

De Montesquieu a Portalis

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. JUAN VALLET DE GOYTISOLO (*)

1. El Profesor **Jean Carbonnier**, en el prefacio del libro de **Simone Goyard Fabre**, *La philosophie du droit de Montesquieu*, aparecido hace unos años, comentaba el tránsito del pensamiento del **Barón de la Brède** al de las Constituyentes y al de la Convención y los ideólogos, y de éstos al expresado por **Portalis**, en el discurso de presentación del Proyecto del *Code civil*, con estas reflexiones: «A la andadura empírica opuso [la Revolución] la andadura deductiva; a la legislación según las costumbres, la legislación según la razón. El legislador revolucionario no va a observar los hechos sino a gravar el derecho sobre el marmol. El modelo no es ya **Montesquieu** sino **Rousseau** o **Maby**, con su cortejo de *Cretois* o de *Espartiates*»... «Con **Condorcet**, **Destut de Tracy**, los ideólogos, la vuelta es más nítida aún»... «Puesto que el derecho es obra de la voluntad, no producto del clima, el legislador tiene la posibilidad de imponer a los hombres su ideal de justicia»... «Afortunadamente, **Portalis** es un poco el desquite de **Montesquieu**»... «Es manifiesta su preferencia por una legislación que se efectuara según las costumbres, las necesidades, los caracteres nacionales, contra el espíritu *a priori*, el espíritu de sistema, ¿cómo no reconocer una enseñanza del espíritu anglobordelés? **Montesquieu** no habría estado encantado por la perspectiva de una codificación unitaria. Sin embargo, «el hijo sin madre» [*l'Esprit des lois*] tiene, tal vez, su descendencia más auténtica en el *Code civil des français*».

Este comentario de **Carbonnier**, desde que lo leí, me ha dado que pensar, y ha reflexionado varias veces acerca de él, en especial, cuando me he ocupado de

(*) Sesión del martes 7 de noviembre de 1989.

la pugna entre las denominadas escuelas filosófica e histórica en el tema de la codificación, o del influjo de la Revolución francesa en la codificación civil española, y al repasar los proyectos de codificación de la Convención y el del Consulado que desembocó en el *Code civil des français*. En todas estas ocasiones toqué tangencialmente esa cuestión que aquí pretendo atacar de frente.

Los párrafos que me suscitan esta reflexión creo que tan sólo abordan uno de los diversos aspectos que ofrece esa disparidad, tal como yo la advierto, entre el pensamiento de **Montesquieu** y la que, podríamos denominar, filosofía de la codificación.

Uno, el enfocado por **Carbonnier** —en su indicado prólogo— se refiere a cómo se debe legislar y codificar.

Otro, ahonda hasta la cuestión, previa, que no sólo plantea lo que debe codificarse, sino, además, cuál es el significado que debe tener la codificación y, con ella, el contenido codificado.

Y, finalmente, el tercero que es el más básico, se refiere a si debe estatalizarse la ley y, mediante ésta, el derecho consecuentemente con la concepción ilustrada, revolucionaria y napoleónica.

2. Creo que, además y previamente al análisis de estos tres aspectos, es precisa una introducción general, acerca de la concepción de la ley y del derecho en la Europa de la Cristiandad, desde el Bajo medievo y que, en su mayor parte, seguía vigente en el campo jurídico cuando estalló la Revolución francesa.

En el siglo XVII, el ilustre jurista francés **Jean Domat**, en su *Traité des lois*, distinguía entre las leyes *inmutables*, que llamaba así porque «son naturales y, de tal modo, siempre justas», y las *leyes arbitrarias* —que denominaba así en contraposición a las naturales—, que son aquellas «establecidas por quienes tienen el derecho a hacer leyes, o por algún uso o alguna costumbre». Y, más adelante dice que, en Francia, tenían «cuatro clases de leyes»: si bien de «muy diferente autoridad».

— «Las ordenanzas [hoy las llamaríamos Reales decretos-leyes, que emanaban del rey] con una autoridad universal en todo el reino, salvo aquellas referentes a algunas provincias».

— «Las costumbres con su autoridad particular, cada una con su aplicación limitada a la provincia o el lugar donde se observarán».

— «El derecho romano que tiene en este reino dos diferentes usos, y para cada cual su autoridad.

»Uno, que es observado como costumbre en varias provincias»... «en varias materias»... «y, por ese uso, tiene la misma autoridad que tienen en ellas sus propias costumbres.

»El otro uso»... «que se extiende a todas las provincias y comprende todas las materias, consiste en que se observan por doquier esas reglas de justicia y de equidad que se denominan derecho escrito, porque están escritas en el derecho romano»... «en ese segundo uso, tiene la misma autoridad que la justicia y la equidad tienen sobre nuestra razón.

»El derecho canónico contiene gran cantidad de reglas que observamos, pero también contiene algunas que rechazamos...»

Se trataba de un artesanal engarce de los derechos territoriales o reales y de los derechos estatutarios en el fondo común romano-canónico, acomodado a las nuevas circunstancias y necesidades por los juristas prácticos. Todo bajo la atmósfera del derecho natural, inspirador de la denominada equidad natural, que debía contrastarse en los juicios contenidos en todas las normas y opiniones, sin perder la perspectiva de la naturaleza de las cosas.

Así, el derecho civil era elaborado, en el transcurso de la historia, por la razón práctica iluminada con la contemplación de las cosas divinas y humanas, conforme la definición de Ulpiano.

Pero esa concepción jurídica, desde los inicios de la edad moderna, vino siendo objeto de ataques desde diversos frentes.

Uno estuvo referido al modo de adecuar a interpretar el derecho romano, *mos italicus* y fue lanzado duramente, ya en el siglo XV, por **Lorenzo Valla**, denunciando las deficiencias latinistas, históricas y romanistas de los comentaristas prácticos, que dió lugar a la formación de la escuela romanista culta, propugnadora del *mos galicus*, que se preocupaba más de la depuración de los textos romanos clásicos, que de su adecuación a la realidad vivida.

El ataque por el frente filosófico fué más hondo, se basó en la influencia de los nuevos métodos científicos. Consecuentemente con ellos, en el campo jurídico, se trataba de abrogar todo derecho recibido de las generaciones anteriores; y de sustituirlo por el alumbrado en la mente humana, con la luz de su *cogito*, abstracto, sin vínculo sobrenatural ni natural alguno; y elaborado deductivamente por la razón mediante largas cadenas de silogismos; o bien por la aplicación del método analítico sintético iniciado en las ciencias físicas.

El nuevo método debía estar dotado de la certeza que tienen las matemáticas, conforme **Descartes** había pretendido aplicar a la filosofía, o bien, ser como el empleado en las ciencias físicas, remedando el que, en ellas, habían utilizado **Bacon y Galileo**.

Grocio había señalado esas dos vías; y emprendió su camino por la *racionalista* que seguiría la *Escuela del derecho natural y de gentes*; no sin mostrar para la *operativa* el vínculo coaligante del *stare pactis*, es decir, el contrato. Este serviría de cemento universal, a fin de construir, incluso, la sociedad política pensada por los ideólogos del contrato social.

Por la primera ruta los hombres de las Luces quisieron construir, *more géométrico*, un derecho totalmente racional y perfecto, reducible a artículos sencillos y claros de un código, para cada disciplina, que sería aplicable a todos los hombres, sin distinción de raza ni religión, en cualquier lugar, tiempo y circunstancias. Así los juicios ya no ofrecerían dificultad alguna. Bastaría tomar el artículo estimado aplicable, como premisa mayor y subsumir en él el hecho, como premisa menor. La conclusión correcta sería la sentencia, justa e indiscutible.

Por el segundo camino, **Hobbes** descompondría el imaginado caos humano originario, para luego reconstruir la *sociedad civil*. Para ello, comenzó por buscar

el átomo; se trataba de extraer por análisis la esencia del hombre; a ese fin, abstracto, primero, al individuo, le aisló de toda relación: con Dios, con la naturaleza circundante y con sus semajantes; lo transportó a un hipotéticamente originario *estado de naturaleza*, para hallar el instinto o pasión dominante. Así analizado, obtuvo el elixir aplicable a su contrato social, que establecería *la sociedad civil*. Recompuesta ésta, por tal ingeniería genética, *avant la lettre*, daría nacimiento a *Leviathan*.

Rousseau trató de identificarlo con *Demos*, para convertirlo en democrático; partiendo de la idílica figura del *buen salvaje*, creado por la literatura entonces *a la page*. Este método fisicalista lo trató de justificar en su *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres*: «Comencemos por descartar todos los hechos pues nada tienen que ver con la cuestión»... No debía operarse sino «solamente por razonamientos hipotéticos y condicionales», «parecidos a los que hacen todos los días nuestros físicos acerca de la formación del mundo». Claro que así — con «*cete espece de purgation intellectuelle*», según la ha calificado **Durkheim**, desnaturalizaba los hechos — sigue explicando este sociólogo— para verlos de la manera más conforme a sus pasiones personales.

Ahí tenemos enunciadas: la razón abstracta y deductiva del hombre autosuficiente, de una parte, y la voluntad general, de otra, como la fuente originaria del derecho.

Frente a uno y otro métodos, **Montesquieu** constituyó, junto con **Vico**, una de las escasas excepciones, dadas fuera de la piel de toro ibérica, frente al generalizado empleo de una u otra de ambas vías.

En mi libro, *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, he hecho notar que este ilustre bordelés rechazó tanto el mito del contrato social como el empleo del método deductivo propugnado por la Escuela del Derecho natural y de gentes.

Frente a ésta, en su *De l'Esprit des lois*, comenzó exponiendo una concepción ontológica de la naturaleza de las cosas y, consecuentemente, estimó que las leyes de la naturaleza son «las relaciones necesarias derivadas de ella» (E.L. 1,1,1.).

Por esto, esas leyes no deben ser producto del capricho, ni de la fantasía de los legisladores humanos (E.L. pref. 3), sino guardar conformidad a la naturaleza de las cosas (ibid 6); para lo cual, se deben tener en cuenta una gran cantidad de datos, algunos contradictorios entre sí (F.L. 1, 3, 13 a 14); y advirtió de que, cuando «se sienten los abusos antiguos, se ve el modo de corregirlos, pero aún no se perciben los abusos de la corrección misma».

Esta posición de **Montesquieu** no consiguió apagar el fulgor de las Luces. Ni, por tanto, disipar los espejismos que producían a quienes se creían iluminados por ellas, y sólo estaban deslumbrados.

Entre **Montesquieu** y la Revolución francesa se interponía ese fulgor deslumbrante, y, por tanto, cegador, que, como escribió **Helvetius**, reclamaba «un movimiento rápido impuesto por las luces y la opinión pública». Y, también, se interpusieron, cronológicamente, no tan sólo el soñador ginebrino, sino las múltiples ediciones, de la obra *Ciencia de la legislación* de un joven napolitano, **Caye-**

tano Filangieri, traducida en brevísimos años a todas las principales lenguas europeas.

Esta obra apareció en Nápoles en la década de los ochenta. **Filangeri** había leído a **Montesquieu**; y, reconociendo que le debía mucho, declaró paladinamente que sus conclusiones eran completamente divergentes. Para el napolitano las leyes no eran, como para el bordelés, relaciones derivadas de la naturaleza de las cosas, sino reglas arbitradas e impuestas por el legislador, para que el mundo fuera tal como en su mente lo concebían los filósofos de las Luces. La ley no era sólo uno de los varios elementos constitutivos del espíritu general. Imperaba por encima de todos los demás, para regirlos, sacando partido de ellos y dominando su resistencia. Prescindía de las costumbres y de los hábitos, salvo a fin de cambiarlos; pues las ideas abstractas debían imponerse sobre ellos.

Ahí tenemos la andadura deductiva frente a la andadura empírica —en expresión de **Carbonnier**; la legislación según la razón abstracta, frente a la legislación según las costumbres; la ley como mandato coactivo emanado del poder legislativo del Estado, frente a la ley como relación dimanante de la naturaleza de las cosas.

1. ¿CÓMO SE DEBE CODIFICAR?

3. Este tema no fue planteado por **Montesquieu**. Lo que trató es de cómo debía legislarse, de conformidad a la naturaleza de las cosas y a la experiencia.

Leemos en su *De l'Esprit des lois*.

«Hay que cuidar que las leyes sean concebidas de modo tal que no choquen con la naturaleza de las cosas» (E.L. 29., 16, 22, inc. 1.º). Era esto tan evidente para el autor de *l'Esprit des lois* que comenzaría la obra definiendo: «Las leyes, en su significado más amplio son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas» (E.L. 1, 1, 1, inc. 1). Y advertiría después:

«Hay que esclarecer la historia por las leyes y las leyes por la historia» (E.L. 31, 2, *in fine*).

«Se ha visto a lo largo de esta obra que las leyes tienen relaciones innumerables con un sin número de cosas. Estudiar la jurisprudencia es buscar estas relaciones. Las leyes siguen esas relaciones, y como estas varían sin cesar, se modifican continuamente» (Doss. E.L.6, 7, 1).

En cambio la Revolución quiso, ante todo, adecuar las leyes a sus ideas matrices de libertad, igualdad y fraternidad, comenzando por liberar las tierras de todas las instituciones feudales, hasta borrar sus últimos vestigios, y fragmentar la propiedad; y, de otra parte, imponiendo una libertad religiosa, que implicaría la secularización de las leyes civiles, incluida la regulación del matrimonio. Al llegar la Convención, se trataría de borrar de la legislación «la impronta repugnante del monarquismo que la infectaba», en palabras de **Couthon**. Este, en su relación acerca de la codificación, dijo: «Por vasta que os parezca la obra de que

os anuncio el plan, contad que este espíritu evolucionario que precipita los acontecimientos hacia la felicidad del pueblo, determinará su próximo final». La Convención aprobó ese plan y las medidas para su realización. La comisión designada puso manos a la obra: pero fracasó.

En agosto de 1793, el primer proyecto presentado por **Cambacérès** no satisfizo a la Convención. Esta le objetó que veía en él demasiados trazos del derecho antiguo, y ella «quería más innovaciones, más ideas grandiosas en armonía con la grandeza de la República».

Como se lee, en el *Moniteur* del 22 fructidor del año II: «No corresponde sino a los fundadores de la República, la realización del sueño de los filósofos de hacer leyes simples, democráticas e inteligibles a todos los ciudadanos».

Por eso, con el deseo de conseguir un código de leyes concebido conforme ideas totalmente nuevas, se decretó que se formara una *comisión de filósofos* encargada de esta misión.

En cambio, la Comisión designada por el Consulado, presidida por **Tronchet** y formada, con él, por **Maleville**, **Bigot-Préameneu** y **Portalis** —que fué el autor del discurso, firmado por los cuatro, de presentación del Proyecto a la Asamblea legislativa el 20 de enero de 1801— tuvo otros puntos de vista, según enunció el propio discurso.

Este fue un alegato sólido y brillante para justificar tanto las innovaciones que traía el proyecto como el rechazo de las pretensiones que en él se desechaban.

Una de estas últimas fue la idea de la sencillez y simplicidad, anhelo iluminista, no sólo de los revolucionarios sino también del despotismo ilustrado.

Advertía el discurso de los límites insuperables de esa pretensión utópica.

«Nosotros no nos hemos creído en el deber de simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadano sin reglas y sin garantías respecto a sus mayores intereses.

»Igualmente nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?

»Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extendidas que resulta imposible para el legislador proveer a todo.

»Incluso en las materias que atraer particularmente su atención se le escapan infinidad de detalles, o bien son demasiado discutidos y fluctuantes para poder convertirse en objeto de un texto legal».

«Sería un error» —sigue párrafos después—, «pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiere proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo, estuviese al alcance del vulgo».

Sobre estos presupuestos, el Proyecto fue redactado bajo la influencia de tres principios que —**Laferriere** lo dice— configuraron el «Code civil»: «*tradición* de los del derecho antiguo; *transacción* entre el derecho romano y el consuetudinario, y *originalidad* en cuanto las ideas recogidas de la Revolución de 1789».

4. Estas fueron recogidas en parte y rechazadas en otras por los redactores del Proyecto.

La Revolución había secularizado el matrimonio, introducido el divorcio vincular, permitiéndolo por simple incompatibilidad de humor y caracteres, e igualado, incluso a los efectos sucesorios, a los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

El proyecto mantuvo la secularización del matrimonio, que reguló civilmente conforme el «designio de la naturaleza»; por lo cual —como explicó el discurso—; sólo admitió el divorcio en las situaciones extremas de muerte civil de uno de los cónyuges o crimen o delito por el cual un cónyuge puede querellarse contra el otro. También diferenció hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos sucesorios, que volvió a negar a éstos, diferenciando su *status familiae*, que rechazó frente a su evidente *status filii*. Hoy estamos más cerca, en estas materias, de las leyes de la Convención que del originario «Code civil».

Hacia el final, el Discurso entra de lleno en los temas de la propiedad territorial y de las sucesiones, y, acerca de ellos, muestra puntos de conformidad con las reformas que contribuyeron a liberar la propiedad de las trabas a su libre comercio y su disconformidad respecto de la abolición o excesiva limitación de la disponibilidad sucesoria *mortis causa*.

En cuanto a lo primero dice: «Hemos mantenido las saludables reformas que desde la Revolución se han operado en la venta de inmuebles. Estas ventas ya no están dificultadas por aquella muchedumbre de derechos y retroventas estatutarias que tenían el terrible inconveniente de dejar el bien vendido sin propietario cierto durante varios años, lo que era muy dañino para la agricultura. Pero hemos pensado que se había ido demasiado lejos, cuando bajo el pretexto de borrar hasta los menores vestigios de feudalismo, se proscribió la enfiteusis y otros censos que jamás han sido un contrato feudal, sino que fomentaban los desmontes, hacían que los grandes propietarios vendieran las tierras que no podían cultivar con cuidado y daban a los agricultores laboriosos, que no tenían más riqueza que sus brazos, medios fáciles para llegar a propietarios...».

En cuanto a la sucesión *mortis causa*, se restableció la sucesión testamentaria; pero se generalizó para toda Francia le *partage forcé des pays à famille instable*. Y se mantuvo la proscripción total de vínculos y sustituciones fideicomisarias —que luego en favor, exclusivamente, de la nueva nobleza por él creada— restauró Napoleón en la edición del código civil de 3 de septiembre de 1807, que se llamaría *Code de Napoléon* en lugar de *Code civil des français* como se había denominado el originario.

5. Veamos, ahora, como fue recogida la tradición histórica y de que modo

se realizó la transacción de los distintos derechos que se vivían los diversos países de Francia.

La Convención había pretendido hacer tabla rasa de todos. Al discutir el primer proyecto presentado por **Cambancérès**, se expresó el rechazo del derecho traído por la historia. Así, según **Borère**: «El Código civil de Roma tan loado por quienes no han estado condenados a leerlo o estudiarlo, era un volumen enorme, corrompido por el canciller perverso de un emperador imbecil». «Nuestras leyes civiles, nuestras costumbres son como todas las de los pueblos de Europa, una mezcla extravagante de las leyes bárbaras y disparates».

En cambio la Comisión redactora del proyecto presentado durante el Consulado pensaba de otro modo, según dijo el discurso de **Portalis**.

«No debe perderse de vista —dijo— que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adaptarse al carácter, a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan; que es preciso ser sobrio en cuanto novedades en materia de legislación, porque sí, ante una institución nueva es posible calcular las ventajas que en teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir; que debe mantenerse lo bueno si lo mejor es dudoso; que al corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que en lugar de cambiar las leyes es casi siempre más útil brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos o tres leyes buenas en el transcurso de muchos siglos...».

¡Cómo refleja este párrafo el pensamiento de **Montesquieu**, e incluso repite literalmente algunas de sus frases!

Respecto de la unificación del derecho francés, que impuso el *Code civil*, y de la transacción mediante la cual se realizó, dice el discurso preliminar.

«Francia dividida otrora en países de derecho consuetudinario y países de derecho escrito, estaba regida en parte por costumbres y en parte por el derecho escrito».

«El derecho escrito, que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado a Europa. El descubrimiento que nuestros antepasados hicieron de la recopilación de **Justiniano**, fue para ellos una suerte de revelación. Fue entonces cuando nuestros tribunales tomaron un aspecto más regular, y cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios.

»La mayor parte de los autores que censuran el derecho romano con tanta acritud como ligereza blasfeman de algo que ignoran. Fácilmente se convence uno de ello, si, en las colecciones que han sido transmitidas de dicho derecho, se sabe distinguir, las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita de aquellas que atañen sólo a instituciones específicas extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres...

»En el conjunto de nuestras costumbres, las hay, sin duda, que llevan la impronta de nuestra inicial barbarie, pero las hay también, que hacen honor a la

sabiduría de nuestros padres, que han plasmado al carácter nacional y que son dignas de mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquellas cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón cuanto a nuestros actuales modos de vida.

»En las leyes sancionadas por nuestras asambleas nacionales sobre materias civiles, hemos respetado todas las que están ligadas a los grandes cambios operados en el orden político, o que, por su propio mérito, nos ha parecido evidentemente preferibles a instituciones gastadas y defectuosas. Cuando la más funesta de las innovaciones sería no innovar, es preciso cambiar. No debe cederse a prevenciones ciegas. Todo lo que es antiguo fue nuevo. Lo esencial es imprimir a las instituciones nuevas el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizar el derecho de llegar a ser antiguas.

»Siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas por las otras sin romper la unidad del sistema ni herir el espíritu general, hemos hecho, si se nos permite expresarnos así, una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario. Es útil conservar todo lo que no es necesario reconstruir: las leyes deben contemplar los hábitos cuando estos no constituyen vicios. Demasiado a menudo se discurre como si el género humano finalizara, y comenara a cada instante, sin ninguna clase de comunicación entre una generación y la que la reemplaza. Al sucederse las generaciones se mezclan, se entrelazan y se confunden. Un legislador aislaría las instituciones de cuanto puede naturalizarlas sobre la tierra, si no observara con cuidado las relaciones naturales que siempre ligan, más o menos, el presente con el pasado y el porvenir con el presente y que hacen que un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en una degradación peor que el aniquilamiento, no cese jamás, hasta cierto punto, de parecerse a sí mismo. En nuestros tiempos hemos amado demasiado los cambios y las reformas: si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro del abuso, los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, más que el teatro de los excesos».

II. CUAL ES EL SIGNIFICADO QUE DEBE DARSE A LA CODIFICACIÓN Y AL CONTENIDO CODIFICADO

6. *¿Debía la codificación contener todo el derecho?*

En contra del anhelo de la Ilustración y de los hombres de la Revolución, la comisión codificadora no creía ésto posible, como explicaría **Portalis** en el discurso al que seguimos.

«...¿cómo encadenar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimiento o a la declinación de las costumbres? ¿Cómo conser y calcular de antemano lo que sólo la experiencia nos puede revelar? ¿Puede extenderse la previsión a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?

»Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento, que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

»Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces.

»La misión de las leyes es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no de descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

»Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

»De ahí que, en todas las naciones civilizadas, se ve formarse siempre, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrina que diaramente se depura por la práctica y al choque de los debates judiciales; que acrecienta sin cesar, por obra de todos, los conocimientos adquiridos, y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación».

7. Esto, ya de por sí, nos muestra el concepto que la Comisión redactora del proyecto tenía de la codificación y del contenido codificado. Y esto tenía que repercutir en *su concepto de la interpretación del derecho*.

A fines del siglo pasado el gran jurista francés **Francois Gény** explicó que, antes de la codificación, además de guiarse por los principios de buen sentido transmitidos por los jurisconsultos romanos, para la mayor parte del derecho el jurista «estaba sólo obligado a seguir la costumbre, a interpretarla a la luz de la razón, y a contribuir el mismo a formarla, como cosa propia a esta fuente esencialmente mudable y progresiva, autorizado también a buscar precedentes en la enorme reserva de autoridades anteriores, y por la fuerza misma de las cosas gozaba de una gran amplitud doctrinal, que es lo que hoy sucede en Inglaterra, y lo que hasta la promulgación del nuevo Código civil ocurría en gran parte de Alemania».

«Los codificadores franceses trataron de vaciar todas las leyes, todas las costumbres, toda la tradición anterior, todos los precedentes de la jurisprudencia civil y mercantil, en un molde del cual salieran rejuvenecidos y transformados en fórmulas legislativas ciertas, precisas e impuestas con la fuerza y el absolutismo de dogmas jurídicos». Trabajo que no les parecía sino meramente «formal de simplificación y de sistematización».

Que fue así, lo demuestran los siguientes textos del discurso preliminar del proyecto.

«Sin duda sería deseable —leo— que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre

antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes o una máxima admitida hacen las veces de la ley. Y cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo hay que remontarse a los principios del derecho natural: pues, si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres.

»Todo esto supone compilaciones, colecciones, tratados, numerosos volúmenes en fin, investigaciones y disertaciones».

Un párrafo después, sigue: «Sería un error, pues, pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado a todos los casos posibles...»

«Harta fortuna es —sigue después— que la necesidad en que se halla el juez de instruirse, de investigar, de profundizar las cuestiones que se les someten no le permita olvidar jamás que, si bien existen cosas libradas a la razón, no existe ninguna que lo esté a un mero capricho o voluntad».

Más adelante precisa: «La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes y hacerlo inteligentemente y suplirla en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir la función judicial?».

«... A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre y la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

»Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa regulación de los rescriptos: pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivientes, agitados entre particulares, no está más el abrigo de arrebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje regulado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, a la acción de la prevaricación en el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie.

»Las partes que tratan entre sí una materia que la ley positiva no ha definido se someten a las costumbres recibidas, o en su defecto, a la equidad universal, así, pues, comprobar algo referente a una costumbre y aplicarla a una sola disputa privada es realizar un acto judicial y no un acto legislativo, la aplicación misma de esta equidad o de esta justicia distributiva, que acompaña y debe acompañar, en cada caso particular, todos los hábitos de los cuales una de las partes litigantes obliga a la otra, no pueden pertenecer jamás al legislador, ministro de esta justicia o de esa equidad general que, sin hacer excepción alguna de circunstancias particulares, abraza la universalidad de las cosas».

Y, después de insistir en este mismo sentido, distingue:

«Hay una ciencia para los legisladores como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia los principios más favorables al bien común; la de magistrado en poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudia el espíritu de la

ley cuando la letra denota; y no se expone a ser una y otra vez esclavo y rebelde desobedeciéndola por espíritu de servidumbre».

8. La comisión, consecuentemente con estas palabras, habían dedicado un título, en el libro preliminar del *Code civil*, a la interpretación de la ley. Pero la Asamblea legislativa no sólo lo suprimió sino que los arts. 4.º y 5.º quedaron sólo, en esta materia, con el texto siguiente:

Art. 4.º: «*Le juge que refuserá de juger, sous prétexte de silence de l'obscurité o de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

Art. 5.º: «*Il est défendu aux les juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*»

Y, conforme la letra de estos artículos, el *arrêt* de la *Court de Cassation* de 25 de mayo de 1814 había declarado que los Tribunales deben aplicar la ley «tal como es, sin que jamás les sea permitido modificarla o restringirla por consideración alguna por fundada que sea».

Qué no era así lo que pensaba la comisión redactora del proyecto lo muestra también su respuesta a una objeción planteada por **Cambacérès**, entonces cónsul, durante la discusión en el Consejo de Estado El *Code* —advirtió— no contiene la solución de todas las cuestiones que puedan presentarse; por lo cual —pensaba, él— era preciso dejar a los Tribunales la posibilidad de apoyar sus decisiones con los textos romanos y en las costumbres. Respondió **Bigot-Préaménou** que, con el fin de simplificar la aplicación del derecho, era preciso derogar de un modo absoluto todo el derecho antiguo, pero que esto no impediría que el derecho romano conservara su autoridad de razón escrita, Encuadrado en estos límites, no será sino más útil, en cuanto, en su empleo, no se podrán utilizar sino las máximas de equidad que contiene, sin hallarse forzado a seguir las sutilidades y errores que a veces se mezclan». **Cambacérès** no insistió, bastaba que los jueces —dijo— tuvieran la facultad de tomar como guía las leyes anteriores.

Por otra parte, es de destacar que uno de los miembros de la comisión **Maleville** escribió los primeros comentarios al *Code civil*, titulados *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. A **Napoleón** —que había luchado denodadamente para que el proyecto fuera aprobado— le sobrecogió la aparición de este comentario y exclamó con amargura: «*Mon Code est perdu*».

9. **Gény** explicaría que los primeros comentaristas del *Code civil*, «formados en el estudio de la jurisprudencia, bajo un régimen anterior a la codificación, no hubieran concebido fácilmente que la promulgación de una ley civil general cortara las alas al progreso doctrinal y judicial de la aplicación del derecho».

La nueva generación de jurisconsultos fue la que cambió el método de interpretación jurídica, que por primera vez fue expuesta en 1841. «de una manera tan franca que toca los lindes con la paradoja», en la *Memoria* presentada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, por **Blondeau**, a la sazón decano de la Facultad de Derecho de París, acerca de *La autoridad de la ley* con el subtítulo *Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas*.

Este método sería el enseñado en las Universidades y empleado, a partir de entonces, en los más acreditados tratados generales. Fue el reinado de la *Escuela de la exégesis*. Según ella, el Código civil solo debía interpretarse sirviéndose de sus elementos internos: literal, según la intención del legislador, lógico, sistemático, y, en último término, elevándose a sus propios principios, pero sin salirse ni elevarse por encima de ellos.

Sin embargo, en la *Court de Cassation* y en la práctica de los Tribunales —como explicaría, a primeros de este siglo, el abogado **Cruet**— «parecería regir, como sobreentendida, una especie de conspiración del silencio sobre el hecho de que los abogados y jueces, con frecuencia, hacían cosa muy distinta de aquella labor meramente deductiva», en que consiste la exégesis; si bien, a veces, revistieran su solución «con el disfraz de operaciones lógicas».

A finales del XIX, **Gény** no sólo descorrió la cortina, sino que justificaría esa labor interpretativa que los Tribunales venían desarrollando. Estimó que era necesario acudir a otras fuentes: la costumbre, la autoridad y la tradición, desenvueltas por la jurisprudencia de los Tribunales, y a la doctrina diamante de la «*libre recherche scientifique*».

III. LA ESTATALIZACIÓN DE LAS LEYES CIVILES EN LA CODIFICACIÓN

10. Lo que hemos visto, hasta ahora, nos muestra la posibilidad de que, entre Napoleón y la Comisión redactora del Proyecto de *Code civil*, soterradamente se jugara una partida. El Primer Cónsul dió viabilidad a su Código, al encomendar su redacción a expertos juristas, aún al precio de que lo redactaran conforme a las costumbres y a los criterios tradicionales. Pero, lo que éstos expusieron en el discurso preliminar de presentación del Proyecto no tenía fuerza de ley, aunque contuviera muchas lecciones de derecho.

En este sentido, podemos hablar de dos partidas jugadas, una referente a la determinación del derecho, que el *Code* recojía y a su interpretación; y otra relativa a la *soberanía de la ley* positiva estatal sobre el derecho.

Aquella, como hemos visto, la ganarian, a fin de cuentas, **Tronchet**, **Portalis**, **Bigot-Préamenéu** y **Malaville** en el campo de la jurisprudencia. Y, sin duda, de un modo que no le hubiera desagradado a **Montesquieu**.

Respecto de la segunda, debemos señalar primero lo que el **Barón de la Brède** expuso en su *L'Esprit des lois*.

Montesquieu no contemplaba la ley humana como soberana en las sociedades, sino que la consideró una de las diversas cosas que gobiernan a los hombres: «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos. De ahí se forma el espíritu general resultante. A medida que, en cada nación, una de estas causas actúa con más fuerza, las otras ceden ante ella». (E.L. 19, 4, 1 y 2, inc. 1).

Por eso, a juicio del bordelés, la leyes humanas no se hallan por encima del

espíritu general, ni actúan sobre él desde poder político; ni rigen todas las cosas. Están al mismo nivel que las demás, actúan desde dentro, sin que puedan ni deban hacerlo sino del modo y en la medida adecuados. Así:

1.º Ocupan un lugar junto a las costumbres y a los hábitos sociales —que se atienen más al espíritu general— y no por encima de ellos (E.L. 19, 14, 1 y 3).

2.º La mejor defensa que observaba, en la mayor parte de los países de Europa, contra el despotismo, consistía en que aún estaban gobernados por las costumbres (E.L. 8, 8, 2).

11. Recordemos que los redactores del *Code* filtraron y depuraron lo socialmente más explosivo que habían traído las disposiciones revolucionarias, y, en lo demás, conciliaron el derecho que se vivía tradicionalmente en Francia para reducirlo a la unidad.

Pero, en cambio, aceptaron el postulado jurídicamente más revolucionario. Es decir, la imposición al derecho de la soberanía estatal, asumiendo el Estado su producción, que, antes, se operaba lenta y consuetudinariamente, por el pueblo guiado por sus juristas prácticos.

El sólo hecho de la promulgación del *Code* implicaba esta estatalización. Con él se derogaron infinidad de costumbres y estatutos locales vividos, algunos de los cuales eran de una importancia vital para la conservación de las casas labradoras.

Por otra parte, a cambio de haberse codificado según la experiencia y las costumbres, y no según la razón abstracta, se dió un paso decisivo en el tránsito de un *ordenamiento espontáneo* a un *ordenamiento dirigido*, —según la distinción de **Hayeck** y de **Figa Faura**—: por lo menos, en cuanto el legislador asumiría en adelante la posibilidad de imponer todo el derecho privado.

Al final del referido Discurso, vino a reconocerse: «Nuestro propósito ha sido sujetar las costumbres a las leyes». Palabras que debemos situar detrás del texto constitucional que declaraba *la ley expresión de la voluntad del pueblo*.

La codificación según la experiencia se impuso a la idea de codificar conforme la razón abstracta; pero, como contrapartida, encerró el derecho en un Código que se convertirá en instrumento de ésta. **Tronchet**, **Portalis**, **Bigot-Préaménou** y **Maleville**, creyeron que habían reducido todo lo útil de las *Pandectas*, las *Decretales*, las recopilaciones de costumbres y las reales cédulas, concretándolo en un sólo texto más breve y más perfecto, sobre el cual los juristas seguirían trabajando como antes. **Bigot-Préaménou**, presentaría la versión revisada de 1807, como «una arca santa que guardaría el derecho civil para el futuro». Sin embargo, lo que se había hecho era dejar el derecho en manos del Estado, o de la persona o asamblea que ejerciera el poder legislativo, a la que se dejó la lleve del arca.

El *Code* había estatalizado todo el derecho civil, en contra de lo que creían los expertos juristas que lo redactaron, aunque al hacerlo, vinieron a reconocer tácitamente, ellos mismos, que —en contra de lo aconsejado por **Montesquieu**— las costumbres eran mudables por leyes.

Napoleón —que fué capaz de llevar a término lo que las asambleas de la Convención no consiguieron, para lo cual tuvo que sofocar la oposición del Tribunado y de la Asamblea legislativa—, no se percató de que, al entregar todo el derecho civil a la soberanía de la ley y siendo ésta expresión de la voluntad del pueblo, los futuros Parlamentos legislativos podrían volver a introducir, en su «arca santa», el derecho revolucionario que, bajo su égida, había sido rechazado por ser contrario al propio núcleo básico de la sociedad, que es la familia.

Se puso el derecho civil en manos del poder político —cosa que le parecería bien a **Napoleón** mientras él tuviera las riendas del Estado— y ello facilitaría la creciente publicitación del derecho privado.

Este es un tema que fue magistralmente examinado, nada menos que por **Georges Ripert**, primero, en *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, aparecido en 1938 y reeditado en 1947, y, después, en *La declin du droit*, publicado en 1949; y también lo abordaría **René Savatier**, en *Du droit civil au droit public*, editado en 1950.

Ripert, en la primera de estas obras —escrita según dice «con el propósito de señalar la importancia del factor político en la evolución de nuestro derecho civil, más particularmente en el curso de esos cincuenta últimos años» —exclamó: «Jamás poder alguno [el de hacer la ley por el Parlamento, desde la introducción del sufragio universal] se ejerció más soberanamente. En verdad **Luis XIV** en toda su gloria no estuvo jamás revestido de tal poder!... «Los reyes de Francia, además, no se atrevieron apenas a modificar por ordenanzas las costumbres. Esta intervención habría sido considerada, en muchos casos, como un desconocimiento de las libertades prometidas a las provincias. El rey apenas disponía sino en materia de policía y de justicia. En todo caso, ninguna de las grandes ordenanzas de **Luis XIV** toca directamente al derecho civil...»

A partir del *Code civil*, ante el poder del Estado, debieron inclinarse las costumbres locales —que quedaron con un papel insignificante—, la Iglesia, las *cours de justice*, las corporaciones.

Así la Revolución francesa dejó solos, frente a frente, al Estado y a cada individuo aislado. Su suma únicamente tenía relevancia colectiva, confundiendo-se con el mismo Estado, al formular la *volonté générale*, que —según **Rousseau**— obligaba a ser libre a quién pretendiera serlo por su cuenta.

René Savatier, en *Du droit civil au droit public*, captó perfectamente la transcendencia jurídica de esta idea, reforzada por el hecho de que la Revolución destruyó todos los órganos y tejidos sociales, con lo cual —dijo—: «el derecho civil, inevitablemente va a incorporarse al derecho público». En esa perspectiva, al resultar que todo servicio social se considera servicio público, y que todo servicio público lo asume el Estado, un nuevo peligro surge, este de orden filosófico —dice **Savatier**—: «es el de subordinar sistemáticamente doctrinalmente, el hombre a lo social, la persona humana a la persona pública, el individuo a lo colectivo».