

**L**a dación del Código Civil francés o Code de Napoleón representó el fruto de un largo proceso orientado a la unificación legislativa y a la vez se convirtió en fuente de inspiración para posteriores codificaciones a nivel mundial. Resulta sumamente interesante descubrir qué elementos contribuyeron a la formación del Code y en ese sentido el autor nos presenta un detallado análisis.

“Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil”.

“Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código Civil”.

*Napoleón Bonaparte,  
desde el destierro en Santa Elena.*

En el proceso de codificación desatado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, el Código Civil francés o Code de Napoleón representa la culminación y el paradigma<sup>(2)</sup>.

La culminación, porque no basta considerarlo como el fruto inmediato de la revolución, sino como el más feliz y logrado resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial de un modo peculiar de entender al *Ius Comune*, *el mos gallicus*, sin olvidar ciertamente el crisol de costumbres; y, el paradigma, porque impuso una nueva lógica y porque no hubo en adelante proyecto de código civil alguno en el orbe que no tuviera como referente obligatorio a esta obra notable.

A contrapelo de los Códigos de Baviera, del *Landrecht* prusiano y del Código Civil austriaco, el Code no fue más el producto del absolutismo,

sino más bien, de un Iluminismo razonablemente liberal; política e ideológicamente moderado, apaciguado ya del radicalismo de la revolución<sup>(3)</sup>, pero que recogía con fidelidad el programa ideológico de la burguesía. Con todo ello, el modelo garantista que considera al individuo el eje de la sistematización del Derecho será su guía principal y prevalecerá como filosofía<sup>(4)</sup>.

## 1. EL CODE: CRISOL DE INFLUENCIAS

El Código Civil francés encuentra su antecedente más lejano en la “codificación” de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano, en Constantinopla, entre los años 529 a 533<sup>(5)</sup>, pero, más concretamente en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática.

La vinculación del Código napoleónico con la compilación de Justiniano no es, sin embargo, inmediata, hubo un intermediario histórico: el *Ius Comune*. La resurrección de los estudios de Derecho Romano por obra de los glosadores en la Baja Edad Media, a la vez que contribuyó a un mejor conocimiento del Derecho Romano justiniano, tendiendo un puente con la antigüedad clásica y postclásica, hizo posible a los comentaristas construir un Derecho Privado común de base romana, con materiales múltiples derivados del Derecho

1 Este artículo forma parte de un trabajo mayor sobre el Código napoleónico. Falta en él un análisis funcional del contenido y de la estructura del Code y un detallado estudio de su circulación en el mundo contemporáneo que queda pendiente. Sobre la influencia del Code en América, una aproximación provisional: Carlos Ramos Núñez, “El Código de Napoleón en América”, en *Latinidad*. 6 enfoques actuales, Unión Latina, Lima, 1994, pp. 25-37.

2 En las páginas de esta misma revista —*Derecho y Sociedad*, N° 8-9— se analizó el concepto de codificación, presentándose un panorama general del proceso codificador en Europa y América. En Europa este proceso culminaba con la dación del Code napoleónico, del cual sólo hicimos algunas anotaciones. En cambio, si mereció una atención el proceso que precedió a la entrada en vigor de dicho cuerpo legislativo, durante el período revolucionario en Francia. *Derecho y Sociedad*, N° 8-9, año 5, Lima, 1994, vid. Carlos Ramos Núñez, “La codificación, impulso moderno de la familia romanista”, pp. 157-169.

3 En torno a los códigos de este período, *ibid.*

4 Domenico Corradini, “*Iluminismo e Legislazione. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*”, Giuffrè, Milán, 1971, p. 25-26.

5 Sobre las aspiraciones sistemáticas de la “codificación” justiniana, vid. Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Ariel, Madrid, 1970, pp. 170-184.

**Carlos Ramos Núñez**

• Magister en Derecho  
• Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Lima y de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
• Miembro del Instituto Peruano de Historia del Derecho y del Seminario de Historia del Derecho del Instituto Riva-Agüero.

canónico, consuetudinario, estatutario, germánico, capaz de adaptarse a las relaciones creadas por las nuevas condiciones históricas y de imponerse por su carácter universalista a todo el mundo occidental. La formación de un Derecho privado común sobre soportes romanos allanó el camino a la unificación del Derecho Privado. En ese sentido, el *Code* se adscribe a la tradición romanista y es el heredero del *Ius Comune*. Empero, dicha irrecusable filiación no debe hacernos olvidar la existencia de otras fuentes normativas como las costumbres de cuño franco-germánico y filosóficas como el iusnaturalismo racionalista.

El texto del *Code* refleja, en efecto, múltiples influencias. Una parte de ellas fue tomada de los juristas que, desde el siglo XVI, habían venido trabajando con los materiales del Derecho Romano, en el interior de la rica tradición culta del *mos gallicus*, una suerte de rama francesa en el interior del *Ius Comune*, inaugurada en Francia,

Coquille:  
Nuestras  
costumbres  
son el  
verdadero  
Derecho  
Civil.

curiosamente, por un jurista milanés, Andrés Alciato (1492-1553); continuada luego por los humanistas Jacques Cujaz (Cujacius, 1522-1590), el más alto representante del Humanismo jurídico, a la vez que severo crítico del *mos italicus*<sup>(6)</sup> y por los trabajos sistematizadores de Hugh Doneau (1527-1591), más conocido como Donellus.

Otra contribución importante, en esa marcha incesantemente hacia la sistematización que

sólo acabaría con la promulgación del *Code*, fue ofrecida por juristas prácticos como Charles Du Moulin (1500-1566) y Guy Coquille (1523-1603), quienes, sin perjuicio de manejar con solvencia las fuentes romanas, se complacían en consolidar y comentar el Derecho consuetudinario<sup>(7)</sup>.

Una frase de Coquille resume el ideario de esta corriente: “nuestras costumbres son el verdadero Derecho Civil”<sup>(8)</sup>.

Vendrían luego, cada vez más cerca de la codificación napoleónica, los aportes fundamentales de Jean Domat (1625-1676), con su trabajo *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (publicado entre 1690 a 1697). La obra de Domat, portadora de ambas tradiciones —la romana y la consuetudinaria—, llegó a ser utilizada por los codificadores en virtud de sus principios generales que, recogiendo al Derecho Romano, lo despojaban de sus elementos anacrónicos y casuísticos, proponiéndose una vocación sistematizadora más resuelta. Sobre la base del Derecho Romano, Domat, a la sazón, jurisconsulto de la monarquía absoluta de Luis XIV y estrecho amigo de Pascal, presentaba un sistema completo del Derecho Civil, al punto que su trabajo ha sido considerado con justicia “*le préface du Code Napoléon*”<sup>(9)</sup>. Jean Domat, llamado por Boileau, “el restaurador de la razón en la jurisprudencia”, dado que, como lo insinúa el sugerente título del artículo de Marie France Renoux-Zagamé, su obra significó un tránsito “de los juicios de Dios al espíritu de las leyes”<sup>(10)</sup>. De un sistema medieval, en el que la razón se echaba de menos, en el que prevalecían las ordalías o juicios de Dios que confiaban el destino de los pleitos e individuos al aleatorio e increíble “designio divino”, a un sistema racional y predecible como el que habría de plantear un siglo después Montesquieu en su famoso libro. Domat, pues, introducía cambios sustanciales en los métodos de exposición e interpretación del Derecho. La vieja escolástica se hallaba prácticamente desterrada de su pensamiento y, aunque, nos encontramos todavía ante un jurista fuertemente imbuido por la fe religiosa y los dogmas eclesiásticos (aconseja a los jueces, quienes “continuamente faltan a su misión”, a “juzgar como Dios mismo juzgaría”<sup>(11)</sup>); se advierte al instante, el interés por sistematizar las heterogéneas piezas del con-

importancia especialmente relevante en el proceso de afirmación del Derecho nacional francés. Bastaría recordar su influencia en la redacción de las costumbres de París. Para mayor información, Piano Mortari, “*Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*”, Nápoles, Liguori, 1990, pp. 270-276.

8 Ibid, p. 386.

9 Dicha expresión fue acuñada por V. Cousin y apareció en el *Journal des savants*, de 1843. Citada por Marie-France Renoux-Zagamé, “Domat: du jugement de Dieu a l'esprit des lois”, en *Le Débat*, marz-avril, 1993, p. 54.

10 Ibid, pp. 54 - 68.

11 Ibid, p. 55.

glomerado jurídico: el Derecho Romano, el Canónico, las Ordenanzas reales y las costumbres regionales, y, reformularlas en términos generales. Por todo ello, puede decirse que Domat es uno de los precursores del *Code* y cumple en el plano de la Jurisprudencia el mismo rol que en el campo filosófico ejerció Descartes: reimplantar la razón. Sin embargo, el proceso de racionalización del ingente material jurídico no acabaría con Domat, puesto que uno de los esfuerzos más logrados con ese propósito fue emprendido por un jurista más próximo aún a la codificación moderna, Robert-Joseph Pothier (1699-1772), cuyo *Traité des obligations*, aparecido en 1761, recogía, sin considerarlos incompatibles, tanto el Derecho Romano como el *droit coutumier* o consuetudinario. Pothier simplificaba así la labor de los codificadores y su obra vino a ser, de hecho, un comentario anticipado de la obra de éstos. Pothier fue también el autor de las célebres *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, comentarios sistemáticos del Derecho Romano, que en la última fase de la codificación sirvieron sustancialmente al legislador<sup>12</sup>.

### 1.1. El Derecho Romano

Es digno de resaltarse que el Derecho Romano no tuvo fuerza vinculante en Francia. Los monarcas franceses estaban más preocupados en defender su soberanía frente al Imperio o, a lo que quedaba de él, mientras que los juristas, fieles al rey, tenían gran consideración al principio, conforme al cual el Derecho Romano sería aplicado no en razón de su promulgación por parte del Imperio Romano, sino más bien en virtud de la fuerza de la costumbre y por sus cualidades intrínsecas: "*non ratione imperii, sed imperio rationis*". La desconfianza francesa por el Derecho Romano se deriva de una idea que se abrió camino en el medioevo, según la cual este Derecho, como orden normativo del *imperium romanum*, sería un Derecho imperial y, como tal, propio de toda Europa occidental. Como Derecho imperial que era podía regir eventualmente en Francia, hallando por dicho motivo fuerte oposición, pues como se sabe, en la práctica, la idea de imperio (con la consiguiente pretensión universalista) se hallaba patrocinada por la monarquía germánica<sup>13</sup>.

El rechazo, de naturaleza fundamentalmente política, llevó a decretar, en 1219, su prohibición en la Universidad de París. Prohibición que se mantuvo hasta 1679, cuando el imperio germánico no constituía ya ningún peligro. A la hostilidad contra el Derecho Romano concurre también otra razón: el creciente prestigio de las escuelas de Derecho y la competencia que ven ellas las escuelas de Teología. Con todo ello, en Francia, con cierto retardo se produjo una recepción del Derecho romano justiniano y, a partir, del siglo XIII florecieron centros de estudios en Toulouse y Orleans que rivalizaban con las Universidades italianas de Boloña, Ravena y Pavia. Sin embargo, la recepción del Derecho Romano no alcanzó la dimensión que tuvo en Alemania. Tanto la Corona como los abogados prácticos continuaban aferrados al *droit coutumier* y estaban convencidos de su primacía. Este fenómeno hace de la experiencia francesa un caso singular, al punto que Dawson prefiere hablar de la "*french deviation*"<sup>14</sup>.

Francia ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreó el Derecho Romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho Romano es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos, configurando el *Ius Comune*, "espinas dorsal de la historia del Derecho francés"<sup>15</sup>. No es casual que un estudioso como Maitland ligado al Common Law y, por lo tanto, libre de sospechas filoromanísticas, sostuviera con razón: "Europe without the Digest would not be the Europe that we know"<sup>16</sup> ("Europa sin el Digesto no sería la Europa que conocemos"). Fue, precisamente en las escuelas francesas donde el humanismo jurídico —corriente que admiraba la cultura clásica y veía con ojos nuevos pero eruditos a la compilación justiniana—, logró su mayor esplendor, cancelando la hegemonía que los italianos habían detentado durante más de tres siglos en el estudio del Derecho Romano. Por otro lado, en la última fase de la codificación, éste ocupó un "puesto de honor", lo

12 Esmein, "Cours élémentaire d'histoire du droit français", Recueil Sirey, París, 1920. Véase también el sugerente artículo de Paolo Grossi, "Un paradiso per Pothier", en Quaderni Fiorentini 14, 1985, pp. 401-456.

13 Vid. Paul Koschaker, "Europa y el Derecho Romano", o., c., p. pp. 118-119.

14 John P. Dawson, "The Oracles of the Law", University of Michigan Law School, 1968, Chapter IV, pp. 262-373.

15 Francesco Calasso, "Il Medio-evo del Diritto", Giuffrè, Milano, 1954, p. 612.

16 Citado por Koschaker, "Europa y el Derecho Romano", o., c., p. 131.

cual se comprende fácilmente, como anota Solari, puesto que “de los Derechos históricos era el más perfecto, el menos lejano de las exigencias de un Derecho racional”<sup>(17)</sup>.

## 1. 2. El Derecho consuetudinario, particularismo jurídico y codificación.

Otra de las fuentes de la codificación napoleónica, el *droit coutumier* prevalecía en la zona noroccidental, de origen franco-burgundo, es decir, en las tres quintas partes del territorio actual, contra las dos quintas partes restantes del área centro-meridional del *Droit écrit* de raíz romanavisigótica<sup>(18)</sup>. En realidad, esta diferencia no era tan rígida como a primera vista parece, puesto que en el sur del país, en ciudades como Burdeos y Toulouse, habían también costumbres escritas de origen germánico, influenciadas, claro está, por el Derecho romano vulgar primero y por el justiniano después. Y viceversa, las regiones del norte no

permanecieron inmunes al Derecho Romano donde tuvo el rango de *ratio scripta* supletoria; de modo que si un problema no estaba regulado por el *Droit coutumier* se recurría al Derecho Romano. Generalmente, esto sucedía en materias como las obligaciones y los contratos que exigían un tratamiento más refinado.<sup>(19)</sup>

En el norte tras la caída de los Carolingios, entre los siglos X y XI, coincidiendo con la

subdivisión del reino franco en innumerables secciones dinásticas y eclesiásticas, esta región del país se vio anegada de costumbres locales. Eran

tantas que, al cabo de un tiempo, hacia el siglo XIII, empezaron a aparecer, merced a la pluma de los prácticos, una serie de escritos jurídicos que describían las costumbres de una cierta zona. Entre las obras más famosas pueden citarse el “*Livre de Justice ed de Plet*”, que describía las *coutumes* de Orleans; además de la famosa completa y razonada recopilación de *Coutumes de Beauvaisis* llevada a cabo por Philippe de Beaumanoir. A pesar de estas fijaciones escritas de la tradición oral subsistía una tremenda fragmentación de las costumbres, fue necesario entonces que el rey francés intervenga. Es así que Carlos VII, el año de 1454, promulgó la ordenanza de “Montils-les Tours”, a las que siguieron otras *Ordennances* reales en las que disponía que las costumbres de los diversos territorios fuesen reformuladas por escrito con la colaboración de funcionarios de la Corona. Este arduo trabajo recién concluyó en el siglo XVI, después de vencer la resistencia que ciertas regiones, en especial de la Normandía, oponían<sup>(20)</sup>. Paralelamente la *Coutume de Paris*, cuya redacción se remonta a 1510, y que, en esencia, fue un cuerpo de jurisprudencia sistemática del Parlamento de esta ciudad, termina por imponerse sobre el resto de costumbres locales —muchas de las cuales asimila.

El año de 1580 fue concluida una recopilación de todas las *coutumes*, tal como había sido dispuesto más de un siglo antes, en 1454, por el rey Carlos VII, lo cual se logró merced a la amplia jurisdicción del Parlamento de París. Se trataba de otro paso para lograr la unificación legislativa tan deseada. La redacción de las costumbres, a juicio de Olivier-Martin, “salva, a la Francia de una recepción masiva del Derecho Romano como la efectuada en Alemania”<sup>(21)</sup>. Con la fusión de las *coutumes* en cuerpos orgánicos, aparece un Derecho consuetudinario común, idóneo para amalgamarse luego con el *droit écrit*. Sin esa condensación previa, como advierten Zweigert y Kötz, “el Código Civil de 1804 no habría podido realizar la unificación del Derecho en Francia”<sup>(22)</sup>. La influencia del Derecho Romano sobre esa masa de costumbres germánicas tampoco estaba ausente.

17 G. Solari, o., c., p. 164.

18 Un tratamiento más detallado todavía actual en Olivier Martin, “La coutume de Paris. Trait d’union entre le Droit romain et les législations modernes”, Société Anonyme du Recueil Sirey, 1925. Otro trabajo que, a pesar del tiempo transcurrido conserva gran actualidad, sobre todo, al analizar detalladamente el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas en Francia, es el de Jean Brissaud, “A History of French Private Law”, John Murray, Association of American Law Schools, London, 1912.

19 Vid. Henri Regnault.- “Manuel D’Histoire Du Droit Français”, Librairie du Recueil Sirey, 5o. édition, Paris, 1947, pp. 112-120.

20 John P. Dawson, “The Codification of the French Customs”, en Michigan Law Review, Nro. 38, 1939, pp. 765 y siguientes.

21 Olivier Martin, “La Coutume de Paris. Trait d’union entre le Droit Romain et les Législations modernes”, Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 13.

22 Konrad Zweigert y Hein Kötz, “Introduzione al Diritto Comparato”, Giuffrè editore, Milano, 1992, p. 96.

A pesar de que en Francia se había logrado la unidad política y gracias a una tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta se había conseguido cierta uniformidad en las costumbres, todavía se presentaba en el país la división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*. Pluralismo jurídico insoportable para el Iluminismo, que, hizo proclamar a uno de sus genuinos representantes, Voltaire, entre irónico y mortificado:

“Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar”<sup>(23)</sup>.

La codificación, ante todo, debía acabar con ese particularismo jurídico<sup>(24)</sup> de matiz feudal, sustituyéndolo con un Derecho general para todos los súbditos, fundado en la razón. Los inconvenientes de este particularismo jurídico no llamaban la atención mientras la vida social se desarrollaba en el interior de pequeños territorios; pero al intensificarse las relaciones sociales con el cambio de las condiciones económicas y el desarrollo de la manufactura y el comercio, con la centralización creciente del poder político que se proponía la unidad política y administrativa, se hizo cada vez más imperiosa la uniformidad y la certeza en materia legal<sup>(25)</sup>. La lucha contra esa especie de maraña legal y consuetudinaria propia del Medioevo y del Antiguo Régimen alcanzó incluso carácter programático, al haber sido incluida como una de las exigencias del nuevo Estado en el título 9 de la Constitución de 1792<sup>(26)</sup>.

Tal había sido también una inacabada aspiración de la monarquía absoluta. La burguesía, ya en el poder, habría de proseguir y concluir este proceso. Con el *Code* el Derecho Civil, que hasta entonces había sido considerado, en las regiones de *droit écrit*, como “derecho de la razón”, o “derecho natural”, sustraído del arbitrio del soberano; o bien, en las zonas de *droit coutumier*, como un orden jurídico descentrado, territorial y estamental, garantizado por inmunidades feudales, se convierte en Derecho del Estado para “todos los franceses”<sup>(27)</sup>. Es, pues, el punto de arribo de un largo camino hacia la uniformidad jurídica. El Código napoleónico no desatendió las costumbres hasta entonces existentes. Así, frente a la diversidad de las fuentes utilizadas para su elaboración (esa es virtud que explica en gran parte su perdurabilidad), un historiador del Derecho, Bertauld, exclamaba:

“Si, nosotros franceses, hemos nacido de la mezcla y el cruce de diversas razas, ellos también (los códigos) son el resultado de una laboriosa y lenta fusión. Como a la nación en la que se aplicarían, aquéllos derivan de la complejidad y su genealogía está ligada a todas las variedades y a todas las raíces de nuestra historia... Como nuestra sangre... a fuente de nuestra legislación no es sólo gala ni puramente romana y, tampoco sólo germánica. Ella ha recibido un contingente de todas”<sup>(28)</sup>.

### 1. 3. La filosofía moderna: iusnaturalismo y jansenismo

Otro de los soportes del *Code* que no debe ser menospreciado es de naturaleza filosófica<sup>(29)</sup>. De-

23 Voltaire, voz “Coutumes”, en la edición francesa del Dictionnaire Philosophique, volumen V, París, 1833, p. 248. (La traducción es mía). En diversos pasajes del “Diccionario filosófico” pueden encontrarse jugosos reparos contra el “particularismo jurídico” consuetudinario. De especial importancia y belleza son los comentarios a la voz “de las leyes”.

24 La expresión “particularismo jurídico” fue acuñada por los juristas del Ochocientos, a fin de contraponer la proverbial como aparente uniformidad del Derecho codificado con aquel período, infeliz y caótico, que lo precedía. Por “particularismo jurídico”, a juicio, de Tarello, se entiende la falta de unidad y de coherencia del conjunto de leyes vigentes en una determinada esfera temporal y espacial, sujeta a un juicio de valor conforme al cual en dicha esfera “debería haber” o “se espera que haya” unidad y coherencia de las leyes. Vid. “Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto”, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 29.

25 Gioele Solari, “La Idea individuale e l’idea sociale nel Diritto Privato”, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1911, p. 43.

26 A. Esmein, “Précis Elémentaire de l’histoire du Droit

français. Révolution, Consult & Empire”, Librairie de la société du Recueil Sirey, París, 1911, (Les Constitutions), pp. 31-56.

27 En ese sentido, resultan emblemáticas las palabras de Portalis, en su famoso Discurso Preliminar, cuando sostenía que desde la promulgación del Código las personas “no serán más provenzales, bretones, alsacianos, sino franceses”. Vid. Fenet, o. c., t. I. p. 483. También el artículo de René Cassin, “Codification and National Unity”, en The Code Napoleon and the Common Law World, Bernard Schwartz, New York University Press, New York, 1956, pp. 46-54.

28 A. Bertauld, “Introduction a l’histoire des sources du Droit français”, Cosse et Marchal Imprimeres Editeurs, París, 1860, pp. I-II. El estudio de Bertauld insiste mucho, para explicar el nacimiento del Derecho francés codificado, en esa suerte de compromiso y conciliación entre los elementos románicos y los germánicos.

29 Una de las primeras aproximaciones a la relación entre la filosofía moderna y el Código Civil francés es el trabajo de A. Boistel, “Le Code civil et la Philosophie du Droit”, en Le Code Civil (1804-1904), Livre du Centenaire, Arthur Rosseau editeur, París, 1904, t. I, pp. 47-70.

trás de la tan decantada transacción entre el Derecho Romano y las costumbres, de la que ya hemos dado cuenta, se encontraría la confluencia de dos tradiciones filosóficas imperantes en Francia, entre los siglos XVII y XVIII: la escuela moderna de Derecho natural y la versión jansenista<sup>(30)</sup> del Protestantismo que profesaban muchos juristas franceses<sup>(31)</sup>. Según el autorizado criterio de Arnaud, discípulo de Michel Villey, la genética del Código napoleónico debería buscarse ante todo en la doctrina iusfilosófica<sup>(32)</sup>. El Código aparece entonces como

“un término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa. Por un lado, una corriente empírica, positivista, austera y reaccionaria, sostenida por una suerte de jansenismo jurídico y, por otro, una tendencia iusracionalista moderna...”<sup>33</sup>.

Arnaud insiste que el verdadero conflicto, antes que en el aparente dilema Derecho-costumbre, se presentaba entre el viejo y el nuevo orden jurídico, “entre la tradición, auspiciada por el movimiento jansenista escéptico y antirracional, y la corriente jusnaturalista moderna”<sup>(34)</sup>. Equilibrio difícilmente logrado que abarca las fuentes, el plan y hasta la sustancia del *Code*. Por eso, mientras que la primera cohesionaba las leyes positivas, sean escritas (léase racionalistas) o consuetudinarias (léase irracionalistas); la segunda pretendía que dichas reglas guardasen conformidad con la Razón. La raíz conservadora del Código se

hallaba en la primera; es decir, en las fuentes especialmente en aquellas de procedencia consuetudinaria. La impronta revolucionaria burguesa en la segunda, es decir, en el plan, en la sistemática. Con ésta se impulsarían las reformas económicas y sociales que los tiempos demandaban, con aquélla se controlarían los excesos, convirtiendo a la larga al Código, cuando las conquistas burguesas ya se habían consumado, en un instrumento de conservación social.

A pesar de la tesis de Arnaud es muy sugerente, no han faltado, como es natural en la investigación científica, algunas observaciones. Posiblemente, las atingencias más sólidas han sido formuladas por Giovanni Tarello<sup>(35)</sup>. El desaparecido jurista italiano cuestionaba la sobrevaloración que concede Arnaud a las fuentes doctrinarias. En ese aspecto, el trabajo del estudioso francés asumiría un “*senso idealistico*” y revelaría una marcada propensión hacia “esquemas interpretativos en los cuales las cosas derivan de las ideas, antes que éstas últimas de las primeras”<sup>(36)</sup>. En efecto, sin negar el rol activo y, hasta la fuerza motriz que tienen las ideas en el complejo histórico, no se puede subestimar el papel de otros elementos sociales y culturales que se hallan completamente ausentes en el análisis de Arnaud. En segundo lugar, Tarello estima que las categorías “*école du droit naturel moderne*” y “*jansenismo des gens de lois*” (“escuela moderna del Derecho natural” y “jansenismo de la gente de leyes” —léase operadores técnicos del Derecho—) son “bastantes vagas”, “inútiles y equívocas”<sup>(37)</sup>. La primera expresión abarca a jusnaturalistas que van desde Grocio a Barbeyrac, incluyendo a figuras tan dispares como Pufendorf y Leibniz o como Locke y Wolff y, parece caracterizarse sólo por su cotejo (formulado ya por Villey) con otra etiqueta “*droit naturel classique*”, que abarca todas las doctrinas que esgrimen una concepción no subjetiva del *ius* desde Aristóteles hasta Suárez, pasando por Tomasio. Encuadrar a los juristas franceses de la segunda mitad del Seiscientos y de la primera mitad del Setecientos en estas nociones, de por sí muy discutibles, de “modernistas” y de “jansenistas”, hace perder de vista que se ocupaban del comentario de las costumbres y de la práctica judicial prevalecientes y echa sombras sobre el probado credo iluminista

30 Esta doctrina, que toma su nombre del teólogo holandés Cornelio Jansenio (1589-1638), fue defendida en Francia por Arnaud y los teólogos de Port-Royal. Condenada por el Papa Urbano VIII, fue también combatida duramente por los jesuitas, lo cual provocó la reacción de un filósofo jansenista, Pascal, quien dirigió sus ataques a esa orden religiosas en sus “Cartas Provinciales”. Puso énfasis en la predestinación, limitando el libre albedrío. (Nota del autor para uso de los estudiantes).

31 Esta es la tesis central de André-Jean Arnaud, “Les origines doctrinales du Code Civil Français”, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, R. Pichon et. R. Durand-Auzias, Paris, 1969 (Bibliothèque de Philosophie du Droit, Volume IX).

32 La posición de Arnaud se sitúa ciertamente en el marco de la escuela de su maestro Michel Villey, quien, no ha dejado de subrayar la matriz filosófica de la experiencia jurídica. El Derecho, desde esta perspectiva, estaría subordinado a la filosofía o a ciertos sistemas filosóficos subyacentes. Véase, de Villey, “La formation de la pensée juridique moderne”, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1968, así como el espíritu general que anima a la revista francesa *Archives de Philosophie du Droit*.

33 *Ibid.*, p. 20.

34 *Ibid.*, p. 217.

35 Giovanni Tarello, “Cultura giuridica e politica del Diritto”, Il Mulino, Bologna, 1988, (A proposito del ‘Code Napoléon’, “Sulle origini dottrinali del ‘Code Civil’, pp. 123-132).

36 *Ibid.*, p. 125.

37 *Ibid.*

de dichos autores que, buscaban desde entonces —¡qué duda cabe!—, una sistematización más racional del Derecho.

Resultaba preciso, sin embargo, como lo hizo Arnaud, subrayar la importancia de la filosofía como un elemento fundamental en la construcción del *Code*, presentándolo como el resultado de largos años de reflexión y de práctica jurídica. La importancia histórica de la Escuela de Derecho natural puede valorarse mejor si consideramos que los principios por ella elaborados se tradujeron en normas jurídicas positivas, dando vida y significado nuevo a las formas jurídicas tradicionales<sup>38</sup>, como el Derecho Romano y las costumbres locales. Con esta filosofía se intentaba interpretar, modificar, corregir e integrar la tradición, no destruirla. El Derecho Romano, por ejemplo, merced a los principios de dicha escuela adquiere un nuevo espíritu. De otra manera, no se podría comprender cómo aquél haya terminado sirviendo a la causa de la libertad y a los fines del individualismo,

“después de haber sido durante todo el Medioevo y en el período de formación de los Estados nacionales, invocado contra la libertad individual, a favor del Derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo”<sup>39</sup>.

Nutren también al Código y al proceso de unificación legislativa que lo precedió, el pensamiento de autores tan diversos uno de otro como Montesquieu, Rousseau y Voltaire, unidos, sin embargo, por su vocación iluminista. Su pensamiento no sólo influyó en el campo de las ideas políticas sino, incluso, en la lógica y en la sustancia del Derecho Privado. La afirmación del individuo, el carácter general e impersonal de las normas, la fe en el legislador y el rol meramente fonográfico del juez son sólo una muestra de una presencia hartamente elocuente en el *Code*<sup>40</sup>. No estuvieron ausentes tampoco las doctrinas de los fisiócratas, economistas y filósofos al mismo tiempo. La convicción de que la propiedad privada era de Derecho Natural (recibida de Locke), la condena de la propiedad feudal, la libertad económica y la emancipación del suelo constituían algunos de los fundamentos teóricos básicos que el Código Civil se encargó de recoger. Asimismo, gracias a la afir-

mación de los Derechos del Hombre por la nueva conciencia jurídica, gestada a partir de la filosofía, fue posible la renovación de los principios del Derecho Privado. Si observamos con calma, veremos que todas las reformas civiles que se sucedieron en el período revolucionario y que tuvieron su culminación en el *Code*, procuraron —a despecho de lo que realmente ocurrió— inspirarse en las ideas de libertad, propiedad e igualdad. La filosofía del Derecho natural terminó absorbiendo y recreando a las otras fuentes, pues, según explica Solari:

“ante la idea de unidad ningún sacrificio parecía grave: el Derecho romano, canónico, germano, feudal, productos imperfectos del tiempo, debían de dar lugar al Derecho eterno de la naturaleza”<sup>41</sup>.

## 2. LA GENESIS POLITICA DEL CODE: NAPOLEON Y EL CONSEJO DE ESTADO

La génesis externa más inmediata del *Code* se inicia en 1800, cuando los Cónsules (en la práctica Napoleón Bonaparte que era el primer Cónsul) designan una Comisión integrada por cuatro miembros (que no eran precisamente revolucionarios, sino más bien abogados y jueces prácticos): François Denis Tronchet (1726-1806), literato, traductor, y, en ese momento, Presidente de la Corte de Casación; Jéliz Julien Jean Bigot de Préameneau (1747-1825), abogado ante el Parlamento de París, y comisario del gobierno ante la Corte de Casación (ambos profundos conocedores del *Droit coutumier*); Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807), alto funcionario administrativo, además de brillante orador y escritor, y Jacques Maleville (1741-1824), magistrado de la Corte de Casación, primer comentarista del *Code*<sup>42</sup>, expertos los dos en *Droit écrit*. La comisión en pocos meses alcanza su proyecto al Consejo de Estado, tras haberse debatido en la Corte de Casación y en las diversas Cortes de Apelación. El proyecto es discutido en el Consejo de Estado, con la participación del mismo Napoleón. El resultado de esta reelaboración fue parcialmente rechazado por el Congreso, pero, hechas las modificaciones pertinentes, poco a poco iba siendo aprobado, hasta que el 20 de marzo de 1804 fue promulgado

38 Solari, “L’idea individuale e l’idea sociale”, o., c., p. 43.

39 Ibid, p. 49.

40 Las restricciones al rol interpretativo del juez se acentuarían con la escuela de la exégesis. Portalis, por ejemplo, no participaba plenamente de esta concepción.

41 Ibid, p. 137.

42 Enterado Napoleón, que no deseaba comentarios que enturbiaran la claridad del Código, de la obra de Maleville exclamó la célebre frase: “Mon code est perdu”. Véase Eugène Gaudemet, “L’interprétation du Code civil en France depuis 1804”, Bâle et Paris, 1935, p. 13.

en su integridad, bajo el título de *Code civil des Français*. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante Emperador. El año de 1814, con la restauración monárquica, si bien no llegaron a derogarlo, prefirieron llamarlo simplemente *Code civil*. A la larga la historia hizo justicia y quedó designado desde 1870 como *Code Napoléon*<sup>(43)</sup>.

Por otro lado, en concurrencia con el impulso político e ideológico de la Revolución, sólo con la iniciativa de Napoleón Bonaparte, designado Primer Cónsul en 1800, se pudo llevar a feliz término la esperada codificación en Francia. Además, la personalidad de este genial gobernante tiñe el *Code* en su espíritu y contenido. No obstante de que durante esa época se hallaba en plena campaña militar contra Inglaterra, se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado<sup>(44)</sup>. De ciento dos sesiones, dedicadas a debatir el Código, dirigió personalmente, cincuentisiete<sup>(45)</sup>. En los debates su participación fue vivaz. No dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados sean fácilmente comprensibles y hasta ciertas instituciones como la idea de una familia sólida y patriarcal, la prohibición de los hijos ilegítimos para indagar la paternidad, el divorcio consensual y la adopción llevan su impronta<sup>(46)</sup>. Que Bonaparte

## La personalidad de Napoleón tiñe el Code en su espíritu y contenido.

mismo fuera consciente de su rol en la dación del *Code*, se desprende de su famosa frase pronunciada en el exilio de la isla Santa Elena:

“Mi verdadera gloria no consiste en haber vencido 40 batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente es mi Código Civil y (subrayando su intervención) las actas verbales del Consejo de Estado”<sup>(47)</sup>.

El Código no fue sólo, sin embargo, el producto de la discusión en el Consejo de Estado, que habría finalizado, mas no iniciado el trabajo. “Los autores —según Esmein— antes que sus profetas, fueron sus discípulos”<sup>(48)</sup>, que no lo consideraban como un punto de partida totalmente nuevo, como el inicio de una nueva era, sino, por el contrario, como una conclusión, como “punto de arribo y de partida al mismo tiempo, una síntesis del pasado que no debería excluir la sobrevivencia y la aplicación del Derecho precedente”<sup>(49)</sup>. Es interesante la observación formulada por Helmut Coing cuando sostiene que el carácter revolucionario del Código se manifiesta más en sus carencias, en el hecho de que no contiene instituciones jurídicas antiguas. Falta, por ejemplo, la subordinación feudal señor-vasallo. Está ausente también el *censive* o relación jurídica entre el dueño de la tierra y el campesino y se prescinde de las prestaciones personales que ataban al siervo a su señor. En ese aspecto, el *Code* había roto con la tradición jurídica anterior. Pero, si nos detenemos a examinarlo podemos extraer una imagen diversa, de la que se infieren sus deudas con el pasado. Así, la construcción sistemática reposa fuertemente en la clasificación de las Instituciones de Gayo y de Justiniano. Muchas de las instituciones jurídicas fundamentales como las obligaciones descansan íntegramente en el Derecho existente en 1789<sup>(50)</sup>.

43 A. Esmein, “Précis élémentaire de l’histoire du Droit français, de 1789 a 1814. Révolution, Consulat & Empire”, Recueil Sirey, Paris, 1911, pp. 328-338.

44 Sobre esta participación véase Jean Bourdon, “Napoléon au Conseil D’Etat”, Editions Berger-Levrault, Paris, 1963. También la síntesis de Georges Michel, “Le Conseil d’Etat et la codification”, en Le Conseil d’Etat. Livre jubilaire, Publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, Recueil Sirey, Paris, 1952, pp.467-471.

45 Véase la “Introducción” de Albert Sorel en Le Livre du Centenario, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1904, t. I, pp. XXIV-XXIX. Uno de los trabajos más documentados escritos hasta hoy en torno al papel de Napoleón Bonaparte en la elaboración del *Code* es el publicado recientemente por von Eckhard María Theewen, “Napoléons Anteil am Code Civil”, en la serie Schriften zur Europäischen, Rechts - und Verfassungsgeschichte, Band 2; Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

46 Al parecer ciertas motivaciones personales no estaban

ausentes. Así, el divorcio consensual que defendía Napoleón, en colisión con su idea de una familia patriarcal y sólida, bien puede explicarse en su interés de constituir una dinastía tras divorciarse de Josefina de Beauharnais quien, como se sabe, ya no podía darle hijos. Su lucha por adopción podría también tener motivación semejante. Vid. Theewen, o., c.

47 Soler, o., c., p. XXIV.

48 A. Esmein, “L’originalité du Code Civil”, en Livre du Centenaire, Arthur Rosseau editeur, Paris, 1904, t. I, pp. 5-21, p. 5.

49 Norberto Bobbio, “Il positivismo giuridico”, Turin, Giappichelli editore, p. 80. Relevante para nuestros fines es sobre todo el capítulo III: “Il Codice Napoleone e le origini del positivismo giuridico in Francia”, pp. 67-100.

50 Helmut Coing, “Historia del Derecho y Dogmática Jurídica



Lo que no debe olvidarse es que están animadas de un nuevo espíritu y en otras manos que no son más las de la aristocracia.

Tras el Código reposaban un conjunto variopinto de tradiciones y de intereses jurídicamente articulados que era impensable que fueran desarrollados en los pocos meses de debate. Además, el proceso de codificación o, mejor dicho, la unificación del Derecho en Francia era de vieja data. La virtud de Napoleón y de sus colaboradores fue dar término a ese proceso.

No debe de perderse de vista tampoco la posición moderada que asumió el Consejo de Estado, equidistante por igual del espíritu reaccionario del Antiguo Régimen y del radicalismo de la revolución imprimen al *Code* de un espíritu ideológica y políticamente tibio. Basta echar una ojeada a la trayectoria política de los miembros de la Comisión, de los “artesanos del Código”, en la feliz expresión de Arnaud, para cerciorarnos que no estamos ante legisladores con propensiones revolucionarias<sup>(51)</sup>: Tronchet, proclamado por Napoleón el primer juriconsulto de Francia, fue defensor de Luis XVI; Bigot de Preameneu, un auténtico realista, salvó al rey en las tulerías mientras se desempeñaba como presidente de la Asamblea, llegando a ser detenido bajo la Convención por sus ideas moderadas; Portalis, relator y decidido impulsor del Proyecto fue detenido y expatriado por la misma razón<sup>(52)</sup>. Un particular interés revisten las ideas políticas y jurídicas de Portalis, en cuanto constituyen en gran medida una de las fuentes inspiradoras de la filosofía del Código napoleónico. Tanto su libro *“De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIIIe siècle”* (París, 1820) como su famoso *“Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement”* constituyen una radiografía de su concepción más apaciguada<sup>(53)</sup>. El ideal de Portalis se coloca a caballo de la licencia y la tiranía. Ambas situaciones, a su juicio, son nefastas. En el Discurso Preliminar, documento esencial de la

codificación, refiriéndose a la época reciente que lo precedió, dirá: “si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro de los abusos; los siglos de la filosofía de las luces han sido, muy a menudo, el teatro de los excesos”<sup>(54)</sup>. Si en el plano político, Napoleón fue artífice de un compromiso entre ex-monarquistas y ex-jacobinos; Portalis, en la dimensión jurídica, es un auténtico intérprete del significado del Código de 1804, que fue también un acto de compromiso<sup>(55)</sup>. El Código aparece así bajo otro aspecto: una condición indispensable de orden y pacificación que, por un lado, rescataba las conquistas revolucionarias y las continuaba y que, por otro, morigeraba los excesos en los que se había incurrido durante la revolución, evitando cualquier radicalismo. Podría tratarse entonces más que de un ordenamiento revolucionario, de un cuerpo positivo reformista<sup>(56)</sup>, de un “instrumento de paz y de reconciliación entre los ciudadanos”<sup>(57)</sup>. Napoleón y los comisionados o “artesanos” coincidían en ese propósito y el *Code* traducía ese espíritu. No se equivoca Corradini, cuando presenta a la codificación francesa con una “doble faz”<sup>(58)</sup>, a la manera de la cabeza de Jano. Vista con la mirada puesta al pasado, considerando las luchas que fueron necesarias para afirmarse y los obstáculos que a ella se oponían, es el producto de una auténtica revolución cumplida en nombre del liberalismo y del iluminismo. Vista, en relación al presente; especialmente, a partir de la idea propuesta por sus exégetas (que rechazaban el potencial rol creativo de los jueces), asumía el valor de un instrumento de conservación para una sociedad que, si bien era ‘nueva’ respecto al período de la monarquía del Setecientos, no estaba dispuesta a admitir transformaciones sucesivas. De revolucionario el *Code* se hacía conservador.

54 P. A. Fenet, o., c., t. I, p. 483.

55 Cattaneo, o., c., p. 123.

56 C. J. Friedrich, “The ideological and Philosophical Background”, en *The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard Schwartz, New York University Press, 1956, pp. 2-4. Este autor distingue tres tipos de Códigos: 1. Los digestos que serían simples compilaciones sin mayor pretensión de generar un cambio social; 2. Los Códigos reformistas o moderados y, 3. Los códigos revolucionarios (como los dictados y debatidos en Francia en la última década del Setecientos). El *Code* sería un ordenamiento reformista con elementos revolucionarios, pp. 1-18.

57 André Tunc, “The Grand Outlines of the Code”, en *The Code Napoleon and the Common Law World*, o., c., p. 21 (pp.19-45). El mismo artículo se encuentra en la *Tulane Law Review* Nro. 29, 1955, pp. 431 y siguientes.

58 D. Corradini, “Garantismo e Statualismo”, o., c., p. 48.

ca”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, Valparaíso, Nro. VI, 1981, pp.101-102.

51 No obstante ello debe anotarse que en el Consejo de Estado se hallaba un radical, Berlier, regicida confeso. Vid. Arnaud, o., c., anexos.

52 Arnaud incluye en su trabajo “Les origines doctrinales...”, o., c., un pequeño diccionario biográfico de suma utilidad, pp. 297-319.

53 Mario Cattaneo, en “Iluminismo e Legislazione”, o., c., pp. 121-124, formula un águdo análisis de la postura de Portalis.