

EL DERECHO HA CAMBIADO. LOS JURISTAS DEBEN CAMBIAR

A propósito de: MIREILLE DELMAS-MARTY: *Pour un droit commun*, Seuil, París.

MARIE LAURE MARTÍNEZ PRALONG*

En 2002, Mireille Delmas-Marty, eminente profesora de derecho penal de la Universidad París I y miembro del Comité nacional francés de Ética, fue elegida al *Collège de France*, una de las instituciones francesas más prestigiosas y respetadas en materia científica¹. En 2004 fue reimpreso bajo un formato de bolsillo uno de sus libros más conocidos y con el título más provocador: *Le flou du droit* (lo borroso del derecho)². Sin embargo, un prefacio nuevo y un cuadro de concordancias no bastan para hacer olvidar de que fue escrito en 1986, antes del advenimiento de Internet y de la promulgación del nuevo código penal francés en 1992. Como el libro, que es en realidad un ensayo, dedica partes sustanciales al derecho de las nuevas tecnologías y de las telecomunicaciones y, en general, al derecho penal, esos detalles tienen importancia. Contrariamente a lo que sostiene la autora en el prefacio³, estimamos que la edición de 2004 hubiese ganado en ser actualizada.

No todas las obras de la señora Delmas-Marty⁴ han sufrido de esta manera por el paso del tiempo y de los textos. A nuestro parecer, *Pour un droit commun*⁵ (por un derecho común), publicado en 1994, recoge las ideas del libro de 1986, las sintetiza y sigue siendo totalmente actualizado. Aunque como el anterior, se concentra en el estudio del derecho francés, del derecho de la Unión Europea (derecho comunitario) y del derecho de la Convención europea de los derechos humanos, su lectura resulta extremadamente provechosa desde la perspectiva latinoamericana.

Antes de adentrarnos en el estudio de esa obra, es preciso recordar que la señora Delmas-Marty ocupa un lugar especialísimo en la doctrina francesa. Si bien es profesora de derecho penal, las obras que escribe no se limitan al mero estudio del derecho vigente en Francia sino que reflexionan sobre el derecho mismo. La amplitud y la profundidad de su reflexión explican que sus

* Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ El curso dictado en el *Collège de France* fue publicado en septiembre del año pasado. Cf MIREILLE DELMAS-MARTY: *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004.

² MIREILLE DELMAS-MARTY: *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, edición Quadriga, serie ensayos, Presses Universitaires de France, París, 2004. La primera edición es de 1986.

³ DELMAS-MARTY: *op. cit.*, p. 14.

⁴ De la larga lista de obras (para no hablar de artículos...) que debemos a la profesora DELMAS-MARTY, existen a nuestro conocimiento solamente dos libros traducidos al español: *Modelos actuales de política criminal*, con una traducción de MARINO BARBERO SANTOS, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia español, Madrid, 1986, y, donde actúa como editora con J.A.E. VERVAELE: *Un derecho penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección de bienes jurídicos comunitarios*, ed. Bosch S.L., 2004. Se podrán encontrar en la red varias entrevistas de la señora DELMAS-MARTY (en francés), que desarrollan las temáticas abordadas en esta reseña. Véanse por ejemplo: EMMANUELLE COSSE, "Tendance floue" (tendencia borrosa), revista electrónica *Vacarme*, mayo de 2005, www.vacarme.eu.org/article463.html; "Pour un nouvel ordre juridique mondial", revista *Label France*, versión electrónica, enero de 2000 núm.3, www.diplomatie.gouv.fr/label_france/FRANCE/DOSSIER/19juridique.html. En español, el profesor AGUSTÍN GORDILLO, entre otros, trabaja sobre temas afines y cita reiteradamente a la señora DELMAS-MARTY. Léase por ejemplo "La creciente internacionalización del derecho", publicado en el marco de una mesa redonda "Sobre las perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI", disponible en www.bibliojuridica.org/libros/1/316/8.pdf. En fin, existe un resumen en castellano de la obra reseñada en <http://www.inisoc.org/69mireil.htm>

trabajos sean particularmente “exportables”⁶ y por tanto, relevantes para un país como Chile. También se caracterizan por su originalidad y audacia. Como tendremos la ocasión de acotarlo en esta recensión, la profesora Delmas-Marty no teme tomar prestados conceptos y teorías a ciencias completamente ajenas al derecho, como las matemáticas, para alimentar su reflexión. A veces, este proceder, como en *Le flou du droit*, resulta poco convincente y algo forzado⁷; otras veces, como en *Pour un droit commun*, totalmente adecuado y pertinente.

En *Pour un droit commun*, la autora empieza por señalar que el derecho ha cambiado. El derecho que analiza es el derecho penal francés, el derecho comunitario y el derecho de la Convención europea de los derechos humanos adoptada por el Consejo Europeo. Como bien se sabe, estos dos últimos ordenamientos son independientes y juxtapuestos. Contrariamente a lo que les agradan a los juristas, las normas son cada vez más numerosas, la ley ya no es la única fuente y la pirámide de Kelsen ya no es el fiel reflejo de la realidad. Frente a este panorama, hay dos posturas: deplorar el nuevo estado de cosas o empezar a pensar de manera diferente el derecho. La profesora Delmas-Marty, ahondando en la idea introducida en su libro ya citado de

1986, opta por buscar nuevas maneras de pensar el derecho⁸.

En otras palabras, si el objeto del estudio de los juristas ha cambiado (I), los juristas deben cambiar (II). De seguir concibiendo el derecho a la manera tradicional, tendrán que concluir muy pronto que ya no hay derecho. Eso es insostenible, pues es abrir la puerta a la violencia, aun cuando la violencia ha marcado y sigue marcando la historia europea y justifica la historia de la Unión Europea (los esfuerzos para acercar aunque fuesen las economías europeas empezaron a traer frutos después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial). De la misma manera, la trama de fondo de la obra en comento de la profesora Delmas-Marty es claramente la guerra en Bosnia: mejor un derecho diferente que nada de derecho.

Para demostrar su propuesta de un derecho diferente, la autora procede en tres tiempos. En la primera parte, nos pinta el estado de las cosas en el derecho y lo movido y trastornado que está el derecho actual en relación con la concepción tradicional que se tiene del derecho. En la segunda parte, nos indica cómo pensar este “desorden”, “pensar lo múltiple” precisamente cuando el pensamiento jurídico es reacio a ello. Para ella, y es la principal novedad del libro, ya anunciada

⁵ MIREILLE DELMAS-MARTY: *Pour un droit commun*, Seuil, París, 1994.

⁶ En ese sentido, véase, PHILIPPE JESTAZ, CHRISTOPHE JAMIN: *La doctrine*, Dalloz, 2003, pp. 213-214, reseñada por CARLOS PIZARRO, en esta *Revista Chilena de Derecho*, 2005 vol. 31 núm. 2, pp. 225-237. Estos autores desarrollan la idea de que en realidad esos autores (mencionan, además de la profesora DELMAS-MARTY, de RENÉ SAVATIER y de JEAN CARBONNIER, a JOSSEAND) hacen parte de la “periferie” de la doctrina. Esto es, siguen siendo parte de ella, porque teorizan el derecho y no la práctica jurídica, a la diferencia de autores como PAUL ROUBIER, FRANÇOIS GÉNY, PIERRE AMSELEK o MICHEL TROPER.

⁷ En *Le flou du droit*, la mención de siglas matemáticas y puestas en ecuaciones o en diagramas (véase *Le flou du droit*, *op. cit.* p. 170, y sobre todo p. 330) hacían más pensar en un disfraz de ciencias duras que en un real esclarecimiento de los conceptos que la autora intentaba poner de relieve. Al leerlos, uno no podía dejar de pensar en la crítica de los físicos ALAN SOKAL y JEAN BRICMONT que suscitaron un vivo debate y gran escándalo en Francia y en los Estados Unidos en 1996 al criticar el abuso de la terminología de las ciencias exactas en las ciencias humanas y en condenar los excesos del posmodernismo. Léase ALAN SOKAL y JEAN BRICMONT: *Les impostures intellectuelles*, 2da edición actualizada, Odile Jacob, 1999. Sin embargo, como lo destacan pertinentemente JESTAZ y JAMIN (*op. cit.* p. 166, p. 173) la particularidad de la doctrina jurídica francesa es de haberse explícita y voluntariamente excluida de las ciencias humanas a inicios del siglo veinte, por lo que habría quedado inmune al posmodernismo y que la señora Delmas-Marty, siendo jurista y parte eminente de la doctrina, estaría libre de establecer los “puentes” y alcances que quisiera entre el derecho y las otras disciplinas (ya que recurre no solamente a las matemáticas sino también a la pintura, la física, la filosofía etc.).

⁸ Otros tienen una visión algo más pesimista del derecho francés contemporáneo y deploran en particular la inflación normativa: JEAN CARBONNIER: *Droit et passion du droit*, París, Flammarion, 1996.

en *Le flou du droit*, pero expuesta, a nuestro parecer, con muchísima más claridad en *Pour un droit commun*, la solución está en la aplicación de la lógica difusa al derecho. En la tercera parte, junta la teoría y la práctica y nos muestra cómo el uso de la lógica difusa permitirá a los juristas reinventar el derecho común, primero para Europa (este “laboratorio”⁹), luego para el mundo.

I. EL DERECHO HA CAMBIADO

Este cambio dice relación con el objeto del derecho (A) y con los métodos del derecho (B).

A) HITOS, FUENTES, LÍNEAS: LOS CAMBIOS DEL OBJETO DEL DERECHO

La profesora Delmas-Marty dedica la primera parte¹⁰ del libro a “recomponer el paisaje” del derecho para nosotros con una singular y esclarecedora mezcla de síntesis y virtuosidad. Los límites entre nociones se desdibujan, las fuentes del derecho cada día son más numerosas y las líneas que marcaban las fronteras entre disciplinas del derecho e instituciones se confunden. En todos los sectores, la imprecisión se difunde y aumenta.

No es la existencia de las normas que está en juego, sino su contenido y su organización, lo que particularmente perceptible en el caso del derecho penal. Apunta la autora que “(...) muy por el contrario, el debilitamiento de las prohibiciones parece acompañarse de una inflación de los procesos de normalización; procesos que no imponen un deber ser (la normatividad jurídica) sino más bien que tienden a modelar los comportamientos en relación con “lo normal” esto es el promedio observable, el “estando” (la normalidad social)”¹¹. De ahí un cambio de la función del derecho penal que, en vez de sancionar individuos, se pone a enjuiciar situaciones¹², las cuales pueden involucrar varias personas, y no nece-

sariamente por actos, sino por su “estado peligroso”, su “peligrosidad”¹³.

Asimismo, nociones como la de pena llegan a transformarse totalmente. La oposición entre sanciones represivas y sanciones reformativas disminuye porque el enfoque está en la prevención, no en el castigo. Con la aparición de las ideas de peligrosidad y de solidaridad y un enfoque que pasó de la culpa (antes) al accidente y al riesgo (hoy) y del autor (antes) a la víctima (hoy): ¿dónde está el derecho penal? ¿dónde empieza la responsabilidad civil? La autora explica: “La indemnización como medida de defensa social se limita al nivel del riesgo aceptable o razonable, esto es compatible con los datos económicos del momento. Particularmente perceptible en materia de medio ambiente donde se habla de riesgo “mayor”, esta búsqueda de equilibrio implica una completa transformación del razonamiento jurídico. Introduce una escala de gradación (más o menos compatible) que excluye el razonamiento binario (conforme o no conforme); pero esta gradación no impide la fijación de un nivel que permita la toma de decisión y la vuelta a una elección finalmente binaria: legal o ilegal”¹⁴.

Paradójicamente, el debilitamiento de lo específicamente penal en derecho francés no es un obstáculo al desarrollo del derecho penal que, lejos de ser moribundo, está en plena expansión, como lo muestra el crecimiento del número de incriminaciones¹⁵ y el desarrollo de un “falso derecho penal” en manos de la Administración.

Con la Unión Europea, un enfoque económico llega a prevalecer, creándose así un verdadero mercado de los productos del cuerpo, como la sangre, y una confusión creciente entre los derechos de la personalidad y el derecho de los bienes. En materia de propiedad intelectual, la división tradicional, que marcaba la “especificidad francesa” en la materia, entre el derecho moral y el derecho pecuniario sobre la obra también desaparece.

⁹ DELMAS-MARTY: *Pour un droit commun*, op. cit. pp. 223-253.

¹⁰ MIREILLE DELMAS-MARTY: *Pour un droit commun*, op. cit. pp. 15-113

¹¹ *Ibid.* p. 17

¹² *Ibid.* p. 20.

¹³ *Ibid.* p. 21

¹⁴ *Ibid.* p. 28.

¹⁵ *Ibid.* p. 23. La autora señala que entre 1985 y 1988 se crearon aproximadamente 200 infracciones nuevas.

Las fuentes del derecho, estos “hitos” que estructuran la mente del jurista, también se transforman¹⁶. Es particularmente notable en cuanto al tratamiento dada al tiempo por el derecho contemporáneo. Si tradicionalmente, las leyes constituyen una manera de dominar el tiempo, el advenimiento del Estado-Providencia hace hincapié en “una concepción social del derecho cuyo objeto ya no [es] proteger a los ciudadanos en contra de los riesgos de la arbitrariedad del poder sino de instaurar y mantener un equilibrio, por definición misma temporario, inestable, evolutivo”¹⁷. Así, la Corte de Estrasburgo ha adoptado como criterio “la evolución de la sociedad”, para analizar la conformidad de la disposición de un Estado que ha ratificado la Convención europea de los derechos humanos a esta Convención¹⁸.

Al lado de las fuentes temporarias del derecho que se han multiplicado (leyes votadas por periodos “de prueba”), pero que en el fondo, no modifican el orden normativo, estas fuentes evolutivas modifican el modelo kelseniano de la pirámide de normas, pues el receptor de las normas ve su poder considerablemente aumentado. Su poder de interpretación, originalmente soberano pero limitado a la verificación *ex post* de la buena aplicación de la norma en un caso puntual y en el marco de un juicio altamente ritualizado, toma el aspecto de un verdadero margen de interpretación, solicitada cada vez *ex ante* hasta por los propios Estados, deseosos de cerciorarse del estado de las cosas para un flanco entero del derecho (desarrollo de las cuestiones prejudiciales de los Estados Miembros de la Unión Europea). Por lo mismo, se atenúa la oposición histórica entre los países de *common law* y los países de tradición romano-germánica.

Incluso más, la naturaleza misma de las normas que conforman la pirámide está cambiado. A la escala europea, los factores de armoniza-

ción son los principios desentrañados por los jueces, mucho más que las disposiciones de los tratados o las leyes. Por sus características, ponen en jaque los paradigmas de los juristas. Los principios no tienen un valor fijo frente a la ley. A veces son superiores a ella, otras, tienen el mismo rango que ella. Desafían tanto el principio de jerarquía de las normas como la división entre derecho escrito y no escrito. La coexistencia de cortes supremas autónomas en Europa, tales como la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE, para el derecho comunitario) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH, para el derecho de la Convención europea de los derechos humanos), la discontinuidad entre los derechos internos y estos dos cuerpos de derechos (uno supranacional, el otro subsidiario), la incertidumbre acerca del lugar que se le debe otorgar a la norma europea frente a la norma constitucional contribuyen a troncar la pirámide, un fenómeno que Delmas-Marty califica de “jerarquía discontinuas”, “pirámides inacabadas”, “jerarquías entrelazadas”¹⁹ y “bucles extraños”²⁰ de normas.

En suma, la complexificación del ordenamiento jurídico y la sobreabundancia están literalmente acabando con la pirámide kelseniana. A lo largo de su demostración, la profesora Delmas-Marty recurre abundantemente a autores extranjeros como Teubner y Luhman, prueba de una apertura poco frecuente tratándose de un miembro de la doctrina francesa, tradicionalmente autorreferente²¹. Sin embargo, rechaza sus teorías de la misma manera que rechaza la autonomía del sistema jurídico.

B) REGLAS, NOCIONES INDETERMINADAS, PRINCIPIOS: LOS CAMBIOS DE LOS MÉTODOS DEL DERECHO

La segunda parte²² del libro, la más abstracta y controversial, invita a “pensar lo múlti-

¹⁶ *Ibid.* p. 52 y siguientes.

¹⁷ *Ibid.* p. 68.

¹⁸ Fallos Dudgeon contra Reino Unido de 22 de octubre de 1980 y Norris contra Irlanda de 26 de octubre de 1988, ambos en materia de homosexualidad entre adultos, *ibid.* p. 74 y nota 12 de este apartado, p. 289 (el sistema adoptado junta las notas, capítulo por capítulo, al final del libro).

¹⁹ *Ibid.* p. 92.

²⁰ *Ibid.* p. 109. La profesora recurre aquí al término de François Ost.

²¹ *Cf. supra* nota 7.

²² *Ibid.* pp. 117-195.

ple”, pensar la complejidad de un derecho que dejó de ser binario, simple y perfecto. Toma como punto de partida el análisis de producción del derecho de Gérard Timsit²³, quien distingue entre la predeterminación de las leyes (las condiciones de emisión de la norma, esto es, el legislador *lato sensu*), la codeterminación (el margen dejado al receptor de la norma encargado de aplicar la norma (el juez) y la sobredeterminación (los códigos de valores que se imponen tanto al juez como al legislador, también calificados de códigos culturales)²⁴.

Hoy en día, la predeterminación está debilitándose, tras por ejemplo el uso y abuso de técnicas como el reenvío legislativo (la ley reenvía para su contenido al contenido de otro texto, incluyendo un texto de rango infralegislativo tal un decreto), aun cuando la función del legislador es precisamente “reducir la polisemia del lenguaje ordinario por el rigor de sus definiciones”²⁵. Además del auge de los principios ya descritos, las nociones indeterminadas pululan, así como los estándares, cuya particularidad es vincular la normatividad jurídica con la normatividad técnica o social tras una mezcla de hecho y de derecho. Como ejemplos de estándares nacionales, aparte de los clásicos “buen padre de familia” y “buenas costumbres”, la autora cita el control del error manifiesto en derecho administrativo francés²⁶, el estándar de gravedad (*seriousness*) en derecho penal inglés²⁷, y las directivas de *sentencing* del juez federal en los Estados Unidos²⁸, que son verdaderas guías de “tarificación” de los crímenes y delitos.

Este auge de lo indeterminado o de lo menos determinado, advierte la autora, no siempre carece de justificación. Es simplemente la respuesta del legislador (nacional, comunitario o europeo) a la complejidad creciente de las situaciones que el derecho está llamado a regular. Me-

jor un derecho más ancho, suelto y a medida, que ningún derecho del todo. Por eso, la existencia de estándares no es necesariamente una señal de decadencia del derecho. Al contrario, la carencia de estándares en la individualización de las penas hace que el juez penal francés tenga poderes más extendidos que el juez de los países de la *common law*, y ello, pese a que, teóricamente, Francia sea un país más legalista que Inglaterra o los Estados Unidos.

Para terminar sobre este apartado dedicado a la transformación de las normas en el derecho moderno, cabe mencionar los principios directores, que también han ido multiplicándose. Mientras que los estándares, ya lo indicamos, son una mezcla de hecho y de derecho, los principios directores son una combinación de derecho y de valores metajurídicos²⁹. Son especialmente numerosos en derecho constitucional francés, ya que el Consejo constitucional francés se ha empeñado desde su creación en 1958 a desentrañar del llamado “bloque de constitucionalidad” (la Constitución de 1958 completada por la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946) dos series de principios directores: los llamados “principios fundamentales reconocidos por la ley de la República”, y los “principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo”. Pero también existen en derecho comunitario (principios de índole económico del mercado común) y en derecho internacional (prohibición de la tortura, respeto de la vida privada etc.).

II LOS JURISTAS DEBEN CAMBIAR

Si el legislador ha cambiado, los juristas, esto es, quienes interpretan y estudian el derecho, deben cambiar. La autora nos señala que los jueces europeos ya están pensando el dere-

²³ GÉRARD TIMSIT: *Les noms de la loi*, Presses Universitaires de France, 1991, citado en nota 1 p. 292 y *Thèmes et systèmes de droit*, Presses Universitaires de France, 1986, citado en nota 4 p. 290. La autora no precisa en cuál de los dos está enunciada la clasificación.

²⁴ MIREILLE DELMAS-MARTY: *Pour un droit commun*, *op. cit.* p. 118.

²⁵ *Ibid.* p. 121.

²⁶ *Ibid.* p. 125.

²⁷ *Ibid.* p. 126.

²⁸ *Ibid.* p. 127.

²⁹ *Ibid.* p. 131.

cho de manera diferente, que ya dejaron atrás las lógicas clásicas (modales o deónticas, pero siempre radicales, llevando a responder “sí, es conforme” o, “no, no es conforme”) y adoptaron lógicas graduadas (que les permiten contestar “esta disposición es compatible sobre tales aspectos con el tratado, e incompatible con tales otros aspectos”). Estas lógicas graduadas son un aporte de la lógica difusa o *fuzzy logic* usada en las matemáticas.

Sin embargo, un cambio del razonamiento jurídico no basta si no se concreta en la reinención de un derecho común que, si bien no eliminará la complejidad inherente al derecho de hoy, sí permitirá al derecho conservar su rol en la sociedad, rescatando los aportes de cada tradición jurídica y evitando la dominación de un sistema jurídico sobre otro³⁰.

A) CAMBIAR DE MÉTODO: DE LA UTILIDAD DE LA LÓGICA DIFUSA PARA ENTENDER E INTERPRETAR EL DERECHO MODERNO

A diferencia de otros juristas que analizan el surgimiento de las nuevas normas “blandas” y el papel reforzado del juez como una decadencia del derecho³¹, la profesora Delmas-Marty estima que el nuevo paisaje del derecho es un desafío para los juristas. El derecho no les pertenece y evoluciona en el sentido de la complejidad sino a pesar de ellos. No basta con lamentar el estado actual de las cosas. Inspirándose del pintor Juan Gris que asimila la línea a una concentración y el círculo como una expansión, la autora explica que el abandono del principio lineal de superioridad de la ley y del legislador sobre la decisión de justicia y el juez y el desarrollo de los ya mencionados “bucles extraños” son un llamado al derecho a desarrollarse³². Si las jerarquías de normas se discontinúan, los juristas deben “[compensar] la autonomía de los sistemas por un juego de referencias cruzadas”³³. La lógica clásica ya mostró sus límites para garantizar la

juridicidad de las normas. En cada sistema existe un riesgo de arbitrariedad en el manejo de las nociones indeterminadas, de los estándares, en realidad tan flexibles y de los principios directores, tan étereos a veces. En el modelo silogístico clásico, la arbitrariedad se establece en la etapa de predeterminación de la norma, esto es, que procede del legislador. En el modelo de las lógicas graduadas, sería el resultado del proceso de codeterminación, esto es, de la labor del juez.

La aplicación de la lógica difusa al derecho apunta a limitar este riesgo de arbitrariedad. En palabras de la autora, “lejos de debilitar el razonamiento jurídico, la lógica difusa permite al contrario enriquecerlo tras la definición de los criterios del derecho penal o de la medida estrictamente admitida y de discernir con más o menos rigor las condiciones en las que el juez puede ir más allá de la mera transcripción de la norma y participar verdaderamente a su codeterminación, sin renunciar a toda lógica”³⁴. “[...] [C]omo la variabilidad del nivel de decisión permite a la jurisprudencia adaptarse más abiertamente a las realidades, sin que sea preciso modificar la norma o los criterios que determinan su significación, mientras que por su rigidez el modelo silogístico impone, ya sea reformas constantes (con el riesgo de inflación legislativa y reglamentaria), ya sea interpretaciones tan extensivas que llegan a transformar la norma y que desembocan paradójicamente, a partir de una predeterminación fuerte, a una codeterminación descontrolada”.

La autora reconoce sin embargo los límites de esta transposición de la noción matemática de lógica difusa al derecho, al explicar que el nivel de decisión es variable por la simple razón de que no se le puede fijar en sí, ya que las situaciones a las cuales tiene vocación a aplicarse son tan complejas que el legislador (los redactores de los tratados) no se pueden poner de acuerdo para fijar una norma “más dura”. La lógica clásica, en todo caso, reto-

³⁰ *Ibid.* p. 284.

³¹ BRUNO OPPETIT, *ibid.* pp. 81-82, y también otros como PIERRE LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, Fayard, 1989 y FRANÇOIS EWALD, *L'État-Providence*, Grasset, 1986, citados reiteradamente a lo largo del libro.

³² *Ibid.* pp. 100-102.

³³ *Ibid.* p. 102.

³⁴ *Ibid.* p. 165.

maría su rol toda vez que las normas sean o se vuelvan precisas o unívocas.

B) CAMBIAR EUROPA PARA CAMBIAR EL MUNDO

Los derechos humanos son un materia particularmente fértil para este derecho “múltiple”. Europa es un laboratorio de los nuevos tipos de razonamiento jurídico porque dispone del texto de la Convención europea de los derechos humanos que es sancionado por la ya muchas veces mencionada Corte de Estrasburgo. Pero la vocación de los derechos humanos es aplicarse a nivel mundial, aun cuando la tremenda pobreza de la mayor parte del planeta³⁵ representa un enorme desafío. Los juristas europeos deben lograr pensar lo múltiple sin caer en el etnocentrismo, por una parte, y sin renunciar en la idea de derechos humanos para todos los seres humanos, por otra. En ese sentido, la autora expresa su rechazo por el modelo de los Estados Unidos, con su pasión por un derecho que solo se materializaría en grandes “supermercados del derecho”.

Pensar lo múltiple implica así un doble proceso. En primer lugar, el jurista debe diferenciar valores (los derechos que no pueden derogar nunca y bajo ninguna circunstancia de los dere-

chos que admiten excepciones y solo benefician de una protección relativa). En segundo lugar, en caso de conflictos, esto es, conflictos entre derechos que admiten excepciones, el jurista debe hallar un punto de compatibilidad entre ambos, en una perspectiva combinatoria y no, según la lógica clásica, alternativa³⁷. La autora clasifica los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 según este modelo. Termina su análisis por un estudio de los llamados crímenes en contra de la humanidad.

En conclusión, a través del análisis de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo y de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la autora muestra que sí es posible pensar el derecho fuera de los tres principios aristotélicos clásicos de identidad, del tercio excluido y de no contradicción. Es cierto que la complejidad de los conceptos y métodos usados puede extrañar al lector latinoamericano poco familiarizado con la sutileza del razonamiento de las Cortes, y que la transposición de la lógica difusa al derecho ganaría en desvincularse de los términos matemáticos usados por la autora. Sin embargo, la lectura de *Pour un droit commun* no deja de ser altamente estimulante.

³⁵ *Ibid.* p. 182. La autora cita estadísticas absolutamente dramáticas como motivos para “apurarse” en pensar mejor y ahora lo múltiple para resolver cuanto antes los conflictos entre los derechos civiles y políticos, tradicionalmente preferidos por los países desarrollados del Occidente, y los derechos económicos, sociales y culturales, preferidos por los países en vía de desarrollo y del Oriente.

³⁶ *Ibid.* pp. 210-213.

³⁷ *Ibid.* p. 176.

1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir* (Université Paris II Panthéon-Assas, sous la direction de Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, Paris 2004), xii + 1059 págs.

Esta voluminosa obra se inserta en el impresionante elenco de publicaciones aparecidas con ocasión de la celebración del bicentenario de la promulgación, el 21 de marzo de 1804 (30 de ventoso del año XII), del *Code civil des Français* (luego *Code Napoléon*)¹, y constituye –hasta cierto punto, y salvando las distancias– una suerte de réplica del famoso *Livre du Centenaire* (París 1904; reimpr. 1969) publicado a instancias de la *Société d'études législatives* para conmemorar los primeros cien años de este influyente cuerpo legislativo, verdadera *clef de voûte* del ordenamiento jurídico francés contemporáneo². En este caso, a diferencia de aquella obra, no se trata de una publicación oficial de la civilística francesa en homenaje (y crítica) del *chef d'oeuvre* del Derecho privado francés, sino que representa únicamente el resultado del esfuerzo emprendido por la Facultad de Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II) desde el año 2000 para hacer una contribución significativa a la celebración del bicentenario del Código al que Napoleón unió para siempre su nombre. En consecuencia, los 56 trabajos aquí publicados (y que ocupan más de mil páginas) están todos ellos firmados por profesores en activo o antiguos profesores –o, al menos, doctores *honoris causa*– de dicha Universidad parisina, entre ellos el eximio Jean Carbonnier, figura central de la civilística francesa de la segunda mitad del siglo XX, desaparecido poco antes de la aparición de este libro y en el cual deja su último rasgo de sabiduría en un artículo memorable³.

Tras un preámbulo a cargo de los directores de la publicación y dos artículos a modo in-

troductorio general (surgidos de la pluma, respectivamente, de Philippe Malaurie⁴ e Yves Lequette⁵), los restantes trabajos se distribuyen en tres partes, concordantes con la titulación tripartita de la obra: la primera parte (*Le Code civil de 1804*, pp. 39-130), referida al *passé* del Código; la segunda (*Le Code civil de 1804 à nos jours*, pp. 135-895) –la más larga y enjundiosa del libro–, sobre su evolución hasta la actualidad (*présent*) en sus diversas esferas y en relación con otras áreas normativas; y, finalmente, la tercera (*L'avenir du Code civil*, pp. 899-1053), dedicada a la prospectiva de lo que será del *Code civil* (su *avenir*) en el contexto de la globalización e internacionalización del Derecho privado. Como puede observarse a grandes rasgos simplemente examinando su índice, la obra está escrita fundamentalmente por y para civilistas o iusprivatistas; sin embargo, la preocupación de índole histórica tiene una presencia constante a lo largo de todo el volumen en la mayor parte de los artículos (como no podía ser de otro modo, tratándose de un libro conmemorativo de un aniversario), no solo en los de la primera parte, y sería una lástima que sus interesantes páginas pasaran desapercibidas a los historiadores del Derecho, ya que en ellas se encuentran abundantes aportaciones a la reconstrucción histórica del Derecho privado en los dos últimos siglos, no solo en Francia, sino también en muchos otros lugares (en la medida en que el *Code Napoléon* constituye un monumento jurídico de alcance universal), y singularmente en España e Iberoamérica, dada la decisiva influencia del Código francés en la codificación civil de los países de la comunidad lati-

¹ Puede verse una selección de la bibliografía al respecto (casi exclusivamente en lengua francesa) en la página web oficial del bicentenario (www.bicentenaireducodecivil.fr/leger/publications.htm).

² Hay una reedición a cargo de HALPÉRIN, J.L. *Le code civil: 1804-2004. Livre du centenaire*, Dalloz, París, 2004. Con motivo del bicentenario hay, no obstante, otra obra conmemorativa de carácter más “oficial”, a cargo de J. Carbonnier, HALPÉRIN, J.L. et al., *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, París 2004. También se ha editado una edición facsímil del *Code* original, presentada por Jean-Denis Bredin: *Code civil des Français. Bicentenaire 1804-2004*, Dalloz, París 2004.

³ Cf. *infra* en el texto.

⁴ “L'utopie et le bicentenaire du Code civil” (pp. 1-8).

⁵ “D'une célébration à l'autre (1904-2004)” (pp. 9-35).

noamericana y la conocida dependencia tradicional de nuestra civilística respecto de las construcciones de la doctrina francesa. De ahí, por tanto, que nos haya parecido conveniente hacer un breve comentario de los trabajos contenidos en este libro, aunque no de todos ellos —ya que tal cosa excedería con mucho tanto el espacio disponible como el ámbito temático propio de esta sede—, sino únicamente de aquellos que presentan un mayor interés historiográfico.

En este sentido, conviene indicar que todos los trabajos que integran la primera parte del volumen se encuentran directamente insertos en el círculo de interés científico de la Historia del Derecho. Pero antes aún uno de los artículos introductorios, el firmado por Yves Lequette⁶, es asimismo un trabajo de índole historiográfica, ya que se destina a confrontar los modos de celebración del centenario del *Code* y los del bicentenario de la obra, donde quedan suficientemente destacadas las fuertes diferencias que separan a uno y otro acontecimiento, dándose la paradoja de que, en algunos aspectos, el *Code Napoléon* se muestra hoy más moderno que hace un siglo y se encuentra, en parte, menos sometido a crítica que entonces. El A. pasa revista a las principales áreas que constituyen el *ordre civil* al que el Código ha servido (el Derecho patrimonial y la familia) y la filosofía de las reformas que han experimentado cada una de ellas, así como las fuentes jurídicas sobre las que se articula ese orden (con primacía de la ley estatal como fuente del Derecho *par excellence*), hoy discutidas en virtud de la “europeización” del Derecho francés, que pone en cuestión la propia idea de la codificación de carácter nacional en Europa. El A. concluye que, mientras la celebración del centenario, a pesar de todo, fue ocasión para afirmar —con diferentes “sensibilidades”— la creencia en Francia y en el futuro del Derecho francés, el bicentenario ha sido ocasión, más bien, para plantear dudas sobre ese futuro, donde es el propio núcleo del sistema jurídico francés y los valores de la sociedad francesa los que se hallan puestos en cuestión.

Entrando ya en la primera parte del libro —la más propiamente historiográfica— nos encontramos con un par de artículos referidos a la in-

fluencia del Derecho romano y el *ius commune* en el proceso codificador francés y en los contenidos normativos concretos del *Code civil* de 1804, y en sus desarrollos posteriores. El primero de ellos es el del prestigioso romanista Michel Humbert (“Portalis et Justinien, ou les épaules d’Énée”, pp. 39-50), que examina con gran rigor analítico los defectos estructurales —repetidamente denunciados— que presenta el plan del *Code civil*, y pone en evidencia su dependencia de esquemas romanos mal sintetizados. Efectivamente, la estructura en tres libros del Código es tributaria del modelo institucional romano, pero no del gayano, sino del justiniano, netamente inferior al clásico. El libro II del *Code* es denunciado en cuanto a su título, poco explícito (*Des biens et des différents modifications de la propriété*), y en cuanto a su contenido, que no responde verdaderamente a tal título: está formado por una yuxtaposición de dos bloques que ningún principio lógico puede soldar, y carece de estructura interna; los tres títulos en que se subdivide están, asimismo, sujetos a crítica (incluso los proyectos de Cambacères proporcionaban un modelo claramente preferible). El libro III (*Des différents manières dont on acquiert la propriété*) constituye una masa enorme y desequilibrada (de una extensión más de ocho veces la del libro II) y presenta faltas de coordinación con el libro anterior en cuanto a la distribución de las materias: todo ello hace pensar al A. que los redactores del *Code civil* no intentaron modificar el encadenamiento tradicional de las instituciones y que la injustificada distribución de estas entre el libro II y el III obedece a que los autores del *Code* partían de una distinción fundamental en dos partes, personas y valores patrimoniales (cualquiera que fuese la naturaleza de estos), con una obsesión omnipresente por la propiedad, y que esta flagrante ausencia de estructura la encontraron en el modelo mediocre de la *Instituta* justiniana (frente al modelo de Gayo, mucho más coherente, donde la división de las cosas juega un papel operativo determinante, y no ornamental como en la obra bizantina y, consecuentemente, en el *Code*). Esto se evidencia en una serie de rasgos perceptibles en el *Code civil*: (i) el

⁶ *Vid.* nota anterior.

iniciar el libro II por la división de las cosas, para luego no derivar nada significativo de ello en la continuación de la exposición; (ii) el mezclar los modos de adquirir la propiedad y los derechos sobre las cosas; (iii) el tratar en dos secciones, y en dos libros diferentes, los modos de adquirir (en particular, la accesión); (iv) el seguir anclado a la incapacidad de dar un hilo conductor o un principio de organización a lo que se presenta como la “composición del patrimonio”. A estos defectos, visiblemente derivados de la dependencia del modelo institucional, se suma la perturbación producida por la intersección de este con el esquema extraído del Digesto justinianeo, que también tuvo un peso en la organización del material normativo operada por los codificadores. Así, la aportación del Digesto al *Code* se verifica, a juicio del A., en dos niveles. Por un lado, en la sucesión general de materias en el seno de los libros II y III, donde los derechos sobre las cosas se consideran en función de su valor económico, susceptible de figurar en un balance, en virtud de su mayor o menor certidumbre o seguridad, a partir de la propiedad. Por otro, en la predilección de los redactores por la globalización de los temas –sobre el concepto simplificador de la propiedad– en detrimento de un análisis jurídicamente más articulado de los problemas. El *Code Napoléon* recibe, pues, según el A., ambas tradiciones, y las conserva a través de un artificio defectuoso. Como puede observarse, este trabajo presenta un tema clásico con un enfoque novedoso y muy estimulante, si bien, a nuestro juicio, el A. no destaca suficientemente el hecho de que es difícil que los codificadores franceses adoptaran ese planteamiento sistemático a partir de la lectura directa de los *libri legales* de Justiniano, y que más bien su enfoque estaba mediatizado por las aportaciones de los clásicos del *droit commun* francés, de gran circulación en su época, como las obras de Gabriel Argou (*Institution au droit françois*, París, 1692) o François Bourjon (*Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, París 1743)⁷.

El otro trabajo al que aludíamos en relación con la influencia del modelo romano en el *Code* es el de Pierre-Yves Gautier (“Sous le Code

civil des Français: Rome [l’origin du droit des contrats]”, pp. 51-75), que es más bien un estudio de carácter dogmático sobre problemas actuales del Derecho de obligaciones francés, con un ligero barniz romanista, como un recordatorio (en particular para los jóvenes *thesards*) de la trascendencia que para la historia del Derecho, y también para el Derecho francés, han tenido las creaciones de la jurisprudencia romana, y la conveniencia de volver la mirada a lo que de ellas nos queda, especialmente en el *Digesto*, para comprender el significado de nuestras instituciones civiles y nuestras reglas jurídicas fundamentales. El artículo se centra en analizar algunas cuestiones de la teoría general del contrato, sobre la base de la distinción entre la existencia de un acuerdo que da lugar al surgimiento de la relación obligatoria o la aparición de diferencias entre los contratantes que impiden la ejecución de sus obligaciones, todo ello ilustrado con citas de pasajes del *Corpus iuris civilis* que se presentan como precedentes o ejemplos paralelos de determinados artículos del *Code civil*. En el tratamiento de todos los temas resulta mucho más interesante el planteamiento estrictamente dogmático de los problemas y su enfoque y resolución conforme al Derecho actual que el paralelismo que se nos ofrece con los textos romanos, para los que falta una verdadera penetración histórica. El texto finaliza con una apelación, con tintes dramáticos, a la conservación de la tradición civilista del *Code* frente a los intentos de imponer una nueva codificación a escala europea de estirpe anglosajona que daría al traste, no ya con doscientos años de cultura jurídica, sino con dos mil.

A continuación, el libro pasa a estudiar cuestiones referidas estrictamente a la historia del Derecho francés y la codificación civil. Así, Anne Lefebvre-Teillard (“Les différents facteurs d’unification dans l’Ancien droit”, pp. 77-85) analiza la situación del Derecho francés –en particular, el Derecho privado– en vísperas de la Revolución, donde se daban cita dos corrientes opuestas, una favorable a la unidad nacional y otra tendente (por reacción) a preservar la diversidad de las costumbres locales. La A. señala la

⁷ Vid. al respecto WATSON, A. *The Making of Civil Law*, Cambridge et al., 1981, pp. 111 ss.

existencia de varios factores que impulsaban la tendencia a la unidad, como era la presencia de un Derecho unificado ya en varios dominios (gracias a la herencia del *droit savant* universitario y a la legislación real desde Colbert), la constante búsqueda intelectual de un Derecho común francés y la fuerza de una corriente favorable a la unidad a escala del reino auspiciada por minorías más políticas que jurídicas. La monarquía, encerrada en los privilegios estamentales, no se sintió capaz de dar forma definitiva a esas tendencias unificadoras, y hubo de ser la vía revolucionaria —comprometida ya con la idea racionalista de la codificación, dominante entre los ilustrados— la que culminara el proceso.

El siguiente trabajo de este bloque se debe a Jean-Philippe Lévy (“La Révolution française et le droit civil”, pp. 87-105), que estudia las trascendentales aportaciones de la legislación revolucionaria (el *droit intermédiaire*) para la modernización del Derecho civil francés y preparar el camino al *Code Napoléon*. El A. divide las realizaciones del período “largo” revolucionario (1789-1804) en dos fases claramente diferenciadas por una evidente cesura: el golpe de 9 de Termidor del año II (27 de julio de 1794). El período más creativo y rupturista es, obviamente, el primero, hasta la reacción termidoriana, en el que se producen sustanciales avances en cuanto a la libertad personal y la libertad de la tierra y de la propiedad fundiaria, así como en la igualdad de derechos (particularmente en el ámbito del Derecho de sucesiones), en ocasiones con notorios excesos desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por el contrario, la fase siguiente, tras la caída de Robespierre, se caracteriza por un giro hacia soluciones jurídicas tradicionales, aun manteniendo, fuertemente retocados, los principios fundamentales de la Revolución, lo cual se manifiesta en una reducción de la velocidad de producción normativa y, particularmente, en los

proyectos codificadores de Cambacères (el tercero de los suyos), de Jacqueminot y, sobre todo, en el *Code Napoléon*. La conclusión del A. respecto a la totalidad del período es que, a pesar de la indiscutible impresión de confusión y embarullamiento que produce, alcanzó, no obstante, logros indiscutibles, tales como la unificación del Derecho civil francés, la abolición de la feudalidad y los bienes “propios” y la reglamentación de la propiedad intelectual.

Por su parte, Jean-Louis Souriou (“Le rôle du Premier Consul dans les travaux préparatoires du Code civil”, pp. 107-121) vuelve al conocido tema de la participación e influencia decisiva de Napoleón Bonaparte en la elaboración del *Code civil*. El A. destaca adecuadamente la importancia estratégica de las medidas políticas adoptadas por el entonces Primer Cónsul para facilitar el trabajo de los codificadores y vencer las resistencias que habían hecho naufragar los cuatro proyectos anteriores, y resalta las aportaciones personales de Bonaparte en la redacción final del texto, realizadas a través de discursos *ad hoc* en el Consejo de Estado o enmiendas puntuales al borrador, dirigidas, sobre todo, a introducir reformas políticamente significativas o mejorar la redacción en la línea de hacerla más diáfana y comprensible. Por lo demás, el artículo no aporta grandes novedades respecto a lo ya sabido⁸.

El último trabajo de esta primera parte propiamente histórica del libro es el firmado por Guillaume Leyte (“Le Code civil et les autres codifications napoléoniennes”, pp. 123-130), en el que se ofrece una elemental panorámica de los antecedentes y características de los otros Códigos promulgados por Napoleón —es decir, los Códigos de procedimiento civil (1807), de instrucción criminal (1808), penal (1810) y mercantil (1807/1808)— y que nunca han obtenido tanta atención y respeto como el *Code civil*⁹.

⁸ Sobre este tema, *vid.* con más detalle THEEWEN, E.M. *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlín 1991; *cf.* al respecto la rec. de CAPPELLINI, P. en *Quaderni Fiorentini* 21 (1992), pp. 585 ss.; *vid.* también, últimamente, HALPÉRIN, J.L. “L’histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?”, en *Pouvoirs* 107 (2003), pp. 11 ss.

⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* un enfoque históricamente mucho más interesante en MAILLET, J. “Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste”, en *Quaderni Fiorentini* 2 (1973), pp. 111 ss.

La segunda parte del volumen se divide, a su vez, en una serie de bloques temáticos de interés historiográfico diverso. El primero de ellos, titulado simplemente *Generalités*, ofrece un mayor atractivo a este respecto, en particular en algunos de sus artículos, de carácter exclusivamente histórico, con relación a los avatares del *Code civil* en sus doscientos años de vigencia. A la cabeza de tales trabajos se encuentra el firmado por Valérie Lasserre-Kiesow (“Las éditions du Code civil”, pp. 135-154), un estudio muy documentado que describe con gran detalle las distintas ediciones del Código, de todo tipo, que han ido apareciendo hasta la fecha, desde la edición *principes* de 1804 hasta las modernas ediciones de bolsillo para uso escolar (si bien, propiamente, solo ha habido tres ediciones oficiales de la obra, de 1804, 1807 y 1816), las cuales pueden ser vistas, en conjunto, como la traducción de las diferentes concepciones de la presentación del Derecho en la Edad Contemporánea, como una suerte de “teatro del Derecho positivo”. La A. desgrana las siguientes modalidades de ediciones que han aparecido, entre las cuales pueden destacarse, a los efectos que aquí interesan, las de carácter histórico, que recogen las fuentes de inspiración del articulado del Código, como la de H.-J.-B. Dard, de 1805, o la de J.-M. Dufour, de 1806. A título de anécdota conviene recordar, como hace la A., que la denominación de *Code Napoléon* para el Código, impuesta a imitación de los viejos Códigos romanos por disposición de 3 de septiembre de 1807, y restaurada por decreto de 27 de marzo de 1852, nunca ha sido derogada oficialmente, si bien su uso oficial en la legislación desapareció por vía de hecho en la III República, a partir del 4 de septiembre de 1870.

En el segundo artículo, Jean Hilaire (“Le Code civil et la Cour de Cassation durant la première moitié du XIX^e siècle”, pp. 155-170) describe las intervenciones de la Corte de Casación en el período inmediatamente posterior a la entrada en vigor del *Code*, las cuales durante ese tiempo fueron relativamente escasas debido a las propias virtudes del Código (de hecho, la función jurisprudencial de la *Cour de Cassation* no fue consagrada legalmente hasta 1837), al menos hasta 1848, en que las transformaciones sociales obligaron a una mayor actividad adaptadora de los tribunales. El trabajo analiza las dificultades

de adaptación de los propios jueces al nuevo texto codificado (muchas veces motivadas por los avatares políticos de la época) y pone de relieve el escaso fundamento de la presunta oposición entre la interpretación doctrinal y la judicial del *Code* (entre los autores de la Escuela de la Exégesis y el *Palais*) y la orientación preferentemente liberal de la jurisprudencia, a veces con posiciones de cierto rigorismo. Como conclusión, el A. sostiene que el cuadro de la situación se muestra hoy mucho más matizado que en épocas pasadas, de modo que no aparece una verdadera oposición entre teóricos y prácticos de la época y la jurisprudencia presenta una imagen mucho más libre de lo que había venido sosteniéndose con anterioridad.

El tercero de los trabajos de este bloque corresponde a Dominique Bureau (“Les regards doctrinaux sur le Code civil”, pp. 171-210). Se trata de un estudio muy documentado sobre las corrientes doctrinales surgidas en Francia a raíz de la publicación del *Code civil* y desarrolladas durante el siglo XIX y la primera parte del XX, en concreto dos, la “Escuela de la Exégesis” y la llamada “Escuela científica” de Saleilles o Géný, que dominan, respectivamente, cada uno de los dos períodos en que puede dividirse su evolución, a saber, hasta el centenario del Código y con posterioridad al mismo. Según la A., un análisis de las consideraciones doctrinales sobre el *Code civil* es un juego reflexivo que conduce a un doble problema: cómo ha cambiado el C. c. a lo largo del tiempo y cómo ha cambiado la doctrina en ese mismo período. El trabajo responde plenamente a ambas cuestiones, y pone de manifiesto cómo la supuesta oposición entre ambas escuelas debe ser relativizada, empezando por la propia denominación de “escuelas” para ambas corrientes doctrinales, que encierran en realidad una gran pluralidad de posiciones difícilmente reducibles a una unidad y poco conciliables con los tópicos dominantes en la historiografía jurídica francesa del siglo XX; asimismo, el texto subraya la muy diferente mirada que sobre el *Code* se ofrece en la actualidad respecto de la que se daba con ocasión del primer centenario (un hecho señalado también por otros autores del libro, como el ya mencionado de Yves Lequette) y se muestra convencido de la utilidad del estudio de las distintas representaciones pasadas del C.c.

a efectos de encuadrar históricamente los debates actuales en torno a la defensa o desacreditación del *Code* en el presente contexto de “europeización” del Derecho francés.

El siguiente artículo, debido a Nicolas Mathey (“Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles”, pp. 211-235), incide en los mismos temas que el anterior, pero esta vez centrado en la figura dirigente de la llamada “Escuela científica”, que, como es sabido, preconizó una superación de la metodología de la Exégesis a través de una visión más realista que tuviera en cuenta los antecedentes históricos de las instituciones (bajo la influencia de Savigny y la Escuela Histórica, pero opuesto a ella en la medida en que reconocía la necesidad práctica de la codificación) y, sobre todo, las necesidades sociales y la utilidad común (por el influjo de autores como Ihering, Bergson o J.H. Newman), más que la supuesta voluntad originaria del legislador; consecuente con este planteamiento, Saleilles preconizó una revisión general del *Code* que sirviera para adecuarlo a las nuevas realidades de inicios del siglo XX (“los años eléctricos”), ante la insuficiencia de la jurisprudencia como instrumento adaptador, y no faltaron sus trabajos prácticos al respecto. El artículo no aporta grandes novedades y constituye una buena síntesis de las principales ideas de este autor, tan influyente en el pensamiento jurídico francés del último siglo.

El quinto trabajo de esta sección, a cargo de Christian Larroumet (“Le Code civil, instrument de propagande politique”, pp. 225-235), es un breve y curioso estudio acerca del empleo del *Code* como elemento de legitimación política de la III República, en particular a través de cuatro conferencias pronunciadas entre 1873 y 1874 por el diputado republicano Victor Guichard, dirigidas a desacreditar la monarquía como forma de gobierno; en ellas, el *Code* se presenta como modelo de legislación, pero no tanto por sus virtudes intrínsecas, sino más bien como ejemplo de ley dictada por una República opuesta a los Borbones (que es la postura política que el conferenciante defendía); para Guichard, el *Code* no había llegado a desplegar toda su potencialidad porque los regímenes políticos bajo los que venía aplicándose no guardaban correspondencia con su verdadero espíritu, es decir, el re-

publicano. Para el A., la nota más llamativa de estas *Conférences sur le Code civil* es su exclusivo carácter ideológico y su carencia de verdadero relieve y profundidad jurídica.

El siguiente artículo de la sección incide igualmente en la problemática de la vinculación entre política y *Code civil*. En un polémico trabajo (“Le Code civil, les lois de la Troisième République et les actes dits “lois de Vichy”, pp. 237-273), André Castaldo analiza el desarrollo normativo en el ámbito del Derecho civil durante la Tercera República, que supuso un notable esfuerzo reformador en aras de adaptar el venerable texto del *Code Napoléon*, y el Derecho civil francés en su conjunto, a las exigencias de la sociedad industrial, en realidad poco comprendidas por el legislador napoleónico. En general, la legislación civil francesa de ese período se caracterizó por dos rasgos básicos: i) una cierta vuelta a concepciones revolucionarias en determinados dominios, como el Derecho de familia (sobre todo por la restauración del divorcio, abolido por la Restauración, a través de la ley Naquet de 1876, “la más republicana de las leyes del período”, en opinión del A., pero también a través de reformas menos llamativas en relación con la situación de la mujer casada, el estatuto de los hijos extramatrimoniales, la limitación de abusos en la patria potestad o la adopción) o el derecho de asociación (al reconocerse, en 1901, una “pequeña personalidad” a las asociaciones); y ii) una toma en consideración de la evolución de la sociedad, lo que conduce a una escasa tonalidad ideológica en las reformas, orientadas, en todo caso, hacia un reconocimiento de la “cuestión social” (v. gr. por la ley de accidentes de trabajo de 1898). A continuación, el texto se vuelve hacia la legislación civil del período de Vichy, la cual, a juicio del A., salvo en determinados asuntos considerados “sensibles” para la ideología del régimen (v. gr. el tratamiento del divorcio o la francmasonería), se caracterizó por una orientación básicamente tecnocrática y, lo que es más llamativo, por una gran continuidad respecto del período republicano anterior, incluso en la adopción de medidas de carácter xenófobo contra refugiados y, más aún, contra judíos (lo que, en opinión del A., respondía a una atmósfera antisemita presente en la sociedad francesa ya antes de la ocupación nazi).

Aunque el artículo siguiente, firmado por Jean Foyer (“Le Code civil de 1945 à nos jours”, pp. 275-296), se presenta como una continuación, desde el punto de vista cronológico, del trabajo anterior, en realidad, su tono es muy diferente y marca un giro en la temática del volumen, ya que se trata de un trabajo muy técnico y descriptivo de la evolución legislativa, abierto a la discusión de las nuevas tendencias de internacionalización y europeización del Derecho civil y poco analítico en relación con las realidades sociales en que se inscriben las aceleradas reformas de los últimos decenios. El A. divide la historia del *Code civil* en la segunda mitad del siglo XX en tres períodos. El primero (1945-1964) se caracteriza por el estancamiento de los intentos de realizar una nueva codificación y su sustitución por una serie de reformas parciales a través de leyes especiales (“*novelles*”), algunas de las cuales procedieron al desmontaje del *Code* originario (como la ley del Código de la nacionalidad francesa, de 1945, o diversas leyes en materia de arrendamientos); el período culmina con el fracaso de la comisión codificadora presidida por Julliot de la Morandière. El segundo período (1964-1986) es calificado por el A. como de “refundación del *Code civil* de 1804”, ya que, una vez abandonadas las pretensiones de hacer un Código nuevo, la Quinta República optó por mantener el viejo tapiz napoleónico, pero sometido a una profunda reescritura a cargo de Jean Carbonnier que, en algunos aspectos, lo dejará irreconocible, como es el caso del Derecho de familia, donde la arcaica estructura patriarcal y asimétrica del *Code* es sustituida por una nueva, dirigida a garantizar la igualdad entre los cónyuges y de los hijos, cualquiera que sea su origen, y el equilibrio de poderes en el seno de la comunidad familiar; asimismo, ha dominado la tendencia opuesta al período anterior y, en vez de deslocalizar secciones enteras del Código, se ha procedido a reincorporar al mismo muchos de

sus *disiecta membra*, como la regulación de la nacionalidad, algunos derechos de la personalidad o ciertos tipos de convenciones privadas. El último período (desde 1986 hasta la actualidad) está dominado por las tendencias crecientes a la constitucionalización, internacionalización y europeización del Derecho privado, que introducen numerosas disfunciones en el sistema civil organizado en torno al Código y la preeminencia de la ley nacional; el A. se muestra sumamente crítico con estas nuevas tendencias, que, a su juicio, amenazan con condenar a muerte al *Code* y, por tanto, a una parte sustancial de la cultura nacional francesa¹⁰.

Esta misma perspectiva escéptica o pesimista asume igualmente el trabajo de Yves Gaudemet (“Le Code civil, “constitution civile de la France”, pp. 297-308), que hace balance de la transformación del *Code civil* en sus doscientos años de vigencia que ha conducido a la progresiva pérdida de su condición de auténtica “constitución civil de Francia” (expresión esta tomada de una obra de Jean Carbonnier, pero que se remonta ya a los primeros comentaristas del *Code*¹¹, y es paralela a la consideración de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 como verdadera “constitución política” y del Concordato de 1804 como “constitución religiosa”) —es decir, reglamentación esencial de la sociedad civil conforme a un determinado orden moral, según la concepción de Cambacères— y su conversión en una pura colección envejecida de leyes civiles residuales. Esa consideración del *Code* como “constitución civil” es lo que ha facilitado su estabilidad (mucho mayor que la de las Constituciones políticas) y su extensión por el mundo como un modelo a seguir; pero tal concepción ha entrado en decadencia a partir de los años sesenta del pasado siglo como consecuencia de la propia evolución del sistema social y de la función que la ley (especialmente la ley civil) cumple en ella, en para-

¹⁰ Esta posición, que podríamos denominar “euroescéptica”, domina la mayor parte de los artículos del libro que se hacen eco de la cuestión: *vid.*, por ejemplo, los trabajos de MALAURIE, PH. (cit. *supra* n. 4), LEQUETTE Y. (cit. *supra* n. 5), GAUTIER, P.Y. (cit. *supra* en el texto), GAUDEMET Y. (cit. inmediatamente en el texto), LEVENEUR, L. “Le Code civil et le droit communautaire” (pp. 929-951) o (más matizadamente) SONNENBERGER, H.J. “Code civil et BGB: leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne” (pp. 1011-1034).

¹¹ *Vid.* referencias en BUREAU D. (*op. cit. supra* en el texto), p. 179 n. 45.

lelo con la degradación de la idea de codificación en toda Europa y su sumisión a los criterios burocráticos de la construcción europea. “Le Code civil a construit la France. Survivra-t-il à l’Europe des marchands?”, se pregunta el A. al final de su trabajo (p. 308).

El último artículo de esta sección corresponde a Nicolas Molfessis (“Le Code civil et le pullulement des Codes”, pp. 309-338) y se aleja ya de todo interés historiográfico propiamente dicho para entrar de lleno en el terreno de los estudios sobre las técnicas constructivas en el Derecho vigente. En la misma línea que el trabajo de Gaudemet, el A. analiza aquí la posición del *Code civil* en el contexto de un nuevo modelo de codificación que ha dado lugar a una gran cantidad de textos refundidos, de carácter predominantemente administrativo, en permanente transformación (códigos à *droit constant*). Para el A., estos nuevos códigos (*code de la propriété intellectuelle, code de la consommation, code des juridictions financières, code général des collectivités territoriales, code de la santé publique, code de l’environnement*, etc., etc.) se basan en el incumplimiento sistemático de las reglas básicas de la codificación señaladas por Cambacères¹² y son expresión un triunfante mundo administrado

que responde a la lógica de la burocratización del Derecho pronosticada por Max Weber. A su juicio, esta proliferación de códigos de sectores y subsectores del ordenamiento viene a desposeer al *Code civil* de su carácter de Derecho común y a convertirlo en un puro cuerpo de Derecho civil con reglas parcialmente inexactas y, desde su punto de vista, ese proceso de vaciamiento del Código civil como tal no puede sino ir acrecentándose en el futuro¹³.

Las tres secciones siguientes, dentro de esta segunda parte del libro, se centran en cuestiones exclusivamente referidas a la relación del *Code civil* con la evolución del Derecho positivo en Francia en los últimos tiempos y sus perspectivas actuales y de futuro, tanto en el ámbito estricto del Derecho civil¹⁴, como del Derecho privado en general¹⁵ e incluso del Derecho administrativo¹⁶, por lo que, en un comentario de índole básicamente historiográfico como pretende ser este, pueden quedar en un segundo plano y remitirse su enjuiciamiento a otras publicaciones de naturaleza civilista o iusprivatista. Más interés para el historiador del Derecho despiertan, a juicio de quien suscribe, los trabajos de la quinta sección, y última, de esta segunda parte del libro, referidos a la expansión mundial del

¹² Es decir, no separar de una materia disposiciones o leyes que la han de completar y no dividir nunca, para conservar una mayor regularidad, disposiciones que vienen aclaradas por su aproximación (*vid. ibid.* p. 338).

¹³ Son significativas, a este respecto, las siguientes palabras del Presidente Jacques Chirac, en su alocución conmemorativa del bicentenario del *Code civil* en la Sorbona, el 11 de marzo de 2004 (*vid.* http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours_et_declarations/2004/mars/sommaire_mars.12455.html [01.06.05]): “La codification n’en est que plus nécessaire. Elle est le contrepoids naturel de l’inflation législative, l’instrument indispensable pour maintenir dans le monde moderne l’idéal d’une loi claire, intelligible et accessible à tous, consacré à juste titre comme un objectif de valeur constitutionnelle. (...) Près de la moitié des normes sont aujourd’hui intégrées à un code. Cet effort sera accentué et poursuivi afin qu’en 2010, toutes les grandes matières de notre droit soient codifiées”. La declaración parece confirmar los temores del autor del trabajo que estamos comentando.

¹⁴ Se analizan cuestiones centrales como las reformas en el Derecho de familia (CATALA, P.), la paternidad (CHAMPENOIS, G.), el Derecho inmobiliario (PÉRINET-MARQUET, H.), la transmisión de la propiedad (BLANLUET, G.), el Derecho de sucesiones (BRENNER, C.), la causa (MAZEAUD, D.), el orden público (FAUVARQUE-COSSON, B.), las buenas costumbres (FOYER, J.) o la buena fe contractual (COHEN, D.), o materias muy novedosas, objeto de abundantes controversias y discusiones, como el tratamiento del cuerpo humano (GALLOUX, J.Ch.) o los contratos electrónicos (HUET, J.) en el Código civil.

¹⁵ Por ejemplo, la relación entre *Code civil* y Derecho del Trabajo (B. TEYSSIE, A. MAZEAUD, C. PIZZIO-DELAPORTE), Derecho mercantil (M. GERMAIN, PAYET, M.St.), Derecho internacional privado (GAUDEMET-TALLON, H.) o Derecho de la seguridad social (PRÉTOT X.), así como el papel del juez bajo la égida del *Code civil* (Ph. THÉRY, Ph. MALINVAUD), o la regulación de instituciones como la nacionalidad (AUDIT, B.) o el arbitraje (CLAY, Th.).

¹⁶ En el trabajo de DRAGO, R., “Le Code civil et le droit administratif” (pp. 775-786).

Code civil (*Le Code civil dans le monde*, pp. 787-895)¹⁷, en la medida en que la mirada comparatista no puede desvincularse de la visión histórica si no quiere caer en la esterilidad¹⁸. Los trabajos aquí recogidos responden de modo adecuado a este reto y, exceptuando el primero, ubican y describen históricamente las relaciones entre el *Code Napoléon* y los respectivos ordenamientos nacionales (o, más bien, regionales a nivel mundial) analizados, si bien, en general, se observa en este bloque un tipo de tratamiento mucho más escolar y un nivel científico más simple que en las otras partes del libro.

En efecto, el primero de los artículos ahí reunidos, redactado bajo la dirección de Louis Vogel (*Le monde des Codes civils*, pp. 789-802), pero elaborado por los nueve miembros del grupo de trabajo número 1 del Instituto de Derecho Comparado de París sobre la base de las respuestas a un cuestionario enviadas por más de treinta profesores de Universidades de muy diversas partes del mundo, constituye un trabajo de carácter fundamentalmente descriptivo de la situación actual del fenómeno codificador en el mundo, con interesantes cuadros ilustrativos de la extensión de los códigos civiles y comparativos de sus contenidos fundamentales en gran cantidad de ellos. El diagnóstico de los autores es que hoy los códigos de los sistemas romano-germánicos, hasta hace poco claramente dominantes, están perdiendo progresivamente en los últimos tiempos su papel preemi-

nente, y surgen nuevos tipos de cuerpos normativos que responden a principios y reglas diferentes; no obstante, lo cierto es que la idea de la codificación civil está más expandida que nunca¹⁹ y, según los autores de este artículo, todavía tiene un futuro por delante, siempre y cuando no se reduzca a una mera forma, sino que sea, ante todo, una idea, cuando no un ideal.

Mayor información histórica proporciona el segundo de los artículos de la sección, dedicado a las influencias recíprocas que se ejercieron mutuamente el *Code civil* (ya la doctrina de él derivada) y la doctrina jurídica alemana del siglo XIX, a cargo de Michel Pédamon (*Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle*, pp. 803-822). Con un estilo muy claro y gran capacidad de síntesis, el A. describe, en primer lugar, el impacto del *Code civil* en la civilística alemana de inicios del siglo XIX, aun conmovida por la invasión de las tropas napoleónicas, y disecciona los argumentos vertidos por los principales civilistas alemanes decimonónicos en relación con la conveniencia o no de introducir en Alemania una codificación semejante (en especial, el conocidísimo debate Thibaut/Savigny)²⁰; en un segundo apartado, estudia el fenómeno inverso, esto es, el de la influencia de los trabajos de los civilistas alemanes (fundamentalmente de Renania, donde los preceptos del *Code civil* siguieron estando vigentes después de la derrota de Napoleón bajo la forma del *Rheinisches Recht*²¹) sobre la interpretación del

¹⁷ Sobre este tema *vid.* también, últimamente, GRIMALDI, M. "L'exportation du Code civil", en *Pouvoirs* 107 (2003), pp. 80 ss.

¹⁸ No en vano suele calificarse al Derecho comparado y la historia del Derecho como "hermanos mellizos" en el plano científico: *vid.* KÖTZ, H. "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?", en *JZ* 47 (1992), pp. 20 ss.; asimismo, LUIG, K. "Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?", en *ZEuP* 7 (1999), pp. 521 ss.; ZIMMERMANN, R. "El legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea", en *id.*, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. esp.), Madrid, 2000, pp. 60 ss.; *id.*, "In der Schule Ludwig Mitteis'. Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge", en *RabelsZ* 65 (2001), pp. 1 ss.; *cf.*, en contra, SIMON, D. "Zwillingsgeschwestern und Stammesbrüder oder What is What?", en *RJ* 11 (1992), pp. 574 ss.

¹⁹ Los resultados del Derecho comparado no permiten, por tanto, compartir plenamente las hipótesis de Natalino IRTI en su famosa obra, *Letà della decodificazione*, Milano 1979 (trad. esp. Barcelona 1992).

²⁰ Sobre el tema, *vid.*, últimamente, BECCHI, P. *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova, 1999.

²¹ *Vid.* al respecto SCHUBERT, W. *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts* (Colonia, Viena 1977); *cf.* la contribución del mismo autor, así como las de GRILLI, A. y LINGELBACH, G. en SCHULZE, R. (ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlín 1994, pp. 123-154, 67-104 y 107-121, así como la obra colectiva dirigida por SCHULZE, R. *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlín, 1998, y el trabajo del mismo autor, "Rheinisches Recht im Wandel der Forschungsperspektiven", en *ZNR* 24 (2002), pp. 65 ss.

Code civil, en especial el famoso *Handbuch des französischen Civilrechts* (1808, y varias ediciones posteriores) del catedrático de la Universidad de Heidelberg K. S. Zachariä von Lingenthal²², la primera presentación metódica y sistemática del Derecho civil francés sobre la base de las doctrinas de la civilística alemana, que constituye el fundamento del famoso *Cours* de Aubry y Rau, así como las aportaciones al respecto de la Escuela Histórica, determinantes en el giro liberal que experimentará la doctrina francesa en los últimos decenios del siglo XIX²³. Como conclusión, el A. sugiere que durante todo el siglo XIX hubo un intercambio fluido de experiencias jurídicas entre Francia y Alemania, que solo se cortó con la Primera Guerra Mundial, y que en los últimos tiempos tiende a restaurarse en el contexto de una nueva ciencia jurídica europea unificada.

El tercer artículo de este bloque (Konstantinos D. Kerameus, “L’influence du Code civil en Europe centrale et orientale”, pp. 823-830) se refiere a la expansión del *Code civil* en Europa fuera del ámbito alemán, es decir, en la Europa central, del este y del sur²⁴. Es un artículo breve y conciso en el que se da cuenta de los sucesivos códigos civiles de países como Serbia, Rumanía, Polonia, Italia, Albania, Portugal, España y Grecia, y las influencias ejercidas por el *Code civil* u otros códigos (singularmente, el BGB) en los distintos períodos de su historia reciente, con muy diferente intensidad en cada caso, casi siempre en proporción directa a la profundidad de relaciones socioculturales entre cada país y Francia. El proceso de “recepción” del *Code* en esos países se explica en gran medida por su carácter de texto revolucionario, fundador de una nueva sociedad, que se ajustaba muy bien a la juventud de casi todos ellos como Estados en

pleno auge del nacionalismo. El A. sostiene que, aunque el arco temporal del impacto directo del texto napoleónico en estos lugares puede cifrarse entre los 75 y los 100 años, su influencia indirecta es mucho más amplia, análoga a la duración del propio *Code civil*.

En el cuarto trabajo, Sélim Jahel (“Code civil et codification dans les pays du monde arabe”, pp. 831-844) estudia las dificultades y avances que ha encontrado el fenómeno codificador (civil) en los países del mundo árabe-musulmán, en muchos de los cuales el Imperio Otomano había preparado en gran medida el terreno (a través de la llamada *Medjellel-abkâm-al-adliya*, primera codificación del ámbito musulmán, que sobrevivió en muchos lugares a la caída del Imperio y ha servido de inspiración a varios códigos modernos de Derecho patrimonial) mientras que, en otros, lo hizo la colonización francesa. El A. distingue con exactitud el terreno del Derecho de obligaciones y los derechos reales –donde la idea de codificación al estilo occidental ha tenido amplia aceptación en casi todos los países considerados, con pocas “supervivencias” del Derecho islámico– del referido al estatuto personal (Derecho de familia y sucesiones), donde dominan normas muy tradicionales de contenido religioso procedentes de la *Chari’a* incluso en los países más avanzados, lo que ha impedido incorporar esas áreas a los Códigos civiles y se ha optado por hacer códigos especiales que sistematizan las reglas tradicionales (con excepción de Túnez, que en su código de 1957 se atrevió a derogar algunas normas de la ley islámica). Existe una línea de separación entre los códigos de países más modernizadores (Egipto, Líbano, Siria, países del Magreb), donde es notoria la influencia de la

²² Sobre su figura e influencia, *vid.* últimamente la semblanza elaborada por LÓPEZ JACOISTE, J.J. en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas Universales*, vol. III, Madrid, 2004, pp. 860 ss., con bibliografía.

²³ A este respecto, *vid.* los trabajos fundamentales de BÜRGE, A. *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Fráncfort del Meno 1991, y “Le Code civil et son évolution vers un droit impregné d’individualisme libéral”, en *Revue Trimestrelle de Droit civil* (2000), pp. 1 ss., entre otros del autor.

²⁴ Algunas aportaciones en ese mismo ámbito pueden verse en SCHULZE, R. *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (cit. *supra* n. 21), con trabajos de BENEDEUCE, P. LIT[”]NSKI, A. y CLAVERO, B. Quedan fuera de la consideración del libro que comentamos los desarrollos del *Code* en los Países Bajos y en los territorios europeos del *Common Law*, que sí fueron atendidos en el volumen aquí citado (en los artículos de MOORMAN VAN KAPPEN, O. y SAMUEL, G. repectivamente).

codificación francesa y los métodos occidentales, y los de los más tradicionales (Irak, Jordania, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait), mucho más respetuosos con las prescripciones de la *Chari'a* y con unos modelos de código de carácter sintético, si bien se viene observando desde hace algunos años una creciente "islamización" del sistema incluso en los primeros. Los códigos civiles en dichos países, por tanto, no sirven, a juicio del A., para fundamentar ni unificar el Derecho privado, sino únicamente para clarificar el Derecho vigente y facilitar su aplicación. El trabajo, aunque sintético, resulta, con todo, algo confuso, ya que no siempre deja claras las fronteras entre las codificaciones del Derecho patrimonial y las de las normas referidas al estatuto de las personas y las relaciones familiares.

El siguiente artículo es, sin duda, el más complejo de esta sección. En él, Marie Goré ("L'influence du Code civil en Amérique du Nord", pp. 845-854) analiza los complicados avatares históricos del influjo del *Code civil* y la doctrina de él derivada en el desarrollo jurídico de los territorios del *common law* norteamericano, es decir, más allá de las conocidas experiencias mixtas de Quebec y Luisiana²⁵. La A. desgana las diferentes vías de penetración del Derecho civil francés en la América anglófona (fundamentalmente a través de un elite de juristas, sobre todo de los Estados del Sur, formados en las tradiciones culturales europeas) y los motivos de la misma. Su conclusión es que el impacto del *Code* fue mayor a inicios del siglo XIX, cuando el Derecho norteamericano estaba en período de formación y el texto napoleónico representaba el símbolo de una sociedad nueva, constituyendo su principal manifestación el proyecto de Código civil de Nueva York de D. D. Field, de mediados

de siglo (fracasado, a juicio de la A., por llegar demasiado tarde y estar construido con categorías extrañas al *civil law*), mientras que en el siglo XX las ambiciones han sido más modestas, y el *Code civil* y la doctrina francesa han debido contentarse con proporcionar cierto análisis crítico del *common law*, cuya continuación en el futuro depende, en opinión de la A., de un mayor uso de la lengua inglesa por parte de los civilistas franceses.

Más interés desde el punto de vista del historiador del Derecho español y latinoamericano puede despertar el siguiente trabajo, debido a Arnoldo Wald ("L'influence du Code civil en Amérique latine", pp. 855-870), si bien, a juicio de quien suscribe, ese interés no se ve suficientemente satisfecho²⁶. Tras una introducción donde se exponen algunas particularidades del Derecho de los países latinoamericanos (y donde se nos dice, entre otras cosas, que la mayor influencia de las fuentes jurídicas europeas en todos los países de la región se debe a las *Ordenações Philippiņas* de 1603) como subsistema dentro de los Derechos de la familia romano-germánica, el texto narra de manera muy general y un tanto confusa el sentido de la influencia del *Code civil* en los distintos Estados de la región, surgidos de la emancipación de las colonias españolas y portuguesas, como expresión de una sociedad liberal y librecambista (frente al mercantilismo de la época colonial), que se manifestará durante todo el siglo XIX en las grandes figuras de las distintas codificaciones nacionales, para centrarse, a continuación, en la experiencia brasileña —i. e. los códigos de 1916 y 2002—, precisamente la más alejada de la influencia francesa de toda la región. Solo la última parte del trabajo vuelve a considerar, de manera bastante superficial, la pe-

²⁵ Sobre este tema sigue siendo texto de referencia la obra editada por SCHWARZ, B. *The Code Napoleon and the Common-Law World*, Nueva York 1956; también, más recientemente, REIMANN M. (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlín 1993.

²⁶ En relación con esta temática, el artículo que comentamos no aporta grandes novedades respecto a lo ampliamente conocido, y resulta sin duda preferible acudir, incluso para una exposición de carácter histórico, a la síntesis de ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* I², Tubinga 1984, pp. 133 ss., o, con más detalle, por ej., a la obra de RAMOS NÚÑEZ, C. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima 1997, y, más recientemente, Guzmán BRITO, A. *La codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Santiago de Chile 2000, esp. pp. 199 ss. (obras que, por supuesto, el autor del artículo comentado no cita).

netración del *Code civil* y la doctrina francesa en los países de habla hispana, sin alcanzar conclusiones significativas al respecto ni con relación a las líneas evolutivas seguidas por el Derecho civil en esos países durante los dos últimos siglos, ni sobre sus posibilidades en el futuro, en un contexto de creciente integración jurídica y económica y de fuerte presión por parte de las categorías del *common law* norteamericano. A nuestro modo de ver, quienquiera hacerse una idea cabal de las influencias e interrelaciones del Derecho francés en Latinoamérica (con excepción del caso brasileño) a lo largo de la historia, difícilmente podrá ver colmada su demanda con la lectura de este artículo que, por lo demás, puede resultar apreciable desde el punto de vista de los estudios comparatistas.

El último artículo de esta sección nos lleva al exótico mundo de Extremo Oriente. En un diáfano y excelentemente articulado trabajo, Eii-chi Hoshino (“L’influence du Code civil au Japon”, pp. 871-895) relata de modo muy didáctico la historia de la penetración e influencia continua del *Code civil* y la doctrina francesa en los esfuerzos codificadores del Imperio japonés. El A. divide esta historia en tres fases o períodos: el primero (1867-1890), caracterizado por el dominio casi absoluto de las categorías francesas en la doctrina jurídica japonesa y en los primeros ensayos de codificación, que encuentran su cima en el proyecto de Gustav Boissonande (1890), que constituía, de hecho, una trasposición del *Code civil* al ámbito japonés, lo que, finalmente, acabó provocando la reacción de parte de la civilística japonesa (de formación alemana), que dio al traste con el proyecto. El segundo período (1890-1965) se caracterizaría por una influencia preponderante de la doctrina pandectista alemana y, en definitiva, del BGB, tanto en el Código japonés de 1898 como, sobre todo, en la doctrina, lo que vino en parte provocado no solo por motivaciones técnicas, sino también políticas, ya que la clase dirigente japonesa veía en el Estado prusiano un buen modelo a seguir; la derrota en

la Segunda Guerra Mundial no supuso un cambio significativo, dado que la doctrina civilista japonesa era en su mayoría de tendencia política liberal. Por fin, el tercer período (1967-) supone un gran cambio de orientación en la civilística japonesa, que se muestra mucho más relativista y ecléctica, con una mayor atención que en el pasado a los avances del Derecho comparado y una atención creciente, en relación con el período anterior, a las aportaciones de la doctrina y el Derecho de Francia. La conclusión del A. (repetida desde hace años en muchas publicaciones) es que, contrariamente al mito que sostiene el dominio aplastante de las categorías germánicas en el Código civil japonés y en su doctrina, la presencia del Derecho francés es indiscutible y no menor que la del BGB, por lo que dicho código debe calificarse más bien de obra ecléctica²⁷.

Con este artículo culmina esta sección y la segunda parte del libro. La tercera, mucho más breve, está destinada a analizar las posibles líneas de futuro del *Code civil* y, en general, del Derecho francés, con una preocupación constante por la creciente “internacionalización” y “constitucionalización” del Derecho civil, consecuencia inequívoca de los procesos de globalización económica y europeización de la sociedad francesa, que no pueden dejar de tener una influencia decisiva en la evolución del Derecho privado. Pero tales preocupaciones se alejan en gran medida de las tareas del historiador del Derecho (quien, a fuer de jurista, tampoco puede cerrarse absolutamente a ellas), por lo que no debe ser este el lugar para hacerse eco de los trabajos aquí publicados en esta dirección. De esta parte únicamente, y para finalizar, haremos mención obligada del trabajo que cierra el volumen, en la medida en que presenta un doble interés histórico, tanto por su contenido como por tratarse de la última aportación de uno de los más grandes juristas franceses del siglo XX, Jean Carbonnier. En este trabajo (“Le Code civil des Français dans la mémoire collective”, pp. 1045-

²⁷ Opinión corroborada también por DOMINGO, R. “Estudio preliminar” a *Código civil japonés* (tras. esp.), Madrid 2000, pp. 20 ss.; id., “El Código civil japonés, un código a la europea”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 21 (2003), pp. 263 ss.; id., “El Código civil japonés, un logro iuscomparatista”, en id., *Ex Roma ius*, Cizur Menor 2005, pp. 101 ss.

1053), el insigne civilista hace algunas reflexiones de honda significación en torno al valor del *Code civil* en la historia de Francia –y también de Europa– desde la perspectiva del presente. El A. sostiene que, si el *Code Napoléon* permanece fuertemente anclado en la memoria nacional francesa (y las páginas del libro son buena muestra de ello, en especial aquellas en las que se hace una sólida defensa del *Code* frente a los intentos de codificación impuestos desde el exterior), es porque forma parte de la historia de Francia y de la simbología nacional francesa. Es parte de la historia de Francia por tres razones principales: porque emana de sus personajes históricos, porque ha sido reivindicado por todo el cuerpo político francés (izquierda y derecha) y porque supo sellar un compromiso histórico entre tendencias opuestas (Norte y Sur, *droit écrit* y *droit coutumier*, reacción y revolución). Y es por sus disposiciones simbólicas, más que por las de contenido, por lo que se ha impuesto en la memoria colectiva de los franceses: sus artículos más significativos (*v. gr.* 544, 1134, 1382) son un símbolo del equilibrio entre forma y fondo que desbordan lo que reclama la práctica jurídica y hacen brotar la imaginación de sus lectores más allá de lo que inicialmente prescriben. El *Code* es símbolo de la unidad del Derecho civil francés, lo que significa la unidad de la sociedad francesa, y también de su permanencia, ya que ha adquirido

el estatus de *liber perennis*, que, a pesar de las reformas de contenido, ha mantenido escrupulosamente su estructura y su forma, sobre todo en algunos artículos emblemáticos. El artículo finaliza con una reflexión en torno al porvenir del *Code* (que el A. ya no verá, y de ello se muestra consciente en el propio texto), que habrá de enfrentarse a realidades nuevas derivadas particularmente del conflicto de culturas en el seno de la sociedad francesa y de la penetración (¿quizá superación?) del Derecho francés por ordenamientos supranacionales.

Se trata, sin duda, de un espléndido broche final para una obra que, si bien desde el punto de vista historiográfico presenta algunos desniveles, en conjunto constituye un muy destacable esfuerzo de autoanálisis de una parte de la civilística francesa en estos inicios del siglo XXI y de puesta en cuestión de muchos de sus tópicos y mitos jurídicos nacionales, pero también de expresión de sus miedos en un momento de cambio histórico no solo en Francia, sino en el conjunto de Europa. De ahí que sus aportaciones no puedan ser obviadas desde España, sometida a idénticas tensiones (dejando aparte las propias e idiosincráticas) y, además, tradicionalmente ligada en lo jurídico a los destinos de su vecino del Norte.

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS
Valladolid

HURTADO, ALBERTO, *Moral Social* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004) pp. 415.

El libro reseñado dista de ser una obra de reciente factura. Sin embargo, esto no es obstáculo para que sea una de las novedades editoriales más atractivas del último tiempo. ¿Cómo es posible? *Moral Social* es, como lo aclara su prefacio, “un libro *del* P. Hurtado y no *sobre* el P. Hurtado”; que si bien parcialmente inconcluso, adquiere hoy protagonismo gracias al esfuerzo de un equipo de investigadores de nuestra Universidad encabezado por el P. Samuel Fernández. Ellos rescataron este texto como parte de un proceso de recuperación, edición y publicación de los escritos inéditos de este *hombre santo*.

La necesidad de reseñar este texto en las páginas de una revista jurídica es doble. En primer lugar, se trata de una esclarecedora obra de uno de los más distinguidos egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica; personaje central en la historia nacional de mediados del siglo XX y cuyas obras han surcado nuestra sociedad desde entonces. Su canonización inminente –si es que no ya verificada cuando estas líneas vean la luz–, le dan un protagonismo que debemos aprovechar para aquilatar el peso de su labor.

En segundo lugar, no solo el personaje detrás del texto llama la atención. También lo hace el contenido del volumen. La amplitud de disciplinas que abarca este libro sorprende al lector: sociología, economía, teología, derecho, trabajo social, ciencia política, filosofía, se trenzan en la lectura a la luz de una antropología marcada por el cristianismo. Bien se ve la vocación humanista del autor, a quien *nada de lo humano le es ajeno*.

En lo propiamente jurídico, el P. Hurtado es capaz de recorrer una escala tonal que va de temas muy abstractos, como el concepto de moral social, a asuntos tremendamente concretos y casi coyunturales, como los peligros de las sociedades anónimas y su solución. Veremos a continuación, de manera necesariamente sucinta, los elementos quizás de mayor interés según una apreciación netamente jurídica. Para ello ensayaremos reunirlos según una agrupación discrecional sin base en el libro, pero que quien escribe estima funcional a los propósitos de dar a conocer sintéticamente sus contenidos.

Hablemos primero de “Moral y Justicia”. El P. Hurtado aborda la doctrina social de la Iglesia desde la óptica de lo que él denomina “Moral social”. Ella estudia los actos de la persona en cuanto forma parte de una organización social y tiene por objeto señalar *los derechos y deberes del hombre en su vida familiar, económica, política, internacional; que enseñe cómo el hombre puede desarrollar su personalidad en el campo económico, intelectual y moral sin lesionar los derechos de los demás* (p. 23).

Según Hurtado, el hombre *tiende espontáneamente a vivir en compañía de los demás, y a asociarse a ellos en forma más o menos estable* (p. 47); *y es el centro de la moral social. La dignidad de la persona humana es el fundamento de sus derechos* (p. 202). De este reconocimiento de la dignidad de la persona nacen múltiples mandatos: la primacía del hombre sobre la materia, la propiedad al servicio del hombre, respeto de la autonomía de la persona humana, igualdad substancial de la naturaleza humana, deber de perfeccionamiento de la propia personalidad (pp. 205-207).

Esta moral social tiene tres pilares fundamentales: justicia, caridad, bien común.

La justicia es la disposición estable de nuestra voluntad que nos lleva a respetar el derecho del prójimo. El derecho es un poder moral de obrar o de poseer: es una manifestación de la personalidad (p. 213). Aquí el autor recoge la división de la justicia en *particular* (que puede ser *conmutativa*, *la única que comprenden los espíritus simplistas, que desprecian por imprecisas y etéreas los otros tipos de justicia, o distributiva o proporcional*) y *general, legal o social*, la cual determina el bien que corresponde a una sociedad en cuanto tal y “se la llama comúnmente justicia social” (p. 216).

La propiedad es estudiada rigurosamente a la luz del bien común. Es definida como *el derecho de usar, usufructuar y consumir conforme a razón algún bien económico* (p. 307; el destacado es nuestro). ¿Qué litigante no quisiera citar en este punto al P. Hurtado para, por ejemplo, caracterizar un caso de abuso del derecho? Respecto a la relación entre el Estado y la propiedad privada, nos afirma que *la misión del Estado es*

garantizar la propiedad privada de toda injusta violación (p. 109). Correlativamente, el Estado tiene también deber de controlar la gestión de los bienes particulares, de manera que sirvan al bien común. En ciertos casos puede expropiar, con indemnización, bienes particulares y también nacionalizar aquellas empresas cuya naturaleza o extensión crean especiales peligros, o son necesarias para el bien común (p. 109).

Al estudiar la propiedad, el autor recoge una actitud ante el problema jurídico de la colisión de derechos que nos recuerda las teorías de Robert Alexy. El P. Hurtado se acerca a este polémico tema recordándonos que *la propiedad se vincula no al derecho natural propiamente dicho, sino al ius gentium, derecho natural derivado*; lo cual quiere decir que si es respetable, como todos los derechos, no tiene nada de particularmente sagrado y que en caso de concurso debe inclinarse ante derechos anteriores y superiores, comenzando por el derecho a la vida (p. 312).

Como conclusión de este estrecho vínculo entre moral y justicia, el autor responde a uno de los problemas permanentes del Derecho: *¿en qué medida obliga una ley injusta, esto es, que ofende la conciencia, vulnera los derechos superiores de Dios o las normas de la justicia? Tal ley no obliga, porque no es ley* (p. 98-99).

Revisemos ahora la “Teoría del Estado” subyacente al texto. Dice el sacerdote jesuita que el Estado *es la autoridad suprema encargada de administrar la sociedad civil, constituida por el conjunto de familias agrupadas políticamente. El Estado es, pues, un medio al servicio de la sociedad, y no el fin de la sociedad. El Estado es para la sociedad y no la sociedad para el Estado* (p. 60). El P. Hurtado enumera entre los elementos constitutivos del Estado la sociedad, *conjunto de personas unidas moral y permanentemente en busca de un bien común, bajo una autoridad permanente* (p. 48), el territorio y la autoridad.

El autor coincide con la Constitución vigente en señalar que el Estado debe reconocer y amparar a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, por lo cual *el Estado o autoridad pública no tiene poder para prohibir que existan estas sociedades privadas* (p. 50).

El concepto central en esta materia es el de bien común: entendido como el *conjunto de*

bienes de orden material y espiritual que los hombres pueden procurarse en una sociedad organizada (p. 48). De esta noción nace para el Estado un deber de intervención; pues *el Estado está encargado del bien común, que incluye la prosperidad económica y la justicia social. Para asegurarlas se justifica la intervención de la autoridad, tanto más que entre lo político y lo económico no hay oposición, sino subordinación* (p. 103).

El P. Hurtado anota además la teoría de la *división de poderes* desde una perspectiva funcional, señalando que *el poder supremo se ejercita de tres maneras: promulgando normas generales de lo que hay que hacer y evitar: Poder Legislativo; haciendo observar las leyes y velando por su cumplimiento: Poder Ejecutivo; reprimiendo eficazmente los abusos que perturban el orden establecido: Poder Judicial* (p. 96).

Dentro de los tópicos relacionados con el Estado, uno que merece ser particularmente destacado es el de la Subsidiariedad.

El Estado no es un fin en sí mismo, dice el jesuita, sino que está al servicio de la nación, esto es, de la comunidad. Debe, por tanto, respetar las libertades individuales y los derechos compatibles con las exigencias del bien común (p. 95). Esta visión se contrapone al socialismo, en cuanto doctrina que afirma la primacía de la sociedad sobre el individuo y la subordinación de este a aquella (p. 174).

Particular importancia reviste la subsidiariedad en materia educacional, por cuanto al Estado *le corresponde suplir las deficiencias de los particulares* (p. 60) y su principal esfuerzo deberá consistir en sostener la iniciativa privada, para que los padres tengan en todas partes escuelas a su disposición (p. 60). Como señal de precaución, el autor nos advierte que *el peligro de absorción estatal es realísimo. El Estado tiende a substituir a los particulares, a los cuales debe estimular, pero jamás absorber ni reemplazar* (p. 95).

El sacerdote jesuita aborda también una gran cantidad de “Tópicos Jurídicos” diversos. Prima ante ellos una actitud tutelar o protectora del Derecho. Destaquemos su actitud ante los derechos del niño y su protección (*muchos son los que solo hablan de los derechos de los padres y callan sistemáticamente los derechos del niño*, p. 56); o ante la Sociedad Anónima, “creación capitalista” (p. 165).

El P. Hurtado define a esta como *una sociedad de responsabilidad limitada, con capital formado por acciones que son la expresión del dinero u otros bienes aportados por los socios* (p. 165). Un observador atento puede encontrar en estas líneas una preocupación visionaria por los accionistas minoritarios cuando leemos que *en la elección del directorio reside uno de los mayores peligros de abuso de la sociedad anónima. En apariencia el sistema es democrático, pero en el fondo nada pueden las minorías* (p. 165). Junto a esta crítica coexiste un reproche a la institución misma de la sociedad anónima, pues *el interés privado de la sociedad dominado por la idea de lucro y no del bien común es la razón de ser de la misma* (p. 166).

Los problemas laborales atraen también la atención del P. Hurtado, quien destaca que *las conquistas sociales de los trabajadores han ido codificándose en el Código del Trabajo y en las leyes sociales complementarias* (p. 280). Estudia el contrato de trabajo y aborda el interesante problema de dilucidar su naturaleza jurídica de arrendamiento de servicio o asociación (p. 239). También dedica largos párrafos a los derechos y deberes entre patrones y trabajadores (pp. 249- 256), así como el estatuto de los sindicatos (p. 257).

Finalmente, señalemos algunos elementos interesantes para la “Profesión Jurídica”. La revisión del problema del divorcio es la oportunidad para llamar la atención del lector forense. A aquel se dirige al señalar enérgicamente que *prácticas fraudulentas han introducido la anulación civil por medio de la mentira; costumbre que ha encontrado, por desgracia, la complicidad de numerosos abogados interesados en el dinero, y aun en jueces sin conciencia* (p. 55). El estudiante o profesor de Derecho también debieran sentirse interpelados al leer que “los profesionales y la juventud estudiosa deberían acercarse al pueblo para conocer sus problemas... pensando que una profesión más que un medio de lucro es un servicio” (p. 115).

Este breve *racconto* de tópicos abordados por el P. Hurtado debiera ser suficiente para formar en el lector un juicio sobre la profundidad amena con la cual es capaz de conducir su estudio y la amplitud de sus conocimientos. En definitiva, *Moral Social* es un libro de interesante y necesaria lectura para todos los hombres de Derecho; y de especial atención para quienes estén interesados en la Ética Profesional, el Derecho del Trabajo, el Derecho Económico, y el Derecho Constitucional.

FERNANDO MUÑOZ LEÓN