a todo.[38] Se podrían dar muchos ejemplos pero los siguientes pueden resultar apropiados partiendo de un comentarista académico que ha tenido mucha experiencia en "elecciones universitarias".

La elección de Chateaubriand para la *Académie Française* fue algo que Napoleón favoreció, habiendo admirado mucho el *Génie du Cristianisme* de entonces, una obra religiosa que atacó la mayor parte de los escritos anticlericales de la Ilustración, especialmente de Voltaire, *y* que fue publicada oportuna y convenientemente justo antes de la firma del Concordato con el Papa en 1801. Pero Lemercier –otro académico- a quien no le gustaba el mismo libro, se opuso firmemente a la candidatura de Chateaubriand. Al final, la muerte, como a menudo sucede, presenta nuevas oportunidades. Chenier, otro académico, murió en 1811; y Napoleón, con quien Chateaubriand

[34] Maleville, por ejemplo, había ejercido en Burdeos antes de convertirse en juez. Tronchet había seguido el mismo tipo de carrera.
[35] De hecho fue el único abogado a quien el rey eligió personalmente para defenderlo.
[36] Véase Jean-Etienne-Marie PORTALIS, "Expose des motifs : De la Publication, des Effects et de l´Application des Lois en General", en *Ecrits et Discours Juridique et Politiques*, 1988, págs. 65-78.
[37] François FURET (1988), *Revolutionary France 1770-1880*, trad. Antonia NEVILL (1992), Blackwell, Oxford, pág. 232.
[38] Cambacérés destacó este aspecto cuando recomendó a Napoleón cada uno de los miembros de la Comisión de Redacción.

estaba peleado desde 1804[39], permitió no obstante que tuviera lugar el nombramiento. A Chateaubriand, como es tradicional en ese augusto organismo, le encargaron escribir su "discurso de aceptación", que según una larga tradición requiere al "inmortal" entrante elogiar a su predecesor. Pero el antecesor era un "regicida", y Chateaubriand, un monárquico. Su pluma era tan aguda como rigurosa era su mente y en el borrador del discurso dejó claro su propio menosprecio monárquico por su predecesor. Napoleón solicitó el lápiz negro de la censura e insistió en que las partes polémicas se eliminaran dentro del espíritu de reconciliación nacional. Chateaubriand, un bretón aristocrático y taciturno, se negó y como consecuencia nunca ocupó el cargo. En sus *Mémoires d´Outre Tomb*, que primero salieron en Bruselas en 1850, después de su muerte –de ahí el título-, resultó ser un crítico severo de Napoleón pero también un admirador de sus habilidades.[40]

Pero regresemos a la redacción de un código y demos la penúltima palabra a un escritor que, en general, no simpatizaba con Napoleón. Escribiendo la primera edición de *Cambridge Modern History*, el fallecido H.A.L. FISHER dijo: "sus aportaciones al debate fueron una serie de sorpresas estupendas, de vez en cuando adecuadas y decisivas, a veces envueltas en los tisúes relucientes de un sueño, pero siempre grabadas con la marca de genio y brillando con los impulsos de un temperamento impetuoso y lleno de vigor"[41].

Aunque esta afirmación manifieste admiración, no se reduce a eso. Porque pasa por alto el hecho de que las "intervenciones" napoleónicas fueron a menudo "*amenagé*"(*) por su buen amigo y número dos –Cambacérés. Aunque esto no afecta a la esencia de la idea de FISHER, también demuestra cómo Napoleón sabía cómo seleccionar a sus lugartenientes y cómo deferir a su conocimiento superior en temas que ellos sabían mejor que él. La manera cómo escogió a sus dos cocónsules (y más tarde altos funcionarios de su Imperio) –Cambacérés y Lebrun[42]- lo demuestra. La elección no sólo mostró la búsqueda constante de equilibrio político por parte de Napoleón; él también demostró astucia política. Porque como el profesor FURET ha apuntado en su clásica obra sobre la Revolución: "Ambos tenían la madurez escéptica nacida de la experiencia, pero los dos prefirieron los honores al poder"[43]. Esto vino bien a Napoleón; y ellos resultaron ser enormemente útiles para él sin representarle personalmente nunca ninguna amenaza.

---

[39] La disputa surgió cuando Napoleón ejecutó al real Duque de Enghien, por sospechar equivocadamente que estaba detrás de un intento de asesinato frustrado que tuvo lugar contra él a principios de ese año. El joven Duque, que estaba residiendo en aquel momento en (la neutral) Baden, en Alemania, fue secuestrado por los hombres de Napoleón, sumariamente juzgado y ejecutado, todo en un día. Joseph Fouché, famoso Ministro del Interior de Napoleón y uno de los políticos más oportunistas de todos los tiempos, describió estupendamente el incidente (con el que no estaba personalmente implicado) como "no sólo como un crimen sino como un grave error". De hecho, se convirtió en uno de los defectos más serios en las reivindicaciones de legitimidad por parte de Napoleón. La personalidad compleja de Fouché ha sido parcialmente reconstruida en obras recientes. Véase en general Jean TULARD (1998), *Joseph Fouché*, Fayard, Paris.

[40] Chateaubriand dedicó a Napoleón los libros XIX a XXIV de sus clásicas *Memoirs d´Outre Tombe* (1841); y lo que allí dice contrasta con el anterior folleto más motivado políticamente (y a menudo inmoderado) titulado *De Buonaparte et des Bourbons* (1814), publicado un día después de que París capitulara en 1814 ante las fuerzas que obligaron a Napoleón a su exilio (temporal) en la Isla mediterránea de Elba.

[41] H.A.L. FISHER (1906), "The Codes", en A.W. WARD *et al.* eds., *The Cambridge Modern History*, vol. 9, The University Press, Cambridge, págs. 148 y ss., p.151.

[42] El primero era un hombre de la Revolución, el segundo del *Ancien Régime.*

[43] FURET (1988), *supra* nota 37, pág. 217.

(*) NT: Dispuestas, arregladas

2.4. La importancia de la elección del momento oportuno

No hacer caso a los primeros intentos para promulgar un código (menos conocidos para los no franceses) puede hacer que la gente subestime la importancia de otro factor: el momento adecuado. Los franceses, desde luego, no necesitan recordar los primeros intentos de codificación. Brison en el siglo dieciséis, Colbert y Lamoignon en el diecisiete, y D´Aguesseau en el dieciocho, produjeron todos codificaciones *limitadas*. En el terreno legislativo podemos, de hecho, remontarnos por lo menos a 1560 cuando los Estados Generales votaron por un código. Pongo énfasis en "limitadas" porque los intentos de promulgar códigos integradores fueron evitados conscientemente, pienso, en gran parte debido al hecho de que todavía no era el momento oportuno. Los juristas franceses también saben que semejante legislación unificadora, como la que fue promulgada antes de la Revolución —y de la que existía una cantidad importante en los siglos diecisiete y dieciocho—, quedó limitada a temas concretos aunque algunos (como el derecho mercantil) eran, sin duda, de considerable amplitud.

La historia no se repite. Pero en lo que acabo de describir existe una lección para lo actualmente se está intentando en Europa. Pero esto no es lo único. El Código Napoleónico demuestra que tales proyectos solo dieron resultado cuando un líder carismático apareció en la escena para promoverlos. Colbert era uno, D´Aguesseau otro, ¡aunque no al mismo nivel de Napoleón! Ambos eran también animales políticos, los dos eran competentes, ambos actuaban de forma gradual, los dos estaban ofreciendo lo que la sociedad del momento era capaz de asimilar; y ello era una reforma del derecho en pequeñas dosis. Mas esto no siempre iba a quedarse así.

El momento adecuado fue a principios de 1800[44]. Cuando estalló el golpe de estado del 18/19 de *Brumaire* Napoleón, extrañamente, vaciló por un momento. Pero rápidamente se dio cuenta de la trascendencia de la elección del momento. Él percibió que los franceses estaban cansados de las convulsiones de una revolución que aún estaba prologándose once años después de haber estallado. Intuyó que querían conservar los logros obtenidos y ser protegidos del peligro representado por los opositores jacobinos y monárquicos. Para conseguir todo eso, ¡la mayor parte de los franceses estaba incluso deseando confiar su destino en manos de un hombre poderoso porque, se podría argumentar, lo que importaba a la mayoría de los franceses del momento era más la *égalité* que la *liberté*! Así, como el profesor FURET –ese gran acuñador de frases memorables— dijo: "En 1789, los franceses habían creado una República, bajo el nombre de una monarquía. Diez años después, crearon una monarquía, bajo el nombre de una República"[45]. Napoleón aprovechó su oportunidad interpretando correctamente la época.

---

[44] El golpe de estado de *Brumaire* tardó mucho en gestarse, mientras cada vez había más gente que se desesperaba por la desorganización que había arraigado durante el periodo del Directorio. ¡Pero esto da todavía otro ejemplo del sentido de la oportunidad de Napoleón además de un modelo de maestría de lo que llamamos actualmente el arte del *spin* político! (* véase la definición de este concepto *infra* en la nota del traductor tras la nota 51). Para más detalles de este cambio de sentido en la historia de Francia, además de la información sobre el modo en que Napoleón "manipuló" a sus colegas, véase Jean TULARD (1999), *Le 18 Brumaire: Comment Terminer une Révolution*, Perrin, Paris.

[45] FURET (1988), *supra* nota 37, pág. 215.

Napoleón también comprendió que ahora era el momento oportuno para el Código integrador que facilitaría lo expuesto arriba y traería unidad jurídica a un país que finalmente había llegado a ser políticamente unido. Fue la valoración correcta del talante de los franceses por parte de Napoleón así como su voluntad política para acabar, mediante el acuerdo, con la incapacidad jurídica de promulgar el Código que la Asamblea Nacional de 17 de junio de 1789 le había pedido. El Código acabó con la fragmentación geográfica y de clases de la vieja Francia que representaban las leyes del *Ancien Régime*. Cuando se promulgó el Código ese pudo ser su mayor logro. Actualmente, como subrayaremos más abajo, el verdadero legado y valor del Código tal vez tenga que buscarse en otra parte.

2.5. El estilo de la redacción

He hecho alusión a ello al principio de este capítulo así que, en lo que aquí interesa, dos ideas más deberían bastar.

La primera es el estilo original lapidario del Código. Como se indicó al principio de este artículo, aquél no escapó a las críticas, especialmente en Alemania. Pero también tenía su lado positivo en la medida en que contribuyó considerablemente a convertir el Código en un modelo de exportación aceptable.

El estilo lapidario, en segundo lugar, no está en sí mismo inextricablemente relacionado a ideas inexactas. La modernización de la sección de Derecho de Familia del Código, llevada a cabo por el ya fallecido *Doyen* Carbonnier, demuestra que puede ser imitado con éxito sin perder el rigor intelectual o el espíritu innovador. Al decir de todos, Carbonnier logró estos dos objetivos. A sus esfuerzos uno podría añadir que la ley que incorporó la directiva europea que se ocupaba de los productos defectuosos, además, adaptó el estilo del código a una detallada regulación que manifiestamente tenía en sus orígenes una directiva europea.[46] Estas observaciones son importantes porque demuestran que mientras uno puede romper con la tradición de formular toda un área del derecho —verbigracia el Derecho de Daños— en muy pocos preceptos expresados lacónicamente, la forma de la redacción no necesita alcanzar el estilo complicado, excesivamente interconectado, árido, e incluso poco claro que uno a menudo encuentra en algunas leyes alemanas.[47] Lo de arriba, sin embargo, no debería ser tomado para indicar que los franceses siempre han acertado al redactar otras disposiciones, posteriormente añadidas a su Código. ¡De hecho, en una ocasión incluso se solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre el significado de un determinado artículo![48]

[46] CODE CIVIL [C.CIV.] art. 1386 (Fr.). Los 21 artículos de la ley se introdujeron en el art. 1386 del CC.

[47] La ley alemana *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* —el equivalente a nuestra *Unfair Contract Terms Act*— recientemente incorporada en el BGB, ofrece un excelente ejemplo de lo que un observador externo consideraría como legislación indigesta. Véase *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB] § 305 (F.R.G.).

[48] Véase en general C.CIV. art. 15 (que permite a las personas del mismo u opuesto sexo regular su vida en común); Nicolas MOLFESSIS (2000), "La Réécriture de la Loi Relative au PACS par le Conseil Constitutionnel", *La Semaine Juridique*, nº 10, 8.3.2000, Paris, págs. 399-407.

3. El futuro del código francés en el contexto de los movimientos contemporáneos para redactar un código europeo

Los juristas franceses contemporáneos son (correctamente) conscientes del envejecimiento de su Código. También lo son de los retos planteados por una oleada de directivas europeas que imponen cambios en el derecho privado francés interno. Los problemas más recientes provienen de la transposición de la Directiva Europea sobre Ventas de Consumo[49] que jugó un papel importante al decidir los alemanes revisar su Derecho de Obligaciones y no simplemente intentar articular el contenido de esta directiva con la vieja estructura de su derecho antiguo. ¿Podrían los franceses recorrer el mismo camino que siguieron los alemanes? En teoría, la respuesta es que podrían. Sin embargo, por motivos que están mejor desarrollados en otro trabajo, este autor cree que es poco probable que esto suceda en un futuro inmediato. ¿Podrían, pues, los franceses optar por uno de los proyectos más amplios de elaborar un Código Europeo? Al menos un eminente jurisconsulto comparatista francés ve alguna ventaja en tomar tal dirección.[50] El llamado proyecto *von Bar* parece el más ambicioso de los que actualmente se hallan en circulación;[51] y sería coherente con el objetivo y contenido de este trabajo analizar de qué manera este proyecto está tomando forma frente a la clase de legados duraderos del proceso de codificación francés que esbocé en las páginas anteriores. Luego podremos preguntarnos si el nuevo proyecto supera las pruebas de perdurabilidad establecidas por el viejo.

3.1. ¿Tolera nuestra época personajes carismáticos?

Ya se ha subrayado la importancia del líder carismático en la promulgación final del Código. ¿Pero quién tiene tal carisma y poder en estos días? ¿Y –una pregunta más amplia- nuestra época acoge con agrado a tales personajes "heroicos"?

Personalmente, dudo que se pueda dar una respuesta afirmativa a lo anterior. Nuestra época prefiere el gobierno (o administración) en comisión. El liderazgo sólido genera una desconfianza

---

[49] Geneviève VINEY (2002), "Quel Domaine Assigner à la Loi de Transposition de la Directive Européenne sur la Vente ?", *La Semaine Juridique*, nº 36, 4.9.2002, Paris, Doctrine, I 158, págs. 1497-1501 ; Gilles PAISANT & Laurent LEVENEUR (2002), "Quelle Transposition pour la Directive du 25 Mai 1999 sur les Garanties dans la Vente de Biens de Consommation?", *La Semaine Juridique*, nº 21, 22.5.2002, Paris, págs. 76-135.

[50] Denis TALLON (2003), "Grandeur et Décadence du Code Civil Français", en Bernard DUBUISSON *et. al.*, *Mélanges Offerts a Marcel Fontaine*, De Boeck & Larcier, Bruselas.

[51] El llamado "Proyecto de Trento" es otro, aunque sus objetivos son algo distintos. Otros grupos de académicos han estado organizando talleres con la intención de descubrir los principios comunes del Derecho Europeo. La movilización de expertos europeos para hablar de estos asuntos es bastante inaudita y desmiente a aquellos que han sostenido que el Derecho Comparado está dentro de un gueto académico. Se pueden encontrar mis propias opiniones sobre el asunto más extenso del estado del Derecho Comparado en el cambio de siglo en Basil MARKESINIS (2003), *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*., Hart Publishing, Oxford.

*NT: Concepto político acuñado cuyo significado es formar la opinión pública: mostrar los comentarios de alguien o relatar unos hechos de tal manera que influyan en la opinión pública de un modo deseado. Es un método político que consiste en manipular las noticias o acontecimientos, de manera que se pueda sacar de ello un beneficio propio.

que conduce al miedo. Sólo se tolera si está acompañado de dotes diplomáticas que hayan llegado a dominar el arte moderno del "*spin*" * (3) y den la apariencia de ir en busca de consenso. Entonces surge una pregunta más: ¿dónde –esto es, en qué sector de la sociedad o en cuáles de sus profesiones- debería buscarse tal liderazgo "habilitante" cuando uno está pensando en términos de un proyecto intraestatal? Es bastante difícil pensar en académicos para tal papel dentro de un contexto nacional; lo habría creído imposible si uno estuviera pensando en proyectos supranacionales. Los académicos, simplemente, no tienen legitimidad para tal papel.

En el contexto de la Unión Europea, la Comisión en Bruselas es la principal iniciadora de la legislación; y en gran medida es la principal fuerza motriz detrás de los proyectos en curso. Además, uno tiene la impresión de que este momento el Consejo de Ministros no ve el "proyecto del código" como un proyecto "político" sino como proyecto "tecnocrático". Si ésta es una valoración correcta significa que, al menos de momento, los funcionarios quedarán al mando. La pregunta sin embargo es: ¿puede tal grupo de funcionarios anónimos llevar a cabo un proyecto de este tipo y de esta magnitud? Además, lo que existe actualmente es un producto de ideas puramente teóricas —el proyecto *von Bar*— que ha sido principalmente financiado con fondos alemanes y ha generado más debate que apoyo. También empieza a granjearse críticas que, todavía peor para los promotores del proyecto, están llegando a ser "personalizadas." En el mundo de la política internacional, éstos no son buenos augurios. Y la cuestión sobre si los borradores de *von Bar* pueden servir como un catalizador para una acción "oficial" posterior depende de muchos imponderables. Antes de intentar responder a esta cuestión más amplia deberíamos, no obstante, formular una pregunta preliminar: ¿hay una necesidad de tal código?

3.2. ¿En qué medida Europa necesita un código?

La viabilidad de un código más amplio, potencialmente integrador, se ha de analizar frente a la deseabilidad de tenerlo. Ambas parecen haber disminuido desde que la idea fue aprobada por primera vez por el Parlamento Europeo en 1989, aun cuando la Comisión esté siguiendo adelante.[52] Pero la necesidad de facilitar los negocios y el comercio en Europa está, se argumenta, pidiendo a gritos un código de contratos menor. La estrechez del enfoque ya es una justificación indirecta en la tesis de este autor. Pero, incluso con un objetivo redefinido, el que suscribe tiene algunas dificultades con esta idea. He aquí cinco:

Primero, ¿es realista pensar que tal documento *obligatorio* podría ser acordado por todos los miembros de la Unión Europea en su etapa actual? En segundo lugar, ¿por qué necesitamos que tal instrumento tome la forma de un estatuto obligatorio, especialmente en un área del derecho que está dominada por normas que son de *ius dispositivum*? En tercer lugar, ¿por qué necesitamos un nuevo documento sobre contratos y no usamos en su lugar los Principios Lando de Derecho Contractual Europeo, ya publicados en tres volúmenes? En cuarto lugar, cuando hablamos del

[52] "El 15 de noviembre de 2001 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución en la Comunicación [sobre Derecho Contractual Europeo], estableciendo un plan de actuación y un calendario hasta el año 2010, año en el que la Unión Europea debería haber adoptado un conjunto de reglas de Derecho Contractual". Wulf-Henning ROTH (2003), "Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI Deutschland GMBH & Co. KG, Judgment of 12 March 2002 (Sixth Chamber), ECR 2002, I-2631", *Common Market Law Review*, vol. 40, nº 4, pág. 937-951.

Derecho de Contratos, ¿en qué Derecho Contractual estamos pensando: el derecho que se aplica entre entidades empresariales de más o menos igual poder de negociación? ¿El derecho apropiado para las transacciones de consumo? ¿Contratos de Derecho Laboral? ¿Contratos cotidianos, de poca importancia?[53] ¿Podemos armonizar uno de estos y dejar los otros a los derechos nacionales? En quinto lugar, las normas contractuales reflejan la economía, el mercado, y las ideas políticas. Mientras que ahora se puede decir que todos los países de la Unión Europea pertenecen a lo que uno podría llamar economías de libre mercado, existen todavía variantes importantes entre aquellos países que optan por el capitalismo americano de tipo "duro" y las variedades europeas más conscientes socialmente. ¿Las normas propuestas son adecuadas para todas estas variantes? ¿Estos temas han sido discutidos? ¿Podrían examinarse sin que el proyecto entero estalle en la cara de los autoproclamados codificadores? ¿Una norma de *culpa in contrahendo* tiene cabida en un marco que desee proteger la libertad de no estar obligado contractualmente hasta que se haya prestado el consentimiento contractual? ¿Puede la idea alemana sobre la buena fe entrar alguna vez en nuestro Derecho Contractual (¿y realmente ha resuelto los problemas el famoso parágrafo alemán 242 del BGB o ha favorecido el litigio?).

¿Los unificadores o armonizadores han solucionado todas estas cuestiones de modo que podrían constituir un código aceptable para veinticinco países? ¿O en cambio se han centrado en la reducción de un texto que representa el mínimo común denominador de sus redactores académicos? ¿Y tal documento, si alguna vez llegara a ser oficialmente aceptado, tendría la misma o incluso aproximadamente la misma exégesis cuando se interpretara diariamente por tribunales diferentes? ¿Y lo resuelto por los "codificadores" tendría la adecuada línea divisoria entre el contrato y la responsabilidad extracontractual o aquellos incluirían la mayor parte del Derecho relativo a la responsabilidad extracontractual (lo que es inapropiado) para las mencionadas necesidades comerciales apremiantes de Europa simplemente porque algunos de ellos se especializan en esta materia? Por último, ¿los borradores que surgen de sus reuniones son aprobados unánimemente o por mayoría? Y si este último es el caso, ¿se anotan los nombres de los disidentes y están a disposición de la gente de fuera? Uno se queda con la impresión de que un número importante de juristas franceses e ingleses –para limitar los presentimientos respecto a aquellos países que uno conoce mejor— todavía no está convencido de algunos o de todos estos tema.[54] Desde luego las dudas expresadas en Francia han sido muy destacadas.[55] Según la opinión de este autor, la posición de partida del proyecto *von Bar* parece débil. Todavía tiene que demostrarse el requisito más importante; y la ausencia de un líder político carismático que

[53] La idea ha sido plasmada convincente y repetidamente por el profesor Mauro BUSSANI. Véase, por ejemplo, Mauro BUSSANI (2002), "The Contract Law Codification Process in Europe: Policies, Targets and Time Dimensions", en Stefan GRUNDMANN & Jules STUYCK (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, Hague, págs. 159-180 (subrayando que los sistemas de derecho contractual europeos están formados por varios subsistemas, incluyendo los contratos de consumo, los contratos laborales, los mercantiles y los "contratos comunes" o civiles que deberían tenerse en cuenta en el proceso de codificación del Derecho Contractual en Europa).

[54] Véase, por ejemplo, Roy GOODE (2003), "Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation", *Electronical Journal of Comparative Law*, nov. 2003, vol. 7.4, 2, disponible en <Hhttp://www.ejcl.org/74/art74-1.htmlH> (visitada por última vez el 8 de abril de 2004).

[55] Para las intensas críticas del profesor Y. LEQUETTE, véase Yves LEQUETTE (2002), "Quelques Remarques à Propos du Project de Code Civil Européen de M. von Bar", en *Recueil Le Dalloz*, Paris, págs. 2202 y ss. y LEQUETTE (2003), "Vers un Code Civil Européen? ", en *Pouvoirs*, Paris, págs. 97-126.

provoque estos cambios es obvia y —para aquellos que desean lograr estos objetivos— probablemente fatal.

3.3. ¿El equipo de von Bar?

El equipo de *von Bar*, aunque no es el único ocupado en tales ideas, parece ser el más importante y, de momento, el mejor dotado. La generosidad alemana que lo ha mantenido en marcha debe ser bien recibida, especialmente por todos aquellos que forman parte de él. Pero la influencia germana en el estilo y en las técnicas de redacción no es probable que se granjee el cariño de muchos juristas franceses o ingleses. Porque la redacción de códigos en Alemania tiene la larga tradición de encargar la tarea principalmente a profesores universitarios mientras que el modelo francés (así seguido por el American Law Institute) ha sido de utilizar prácticos con intereses académicos o una combinación de académicos y prácticos. Tener representantes de todos los ámbitos de la profesión jurídica, incluyendo funcionarios públicos y aseguradores, parecería hasta más apropiado dada la naturaleza de las reformas propuestas y el modo de impactar en un mercado común y libre que se encuentra en el origen del pensamiento europeo moderno. La defensa por parte del profesor *von Bar* de su feudo es que éste todavía es un proyecto puramente académico de manera que él puede controlar a sus miembros.

A ojos de este comentarista esta respuesta es poco convincente. El carácter académico de la comisión asesora no significa que las materias discutidas puedan ser debatidas en un vacío jurídico, privado de las ideas de otros que, aunque no juristas, también pueden participar en el funcionamiento del sistema jurídico. La magnitud de la tarea requiere muchos otros talentos. Unos veinte años antes, el fallecido profesor Tunc, cuando emprendió la igualmente pesada tarea de transformar la ley francesa de accidentes de tráfico, se aseguró de estar rodeado de aseguradores. Se aseguró de plantear y modificar sus ideas para tener en cuenta las opiniones de los profesionales y los jueces. Se celebraron muchas reuniones conjuntas para buscar los puntos de vista de esos grandes grupos de interés. Y al final, el cambio vino gracias a los tribunales, que desencadenaron una operación en la que la asamblea legislativa puso las cosas en orden. En el caso de un Código Europeo, existe, desde luego, el elemento adicional de la política europea.

El grupo del profesor *von Bar* no sólo es una agrupación de académicos; también es grande en su tamaño. En muchos sentidos esto es una ventaja; una indicación de amplio apoyo; un deseo de consultar mucho. Pero el tamaño también suscita preguntas. Primero, ¿cómo fueron elegidos los miembros? En segundo lugar, ¿están destinados los talentos de todos los miembros participantes al mejor uso posible? No soy el primero en hacer estas preguntas; ni el primero en oír murmullos de descontento desde el interior de esos grupos. ¿Cómo puede considerarse el tema de la *restitution**(5) sin haberse asegurado de que expertos internacionales tales como los profesores Canaris o Lorenz o Birks hayan sido invitados para asistir a las deliberaciones del grupo o consultados sobre sus borradores? De hecho, por qué los artículos sobre *restitution* están redactados por el profesor *von Bar* —un jurista experto en responsabilidad civil— y no por el profesor SCHLECHTRIEM, que es uno de los más destacados comparatistas europeos en materia de

restitution?[56]¿Y hasta qué punto han estado implicados en la redacción del texto los juristas mencionados como expertos en responsabilidad civil dentro del consejo asesor y del grupo co-coordinador? Cualquier persona que participe en un ejercicio de redacción sabe que el redactor comienza con una ventaja que nunca pueden neutralizar aquellos a los que se les pide que hagan comentarios. Además, ¿cuántos de aquellos que se encuentran en la lista de consejeros realmente han aconsejado? Advertimos, por ejemplo, que el nombre de la profesora Viney aparece en la lista de consejeros aun cuando dimitió de su puesto hace mucho.[57]¿En este caso quién está liderando la delegación francesa de responsabilidad civil? ¿Y, como ya se dijo, cuando el pleno se reúne para tomar decisiones queda constancia de las opiniones discrepantes? ¿Alguna vez podemos averiguar, o averiguaremos, cuántos y quiénes se opusieron a soluciones concretas? (Porque uno puede pensar en un buen número de decisiones controvertidas y recientes sobre las que pocas han llegado a ser conocidas públicamente). Sin duda pueden darse respuestas a todas esas preguntas; tal vez ya se han dado. Pero el hecho de que las preguntas se sigan haciendo indica que muchos juristas las desconocen. Comparemos esto con el hecho de que las actas de la comisión codificadora del Código francés se hallan recogidas en quince tomos y a pesar de que se produjeron en un momento en que todo se tenía que escribir a mano y no existían medios electrónicos que lo facilitaran.

Es en este contexto de muchas dudas en el que uno tiene que hacer mención especial de una resolución de la sección jurídica de la Academia Francesa —se podría decir que el equivalente a la Academia Americana de las Artes y las Ciencias y por lo tanto el principal centro de conocimiento del país— que manifiesta serias preocupaciones sobre el proyecto.[58] De hecho, incluso ha habido preguntas sobre el tapete en el Parlamento francés[59] obligando a reconocer al Ministro de Justicia francés que su Ministerio está vigilando de cerca ("*une attention vigilante*") estas iniciativas "privadas".

¡Tal reacción de desconfianza ni es habitual ni beneficiosa para un proyecto que se autocalifica como privado, teórico y unificador! En mi opinión esto es a causa de que el bando francés (como el inglés antes que éste) se está dando cuenta de esta fuerza devastadora teórica y que pronto exigirá de su director más amplios derechos para controlar su dirección de los que hasta ahora haya disfrutado. Al final, todo esto puede que sea para bien. Pero no es como surgió el consenso en la redacción del Código francés. En otras palabras, en el caso del código más antiguo, el

[56] El libro de Peter SCHLECHTRIEM (2000, 2001) *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, 2 Vol., Mohr Siebeck, Tübingen, es una obra maestra de erudición germánica, y es la publicación comparada más detallada y con la más profunda investigación sobre la materia que se ha escrito nunca. Así que uno sólo puede suponer que se le ofreció el puesto de presidente de este grupo y que lo rechazó.
*N.T: En el Derecho Anglosajón el *Law of Restitution* se ha configurado como una rama diferenciada del Derecho Privado que hace referencia a una parte importante del Derecho de los Contratos, y principalmente la conectada con los problemas de la ineficacia del título, y se compone sobre todo del Derecho de los Cuasicontratos (*Unjust Enrichment*).
[57] Véase *The Study Group on a European Civil Code* , *The Coordinating Group, Team Leaders and Advisors to the Working Teams*, (25 de oct., 2001) (incluyendo en la lista a Geneviève Viney como participante "en el trabajo del Study Group"), en Hhttp://www.sgecc.net/media/download/the_ coordinating_group.pdfH (última vez visitada el 28 de abril de 2004).
[58] De fecha 1 de julio de 2002.
[59] Formuladas por M. Richard Dell´Agnola, Diputado por Val-de-Marne, el 12 de febrero de 2002.

consenso apareció de manera natural, lentamente, pragmáticamente y el texto no fue impuesto desde el principio.

3.4. La elección del mejor momento y de la secuencia adecuada

El Código Napoleónico estuvo, como se dijo, muy apoyado por los múltiples intentos anteriores dirigidos a lograr el mismo objetivo. Lo que es más importante, éste se originó después de que el país hubiera alcanzado un acuerdo constitucional. En opinión del profesor HALPÉRIN esta fue la razón por la que el Segundo Borrador (de 1794) de Cambacérés fue abandonado; y, hasta cierto punto, la misma indecisión política acabó con su tercer y último proyecto de 1796. El propio PORTALIS diría más tarde en el *Discours Préliminaire* que un buen código civil no puede nacer durante una crisis política; se necesita estabilidad institucional antes de poder elaborar legislación ordinaria duradera.[60] En realidad, cómo se podría explicar sino el hecho de que el mismo PORTALIS, sólo siete años antes, estuviera denunciando desde la sala del *Conseil des Anciens* (del Directorio) la "peligrosa ambición de promulgar un nuevo código civil".[61] En Francia, el momento maduro se alcanzó en 1804, pero no maduró de golpe. Si uno comienza a contar desde la primera declaración de la Asamblea Constitucional sobre la necesidad de un código, tardó doce años; si también se tiene en cuenta la primera codificación de materias incompletas llevada a cabo gradualmente, estamos hablando de más de dos siglos.

La experiencia del nuevo Código Civil Neerlandés, mucho más próximo a nuestra época, también demuestra que a nuestros amigos holandeses cambiar el Código Napoleónico les ha llevado unos cuarenta años; por su parte, el Código Civil Alemán recientemente modernizado también ha llevado unos quince años, si uno empieza a contar desde los primeros intentos de consulta llevados a cabo a mediados de los ochenta. Y estos casos tienen que ver con la codificación de un sistema nacional, no con un código para veinticinco países, divididos por las barreras del lenguaje y, lo repetimos, no enteramente unidos en su forma de comprender las bases de la economía.

La idea de armonización del Derecho Privado Europeo por el bien de los negocios europeos también parece haber sido exagerada. Porque seamos realistas, incluso autores eurófilos como el presente no pueden evitar hacer hincapié en el grado de desunión europea que se manifiesta en cada conferencia gubernamental, donde los intereses de los partidos políticos nacionales —y uno se atrevería incluso a situarlos a niveles inferiores— determinan los acuerdos amañados que se alcanzan, así como la postura que se adopta en las subsiguientes conferencias de prensa y la información local que se da sobre las reuniones. ¡Este autor, que de forma habitual sigue estas noticias en la prensa de cuatro países, a menudo se pregunta si los portavoces de los gobiernos que ensalzan las virtudes de las resoluciones amañadas asisten a las mismas!

3.5. La redacción y el problema de las lenguas

[60] Véase también Jean-Louis HALPERIN (2003), *Le Code Civil*, Dalloz, Paris, pág. 263.
[61] MARTÍN, *supra* nota 24, pág. 165.

Los trabajos sobre responsabilidad extracontractual del proyecto de *von Bar* —que circularon el pasado mayo y examinados por este autor— también revelan los peligros de un texto redactado por un alemán traducido al inglés, y luego presentado para que los demás lo comenten. El texto claramente es menos fácil de manejar que el anterior proyecto Lando; y los peligros de tal forma de redactar son evidentes y deben ser señalados en términos claros. Porque una cosa es encontrar una explicación convincente para justificar en el aula las diferencias entre sistemas jurídicos alentando entre los estudiantes un enfoque "funcional" del derecho en lugar de uno "conceptual" y otra tener que arreglárselas con tales problemas en el tribunal interpretando la redacción de una norma. Las posibilidades de (la posterior) interpretación uniforme por los tribunales nacionales de este código pretendidamente "uniforme" propuesto, le parecen a este autor rayanas en la inexistencia. Pero hay más que preocupa a uno que lee el Sexto Borrador y advierte la inclusión de temas que un profesor de responsabilidad extracontractual puede encontrar atractivos, pero que difícilmente son necesarios para la facilitar el comercio en Europa. El contenido y el objetivo declarado del proyecto realmente no encajan.

El texto del profesor *von Bar* no sólo está concebido por un (erudito) alemán sino también expresado de una manera que es totalmente ajena a tradiciones como la francesa o inglesa. Si examinamos el Sexto Borrador, de fecha 15 de mayo de 2003, advertimos que se proponen casi tres páginas de texto (fundamentalmente) para reemplazar el famoso artículo 1382 del Código francés. Efectivamente, el artículo 1382 del CC era demasiado conciso desde el principio; aunque, como se afirmó, los juristas franceses han llegado a conocer bastante bien sus verdaderos contornos gracias a la rica jurisprudencia que rodea ahora a esta famosa disposición. El nuevo texto presentado, con sus detalladas remisiones, y con una redacción que, aunque en inglés, claramente no ha sido concebida por una mentalidad inglesa (o francesa), se supone que se traduciría al francés y al italiano y así sucesivamente y luego sería aplicado por los tribunales. Leyendo el borrador propuesto, uno aventura la opinión de que, en el mejor de los casos, éste requeriría años de asimilación y, posiblemente, causaría más confusión que armonización. Además, el borrador ofrece una lectura muy poco atractiva como sugieren los extractos que se reproducen en la siguiente nota.[62] Uno podría haber pensado que proyectos de ese tipo no

[62] El artículo 1:101 calificado como la "regla básica", dice:

(1) La persona que sufre un daño jurídicamente relevante tiene derecho a obtener la reparación de una persona que causó el daño intencional o negligentemente o que de otra manera es responsable por causar el daño.

(2) Normas especiales pueden establecer que el daño sólo será jurídicamente relevante si se causó intencionadamente.

(3) Cuando una persona no ha causado el daño jurídicamente relevante intencionada o negligentemente sólo será responsable por causar un daño jurídicamente relevante en el caso de que el Capítulo 3 así lo determine.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2003), *Tort Law: Paper No. II, Sixth Draft*, art. 1:101 (15 de mayo, 2003), disponible en Hhttp://www.sgecc.net/media/download/tort.pdfH (visitada por última vez el 29 de abril de 2004).

El artículo 2:101 luego define el significado de un daño jurídicamente relevante (en medio de dos artículos más que delimitan el ámbito de aplicación de esta disposición, etc). Y afirma:

(1) La pérdida, sea económica o no, o el perjuicio son un daño jurídicamente relevante si:

(a) una de las siguientes reglas de este Capítulo así lo dispone;

(b) la pérdida o el perjuicio resultan de una violación de un derecho de otra manera concedido por la ley; o

favorecen en modo alguno los intereses de la Comisión Europea, un organismo duramente criticado (a veces injustamente) por los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión por sus tendencias intervencionistas.

4. Conclusión

En este ensayo he intentado preguntar cuál es el legado duradero del Código francés. Si se pretende cierta síntesis de las ideas planteadas anteriormente, creo que debería llevarse a cabo a partir de una distinción: la importancia del Código para los franceses y la trascendencia del mismo para el resto del mundo.

La primera cuestión es compleja; y, como una persona externa, sólo puedo aventurar una opinión. Las debilidades del viejo Código son conocidas por la mayoría de los franceses. Así como los peligros y las dificultades planteadas por las alternativas europeas mal concebidas, o las continuas mejoras y adaptaciones efectuadas por su propio Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta esto, ¿continuará el Código como punto de partida de su proceso de razonamiento judicial, modificado aquí y allá por directivas europeas y complementado por las resoluciones del Tribunal Supremo? ¿Se revisará / se puede revisar, como ha sucedido recientemente con el BGB alemán? ¿O será sumergido por la marea europea y sustituido por un documento creado internacionalmente? El presentimiento de esta persona externa es que, por ahora, conseguiremos más de lo mismo.

La misma persona de externa, sin embargo, también tiene que añadir que entiende y, en realidad, que simpatiza con sus colegas franceses, en el cariño afectivo que ellos sienten por el Código como un símbolo que representa la continuidad que sus muchas constituciones no han dado a su nación.[63] El fallecido profesor CARBONNIER expresó esta idea perfectamente; y puesto que sus palabras si se tradujeran al inglés podrían dar la impresión de un texto más florido de lo que puede aceptar el gusto inglés, aquí están en versión original. Él describió el Código como *[l]a véritable constitution [de la France],… véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel, pour*

(c) la pérdida o el perjuicio resultan de una violación de un interés merecedor de protección jurídica.

(2) En los casos sólo comprendidos en los subpárrafos (b) o (c) del párrafo (1) la pérdida o el perjuicio constituyen un daño jurídicamente relevante sólo si fueran considerables y razonables para que exista un derecho a la reparación o prevención, según sea el caso, conforme a los artículos 1:101 ó 1:102.

(3) Al valorar si sería justo y razonable que exista un derecho a la reparación o prevención ha de ser tenido en cuenta el motivo de la responsabilidad, la naturaleza y la proximidad del daño o el daño inminente, las expectativas razonables de la persona que sufre o sufriría el daño, y las razones de orden público.

(4) En este Libro:

(a) la pérdida económica incluye pérdida de ingresos o beneficios, cargas contraídas y una reducción en el valor de la propiedad.

(b) La pérdida no económica incluye dolor y sufrimiento y empeoramiento de la calidad de vida.

Id. art. 2:101.

[63] Véase también George P. FLETCHER (2001), "Three Nearly Sacred Books in Western Law", *Arkansas Law Review*, nº 54, págs. 1-18, pág. 14 ("En el contexto continental europeo ... el código proporciona el hilo que corre a través de la historia y que mantiene el país unido …").

emprunter aux publicistes une distinction usuelle... [M]atériellement, sociologiquement si l´on préfère, il a bien le sens d´une constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s´est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier.[64]

La quisquillosidad cotidiana del Código y de su texto no ha alcanzado todavía, en opinión de este autor, la etapa del Código que se ve totalmente abandonado. Pero, ¿estas críticas han convencido a los franceses para moverse totalmente hacia un proyecto europeo? Este autor lo duda también. Y las razones de por qué esto es así, también nos dan las claves de por qué razón el legado del Código es más grande.

Porque, según cree este autor, el Código de 1804 fue redactado en el momento oportuno, después de la debida reflexión, indecisión, incluso dilación; fue el producto de muchas mentes que no pensaban en términos de teorías sino en términos de lo que funcionaba; que sus redactores sabían que presentarlo en un estilo atractivo ayudaría a promover su durabilidad y su exportabilidad. Ellos también eran conscientes del hecho de que la reforma dura mucho más tiempo si consigue una adecuada mezcla de lo antiguo y lo nuevo. Sus redactores, en pocas palabras, encarnaron sus virtudes cardinales, y éstas eran precisamente tanto políticas como jurídicas. Por otra parte, cuando este Código fue exportado, con el apoyo de las bayonetas de Napoleón, tenía, la mayoría de las veces, que ser adaptado y modificado antes de que fuera asumido por los estados "importadores".[65]

Ninguna de las virtudes que se encuentran en el modo en que el Código Napoleónico fue redactado se puede encontrar en ninguno de los proyectos europeos actuales ni, de un modo especial, en el que de forma resumida ha sido examinado en este ensayo. Y es así porque esos proyectos, al menos en su actual extensión, son doctrinales en su concepción, excesivos en su amplitud, y prematuros en su elección del momento oportuno. Un motivo adicional es que no parecen expresar un consenso construido de abajo a arriba sino un intento académico, con alguna ayuda de los euroburócratas, para producir una síntesis técnica en la parte más alta y entonces imponerla hacia abajo en una Europa que ¡ay! todavía no está preparada para pensar a la europea.

5. Bibliografía

Mauro BUSSANI (2002), "The Contract Law Codification Process in Europe: Policies, Targets and Time Dimensions", en Stefan GRUNDMANN & Jules STUYCK (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, Hague, págs. 159-180.

Jean CARBONNIER (1986), "Le Code Civil", en Pierre NORA (dir.), *Les Lieux de Mémoire*, vol. 2, Gallimard, Paris, págs. 292-315.

[64] Jean CARBONNIER (1986), "Le Code Civil", en Pierre NORA (dir.), *Les Lieux de Mémoire*, vol. 2, Gallimard, Paris, págs. 292-315, pág. 309.
[65] Véase también HALPÉRIN, *supra* nota 60.

Gérard CORNU (1965), "La Lettre du Code à l´Épreuve du Temps", en *Mélanges Offerts a René Savatier*, Librairie Dalloz ed., Paris, págs. 157 y ss.

Laurence CHATEL DE BRANCION (2001), *Cambacérés: Maitre d´Oeuvre de Napoleón*, Perrin, Paris.

Geoffrey ELLIS (1997), *Napoleon*, Longman, London & New York.

H.A.L. FISHER (1906), "The Codes", en A.W. WARD *et al.* (eds.), *The Cambridge Modern History*, vol. 9, The University Press, Cambridge, págs. 148 y ss.

George P. FLETCHER (2001), "Three Nearly Sacred Books in Western Law", *Arkansas Law Review*, nº 54, págs. 1-18 .

François FURET (1988), *Revolutionary France 1770-1880*, trad. Antonia NEVILL (1992), Blackwell, Oxford.

Jacques GHESTIN & Gilles GOUBEAUX (1983), *Traité de Droit Civil : Introduction Générale*, 2ª ed., Librarie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

Roy GOODE (2003), "Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation", *Electronical Journal of Comparative Law,* nov. 2003, vol. 7.4, 2, disponible en <http://www.ejcl.org/74/art74-1.html> (visitada por última vez el 8 de abril de 2004).

Jean-Louis HALPERIN (2003), *Le Code Civil*, Dalloz, Paris.

Emmanuel de LAS CASES (1823), *Le mémorial de Sainte-Hélène*, ed. 1956, Libraire Gallimard, Paris.

Yves LEQUETTE (2002), "Quelques Remarques à Propos du Project de Code Civil Européen de M. von Bar", en *Recueil Le Dalloz*, Paris, págs. 2202 y ss.

- - (2003), "Vers un Code Civil Européen ?", en *Pouvoirs*, Paris, págs. 97-126.

Basil MARKESINIS (2003), *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing, Oxford.

Xavier MARTIN (2003), *Mythologie du Code Napoléon: Aux Soubassements de la France Moderne*, Editions Dominique Martin Morin, Bouere.

Nicolas MOLFESSIS (2000), "La Réécriture de la Loi Relative au PACS par le Conseil Constitutionnel", *La Semaine Juridique*, nº 10, 8.3.2000, Paris, págs. 399-407.

Gilles PAISANT & Laurent LEVENEUR (2002), "Quelle Transposition pour la Directive du 25 Mai 1999 sur les Garanties dans la Vente de Biens de Consommation?", *La Semaine Juridique*, nº 21, 22.5.2002, Paris, págs. 76-135.

Georges POISSON (2002), *Napoléon Ier et Paris*, Tallandier, Paris.

J.E.M. PORTALIS (1827), "Présentation au Corps Législatif, Expose des Motifs", en P.A. FENET (1968), *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil*, Vol. 6, Séller, Osnabrück.

- - , "Expose des motifs : De la Publication, des Effects et de l´Application des Lois en General", en *Ecrits et Discours Juridique et Politiques*, 1988 ed., págs. 65 y ss.

Wulf-Henning ROTH (2003), "Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI Deutschland GMBH & Co. KG, Judgment of 12 March 2002 (Sixth Chamber), ECR 2002, I-2631", *Common Market Law Review*, vol. 40, nº 4, pág. 937-951.

Peter SCHLECHTRIEM (2000), *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen.

Peter SCHLECHTRIEM (2001), *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Vol. 2, Mohr Siebeck, Tübingen.

Donald M.G. SUTHERLAND (1986), *France 1789-1815:Revolution and Counterrevolution*, Oxford University Press, New York.

Denis TALLON (2003), "Grandeur et Décadence du Code Civil Français", en Bernard DUBUISSON *et. al.*, *Mélanges Offerts a Marcel Fontaine*, De Boeck & Larcier, Bruselas.

Jean TULARD (1998), *Joseph Fouché*, Fayard, Paris.

- - (1999), *Le 18 Brumaire: Comment Terminer une Révolution*, Perrin, Paris.

Geneviève VINEY (2002), "Quel Domaine Assigner à la Loi de Transposition de la Directive Européenne sur la Vente ?", *La Semaine Juridique*, nº 36, 4.9.2002, Paris, Doctrine, I 158, págs. 1497-1501.

Horace WALPOLE (1876), *Anecdotes of Painting in England* , Vol. 2, reimpr. 1969, Arno Press, New York.

G. Edward WHITE (1993), *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self,* Oxford University Press, New York.

Stuart J. WOOLF (1991), *Napoleon´s Integration of Europe*, Routledge, London.

Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ (1977), *Einführung in die Rechtsvergleichung : auf dem Gebiete des Privatrechts*, Mohr, Tübingen; trad. Tony WEIR (1998), *Introduction to comparative law*, 3ª ed. rev., Clarendon Press, Oxford.