

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Codificación, descodificación y recodificación

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

El Código Civil italiano de 1942, cuyos cincuenta años de vida conmemoramos (1), representa para los estudiosos del Derecho Civil, que pertenecen a la misma generación que yo, lo que algunos autores de nuestro país, con cuyos libros estudiábamos en los últimos años cuarenta y primeros años cincuenta, «los Códigos más modernos y progresivos». Seis, ocho o diez años después de su puesta en vigor, denominarlo «moderno» no era otra cosa que una constatación de su proximidad temporal. En la idea de «moderno» existe, sin embargo, otra connotación. Seguramente quiere decir algo que responde mejor a las necesidades de los tiempos. Era progresivo, probablemente porque representaba las metas o las cotas, que, en aquellos momentos, se consideraban como necesarias en un progreso que —debo decirlo— era, meramente jurídico, como si el Derecho o el ordenamiento pudieran progresar por sí solos, en su presentación exterior, en su pura consideración como estructura. Si se me permite el símil, era algo así como una partida de ajedrez mejor jugada.

Es notoria la influencia ejercida en nosotros, los españoles, por la literatura jurídica italiana, especialmente a partir de los antes citados años cuarenta. La Universidad de Bolonia fue siempre una especie de meca a la que muchos de nuestros estudiosos acudían en peregrinación a beber de las fuentes de un derecho que se consideraba más perfecto, seguramente por la pervivencia de la obra del Cardenal Albornoz y por la presencia del Colegio de España. Sería injusto, sin embargo, pensar que esos eran los únicos factores de atracción. La nación italiana se ha encontrado siempre muy bien dotada para el razonamiento y para la construcción jurídica. Merece, con justo título,

(1) El texto reproduce la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, el día 15 de mayo de 1992, con motivo del cincuentenario del Código civil italiano.

ser pensada como la heredera legítima y directa de los padres fundadores del Derecho, lo que pueden ser los juriconsultos romanos, o, lo que es más probable, los glosadores y los posglosadores que pusieron los cimientos del Derecho Común. Para los españoles, respecto de Italia, existía, además, que, parafraseando el título de una obra de Goethe, se pueden denominar como las afinidades electivas, producto de la comunidad de cultura y de la proximidad de las lenguas. La cultura jurídica española estuvo denominada a lo largo de todo el siglo XIX y del primer tercio del siglo XX, por la francesa. A finales de los años veinte y en los años treinta, comenzó a producirse un deslumbramiento por la literatura jurídica alemana, que acrecentó la meritoria traducción, con algunas agudas anotaciones, de la obra de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf por los profesores Pérez González y Algüer. No obstante, en la época de la que estoy hablando, la literatura jurídica alemana no había todavía salido del marasmo que produjo el final de la Segunda Guerra Mundial.

El Código Civil de 1942 constituye, además, el primero de los muy singulares casos de países que, teniendo ya Código Civil, han procedido a llevar a cabo una nueva codificación. Por decirlo con una frase que les gusta ahora a los autores de eslóganes comerciales, pertenece a la segunda generación de Códigos Civiles, en la cual se encuentra acompañado, hasta donde me consta, por el Código Civil portugués de 1967 y por el Código Civil holandés cuyos libros 1.º y 2.º entraron en vigor en 1976 y cuyos libros 3.º, 4.º y 5.º comienzan a regir este año. La cuestión a descifrar es, por tanto, qué profunda razón indujo a la realización de esta segunda generación de Códigos Civiles. Tal vez para ello puedan volverse a esquematizar las razones que determinaron en la Europa occidental y en América Latina la primera codificación. Respecto de ella, será difícil añadir nada a lo que ya se sabe, pero el esquema puede facilitar nuestros razonamientos en punto a la segunda codificación o a la segunda generación de Códigos Civiles. Para explicar el fenómeno general de la codificación, en su primera versión o en su primera generación, me serviré de las siguientes coordenadas, que permiten contemplar desde ángulos diferentes, aunque en ningún caso contrapuestos, los factores, las razones y las aspiraciones que la codificación buscaba. Las describiré estudiando, uno, la codificación como racionalización; dos, la codificación como progreso; tres, la codificación como pedagogía, y cuatro, la codificación como utopía.

La codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo. Es racional, porque es hija legítima del racionalismo y del culto a la diosa razón, erigido por la Revolución Francesa en sustitución de otros cultos más antiguos con teologías seguramente más complicadas. La tentativa de racionalización del Derecho había sido llevada a cabo por los autores de la llamada Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo casi *more geométri-*

co, consiguieron deducir una serie de proposiciones jurídicas que aparecían como necesarias. Tampoco en este punto conviene engañarse demasiado. Lo que la Escuela del Derecho Natural realiza es una reelaboración racionalizada de los materiales, que, procedentes del Derecho Romano, se encontraban consagrados en el Derecho Común. Hugo van Groot, llamado Grotius, mientras estuvo prisionero en el Castillo de Lovenstein, en una de las numerosas guerras de España en Flandes, en el año 1613, escribió una introducción al Derecho Civil holandés, de la que se cuenta que no fue escrita para ser publicada, sino para iniciar a sus hijos en el estudio del Derecho. Con justicia se ha dicho que sustituyó en aquel país a la *Instituta justiniana*, pues en verdad es una *instituta* racionalizada. En la última década del siglo Jean Domat puso las leyes civiles en su orden natural y Robert Pothier fue su heredero.

Todo ello quiere decir que el culto en materia jurídica a la diosa razón se encontraba perfectamente abonado. Este culto tuvo que significar el ideal de una refundación del mundo social. Los Códigos como intento de refundación del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Procesal y del Derecho Mercantil recuerdan, inevitablemente, al nuevo calendario que los revolucionarios franceses trataron de poner en pie para explicar básicamente el retorno de las estaciones, que continuaba siendo el mismo. En otro sentido, recuerda, también a la reforma del sistema de pesas y medidas, que trata de suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social.

El paralelo con el sistema de pesas y medidas permite entender que en el proceso de codificación como racionalización había dos líneas, que pueden denominarse, de perfección cuantitativa y de perfección cualitativa. La perfección cuantitativa es, ante todo, una compresión o una reducción del conjunto de mensajes en que plasmar las reglas del derecho. Si puedo continuar utilizando símiles, recuerda a la entresaca de un bosque que ha crecido excesivamente y en el que es ya difícil orientarse una vez dentro, pero también antes de entrar. Efectivamente, el Derecho Común era extensísimo, complicado, difícil de entender. Desde finales del siglo XVII, en Francia, había dominado una idea de jurisprudencia, que puede traducirse por la filosofía o la forma de entender el derecho que los tribunales tenían. En un sistema poblado de jurisprudencias, al que, por paradojas del destino, nos volvemos a acercar, los árboles, como vulgarmente se dice, no permiten ver el bosque y el bosque resulta incomprensible tanto para los iniciados como para los que no lo son. Es perfectamente explicable que Robespierre estigmatizara la jurisprudencia: esa horrible palabra. Cuando la Asamblea estudiaba el proyecto de ley que instituía el Tribunal de Casación, se discutió la cuestión de la renovación de los jueces. Algunos preferían una renovación gradual para preservar la jurisprudencia del Tribunal. El Tribuno fue tajante. Aquel Tribunal no tendría jurisprudencia. Ya no habrá más jurisprudencia que la ley. La

ley expresa la voluntad general; la jurisprudencia, el poder de la casta de los jueces.

El ideal de la comprensión o reducción del material normativo se encontraba fundado en la creencia de que de esta manera se acercaba más al ideal de perfección. No es casual que se demandara para el Código la más perfecta sencillez. Es verdad que Robespierre había reconocido que las leyes de un gran pueblo no pueden ser simples, pero parece no ser la misma cosa la falta de simplicidad de las leyes y la de su concreción y sencillez de su manifestación exterior. La simplicidad y la simplificación del material normativo expresan también el ideal de la asequibilidad. Las leyes se hacen para que puedan ser conocidas por todos los ciudadanos, que, en la inicial concepción jacobina debían participar en la administración de la justicia y en las asambleas en las que las leyes se adoptaban. Los ciudadanos que deben realizar la justicia tienen que conocer las leyes. La vieja regla «*nemo ius ignorare censetur*» se comprende de esta manera con un nuevo significado, que expresa también la idea de que las leyes y la justicia no deben dejarse en manos de una clase —los juristas— sospechosa de complicidad con el antiguo régimen y que es, por esta misma razón, un instrumento de opresión. Se trata de una clase de ciudadanos, que no debe recibir un excepcional poder y privilegio porque, no enlaza directamente con la voluntad general.

Por todas las razones expuestas, el Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político. Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. En la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente, además de un bastón de mariscal, hay un Código Civil.

El progreso pretendido es también un progreso económico. La burguesía triunfante en la revolución pretende desarrollar sus negocios y necesita para ello un sistema legislativo seguro, las máximas posibilidades de previsión en los resultados de los futuros litigios a que las empresas económicas puedan conducir, que se consigue a través de un sistema jurídico simplificado y seguro, en el que, por supuesto, los jueces cumplan la función que Montesquieu les había asignado de ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley.

En los seguidores tardíos del modelo francés como es el caso español se encuentra implícita la idea de que existe igualmente un progreso jurídico. Cada ordenamiento jurídico particular puede progresar y, de hecho, progresa si se ajusta a las coordenadas del sistema de codificación. Esta idea la expresa con toda claridad en España Manuel Alonso Martínez cuando se esfuerza por conseguir la codificación civil frente al conservadurismo de las regiones que poseen Derechos civiles especiales.

He hablado del Código como pedagogía. Esta característica me parece indiscutible si las cosas no son lo que sus autores pretendieron que fueran, sino aquella función que finalmente cumplen.

Hemos visto cómo existió el ideal de un derecho asequible, que pretendía su posible conocimiento por todos los ciudadanos. Pretendía también, o consiguió, la formación de una nueva clase de juristas habituados a las construcciones abstractas del Código, de manera que su aplicación pudiera producirse casi automáticamente. No es casual el hecho de que la idea del silogismo judicial aparezca históricamente tras la promulgación de los Códigos Civiles. Se trata de algún modo de simplificar y de racionalizar la práctica jurídica. Como ha señalado Max Weber, la antigua administración de justicia, inevitablemente empírica, con un complicado sistema de recursos judiciales, representaba un alto costo y un fuerte obstáculo para los intereses de la sociedad burguesa, que necesitaba en una práctica jurídica racional, que debía realizarse a través de un derecho formalizado, sistematizado e inequívoco, creado de una manera teleológicamente racional, que excluya tanto la vinculación a la tradición como la arbitrariedad. De este modo, en la base más profunda del Derecho codificado se encuentra la realización de una función pedagógica, que lo convierte en el Derecho de juristas por excelencia. El Derecho codificado trata de sustituir la práctica jurídica empírica o casuística por un sistema que posea una cierta automaticidad y, al mismo tiempo y por la misma razón, trata de sustituir la formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional que cumple mejor los mencionados intereses. Thibaut hablaba de la «incalculable ventaja que el Código representa para la verdadera formación superior de los servidores del derecho, de los maestros y de los discípulos». Y ello en razón de que, según el mismo autor, muchas de las partes singulares del sistema jurídico son una especie de matemática jurídica pura. No puede, pues, discutirse lo que se puede llamar la función pedagógica de los Códigos. El Derecho codificado es el que se hace objeto de estudio. No es tampoco casual que los códigos contengan cláusulas explicativas al modo de un pequeño catecismo. Por ejemplo cuando dice «la servidumbre es...» o «llamase arrendador...». El Código es el tema del aprendizaje del derecho: lo que es objeto de las investigaciones sobre los fundamentos, las conexiones y el alcance de las normas. Desde este punto de vista resulta evidente la diferencia que desde didáctica existe entre las disciplinas con Código y las disciplinas que carecen de él. Sólo las primeras se integran con nosotros, formando un conglomerado con nuestra conciencia y se distinguen de las amplias zonas del ordenamiento legal y reglamentario, siempre mal conocidas y peor analizadas.

La última de las coordenadas desde la que puede ser examinado el proceso de codificación es la que ha señalado recientemente Csaba Varga («Codification as a socio-historical phenomenon», Ed. Akadémiai kiadó, Budapest, 1991) al hablar del Código como utopía. El

Código era una utopía porque en él plasmaba la utopía revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un derecho realizado por todos los ciudadanos. El Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.)

Estas nuevas realidades fueron recibiendo poco a poco respuesta, pero ello se hizo a través de una serie de leyes especiales, que supusieron importantes fisuras en el cuerpo unitario del Código y que permiten hablar de descodificación. La descodificación es, en primer lugar, la proliferación de las leyes especiales que se sitúan extramuros del Código. Estas leyes especiales determinan además, lo que Federico de Castro llamó la especialización científica y técnica. Su aparición determinó la creación de grupos de juristas que se especializaban en el conocimiento y en las vías de aplicación de estas leyes, de manera que, por lo menos algunas de ellas, terminaron por constituir disciplinas separadas.

Convengamos, pues, en que existe una primera forma de descodificación, como ruptura de la unidad del Código, a causa de la proliferación de las leyes especiales. Las ediciones de bolsillo de los Códigos Civiles van hoy seguidas de una más o menos amplia y siempre necesaria exposición de tales leyes. En el caso español, además, por el carácter tardío que el Código Civil tuvo y por las dificultades que encontró, el codificador, en una labor apresurada, renunció a la unificación del Derecho civil y dejó al margen un buen número de leyes especiales, como fueron la Ley del Registro Civil, la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad. Naturalmente, cien años después las leyes especiales se han ido, de manera irremediable, incrementando. Sería erróneo, sin embargo, creer que las corrientes descodificadoras terminan aquí. La absoluta comprensión del mensaje en las codificaciones de corte tradicional provocaba evidentes dificultades de interpretación y admitía variantes, respecto de las cuales hubo que hacer a posteriori la selección. Esta selección entre los posibles mensajes es rigurosamente también una descodificación, que tuvo inevitablemente que hacerse por la vía doctrinal y jurisprudencial. Frente al ideal utópico del Código único y a la proscripción de la jurisprudencia que los jacobinos deseaban —la horrible palabra que asustaba a Robespierre— fue inevitable la reaparición de la jurisprudencia de los tribunales, atribuyendo significación a los mensajes comprimidos que podían poseer varias distintas. Se trata, como es obvio, de la función de interpretación que los tribunales necesariamente tienen. La labor de éstos, no obstante, tampoco se detuvo aquí y se fue produciendo, poco a poco, a impulsos de las nuevas necesidades, una integración del sistema codificado, realizando tareas constructivas a partir de las cláusulas generales contenidas en

él. Es bien sabido que a partir de la cláusula general del parágrafo 242 del Código Civil alemán, la jurisprudencia ha podido construir figuras tan heterogéneas como las de la desaparición de la base del negocio y la aplicación de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*», el abuso del derecho o la inadmisibilidad de «*venire contra factum proprium*».

En el Derecho francés y en el español, ocurrió algo parecido. Sin que se sepa muy bien con qué apoyo legal, la jurisprudencia española reconoció desde 1944 la llamada doctrina del abuso del derecho, más tarde consagrada legislativamente en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973; reconoció, asimismo, el principio general de buena fe y la doctrina de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*». Con base en antiguas decisiones judiciales anteriores al Código Civil que tomaban su base en las Leyes de Partidas, obra española del siglo XIII que es un trasunto del Digesto y, dentro de ellas, del texto correspondiente a Pomponio (50, 17, 206), la jurisprudencia continuó hablando de enriquecimiento injusto o sin causa, no especialmente contemplado en el Código y de la que en España se llamó doctrina de los propios actos, que es la antes citada regla de la inadmisibilidad *venire contra factum proprium*. El ordenamiento jurídico se va poblando, al lado de las normas estrictamente codificadas y de las interpretaciones de tales normas, de lo que a grosso modo se pueden denominar doctrinas. Un caso llamativo de integración jurisprudencial del sistema lo constituye en el Derecho francés y en el Derecho español, la elaboración de la responsabilidad extracontractual. A partir de la regla de la obligación de indemnizar los daños causados por culpa, procedente de la Ley Aquilia y del Derecho Común, la jurisprudencia de los tribunales ha ido evolucionando hacia sistemas de responsabilidad por riesgo, de inversión de la carga de la prueba de la culpa o del establecimiento de criterios o patrones de diligencia más amplios de los que podían resultar de las normas legales. Por todo ello, hay que reconocer que un Código no es hoy sólo la letra que fue promulgada en un momento histórico anterior, sino las elaboraciones y reelaboraciones doctrinales y jurisprudenciales llevadas a cabo alrededor de él y sin las cuales hoy no puede ser rigurosamente entendido. El extranjero que quiera hoy comprender el Código Civil italiano de 1942 no podrá hacerlo sin la ayuda, por lo menos, del comentario de Cian y Trabucchi y, quien quiera conocer algo, no muy profundamente del Código Civil alemán, se tendrá cuanto menos que servir del comentario de Palandt.

Es difícil determinar si con estas reelaboraciones el Código resulta enriquecido. Los doctrinarios, los profesores, los amantes de las novedades, dirán en seguida que sí. Personalmente no lo discutiré. Sin embargo, me parece claro que el ideal codificador se desvanece y en lugar del Código simple y asequible parece un mundo especialmente abigarrado y confuso. Por emplear una terminología al uso, el Derecho privado deja de ser transparente y se hace opaco.

Hay, una forma mucho más insidiosa de descodificación, que, en los momentos actuales se observa, por lo menos en mi país. La integración del sistema codificado, arrancando de cláusulas establecidas en él, fueran éstas abiertas o no, obedecía a una labor constructiva, o si se prefiere a una concreción, realizada de forma metodológicamente seria. En la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado. Me parece posible atribuir esta tendencia, que se puede configurar como un epifenómeno del llamado derecho libre, a la influencia de la cultura norteamericana y un simplificado entendimiento de la idea de la creación judicial del derecho. Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos.

Para cerrar el examen del panorama que presenta el proceso de descodificación, hay que añadir todavía otras dos causas profundas. La primera de ellas es la puesta en vigor, al concluir la Segunda Guerra Mundial, de Constituciones de carácter rígido, muchas de cuyas reglas son de eficacia directa y que, en todo caso, permiten un juicio de constitucionalidad de las leyes, por obra de un tribunal a quien específicamente se atribuye esta jurisdicción. En España, por razones que son bien conocidas esta evolución ha sido tardía y se ha producido hace sólo ahora catorce años. La posibilidad de un juicio de constitucionalidad de las leyes, especialmente por la vía de la cuestión de constitucionalidad, ha abierto a los jueces la posibilidad de poner en duda el ajuste de las normas legales anteriores con el sistema constitucional. Ello ha podido llevar, en ocasiones, ciertamente limitadas por el momento, a la declaración de nulidad de normas contenidas en los Códigos Civiles. La regulación del Derecho de familia tal como había quedado cristalizado en la codificación, era notoriamente contraria al principio de igualdad y a la interdicción de las discriminaciones por razón de sexo o de condiciones personales. En Italia y en España ello determinó la necesidad de una reforma, muy profunda y extensa del Derecho de familia, que, aunque incorporada a los Códigos, no ha dejado completamente cerrada la cuestión. En la jurisprudencia española, especialmente por lo que se refiere a las acciones de declaración de filiación no matrimonial y a los derechos sucesorios de los hijos de esta clase, se ha sostenido que las normas anteriores del Código Civil habían quedado derogadas directamente por la Constitución. Debo aclarar en este punto que la Constitución española contiene una cláusula derogatoria de todas las disposiciones que se opongan a ella, lo que ha permitido la aplicación de esta cláusula directamente por los jueces y tribunales ordinarios, sin intervención necesaria del Tribunal Constitucional. Es verdad que la declaración de derogación por inconstitucionalidad ha limitado sus efectos al breve período que media entre la puesta en vigor de la Constitución —1978— y la promulgación de la reforma del Código Civil en materia de Derecho de familia —1981—, pero es cierto también que el

impulso del juicio de constitucionalidad abre un boquete en las normas codificadas de imprevisibles consecuencias para la codificación misma. No se trata, por supuesto, de criticar este fenómeno, que en la medida en que trata de implantar los principios y normas constitucionales, parece justo. Se trata, simplemente, de señalar de qué manera, a través de esta vía se produce una nueva causa de descodificación.

Por último, hay que aludir al influjo que en los Derechos nacionales de las naciones integradas en la Comunidad Europea, van a ejercer las normas emanadas de ésta y, en especial, las directivas. Por el momento, en las materias estrictas del Derecho Privado no han sido especialmente amplias, aunque pueden recordarse algunos supuestos notorios, como son el de responsabilidad del fabricante por defecto de los productos o las relativas a las ventas realizadas fuera de los establecimientos. La idea de que la igualdad jurídica en las condiciones de partida es necesaria para una competencia real, continuará dinamizando un nuevo Derecho Privado, respecto del cual las viejas codificaciones no podrán defenderse. En el momento actual se encuentran en marcha los proyectos de directivas sobre cláusulas abusivas en los antiguamente llamados contratos de adhesión y hoy condiciones generales de contratación o las de responsabilidad por servicios. Muy probablemente, si la Unión europea progresa, resultará necesario, por lo menos parcialmente, un nuevo Derecho de Obligaciones, porque, evidentemente no son las mismas las situaciones concurrenciales cuando la responsabilidad contractual se rige por unos u otros principios por poner sólo un ejemplo. La parcial unificación de un Derecho Privado supranacional y supracomunitario se está produciendo también. Prueba de ello es el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías que deja anticuadas las normas del Código sobre el contrato de compraventa.

Aunque el panorama pueda parecer desalentador, hay indicios que permiten pensar que la codificación, como técnica jurídica, ha de sobrevivir.

He citado al principio las formas de recodificación, que llamé Códigos de segunda generación, y es hora de ocuparse de ellos. Al hablar de recodificación, conviene hacer algunas puntualizaciones. No incluyo en ella los Códigos Civiles que fueron promulgados como consecuencia de cambios políticos profundos, especialmente en los países que habían establecido el llamado socialismo real. No me referiré, por consiguiente, a los Códigos Civiles de las Repúblicas de la antigua Unión Soviética, ni al Código Civil de Polonia, de 1966, ni al de la antigua República Democrática Alemana, ni a la reforma que en el Código Civil, que había heredado de España, realizó la revolución cubana. Ceñiremos, por consiguiente, el análisis de los Códigos que, sin razones políticas de base, han pretendido colocar la regulación del Derecho Privado a la altura de los tiempos. Respecto de ellos, es indudable que el Código Civil italiano de 1942 representó una avanzada.

Debo decir también que no creo que existieran razones profundas para esta segunda codificación, en el sentido de que no aparece impulsada por las necesidades de lo que puede llamarse la segunda, o tal vez la tercera, revolución industrial o el paso a la sociedad pos-industrial, porque este paso ha podido hacerse en países carentes siempre de codificación, como es el caso de los anglosajones (notoriamente la Gran Bretaña y los Estados Unidos) y ha podido hacerse también en los países que han conservado los Códigos Civiles decimonónicos.

Una explicación de las razones de la recodificación se puede encontrar en las páginas que Arthur S. Hartkamp, abogado general en el Tribunal Supremo de Holanda y miembro de la Comisión de Revisión del Código Civil en el Ministerio de Justicia, escribe en la edición, redactada en inglés, en francés y en neerlandés, del Código Civil, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia de los Países Bajos y del Centro de Investigación en Derecho Privado y Comparado de Quebec, publicado en 1990. Según él, el anterior, el Código Civil, debía considerarse, antes de la reforma, anticuado en numerosos puntos. En muchos puntos las reformas habían sido establecidas, a veces en el interior de los Códigos y otras mediante leyes particulares. De ello resultaba un retraso en el desarrollo del Derecho Privado que tuvo que ser colmado en gran parte por la jurisprudencia. En algunos campos, los Tribunales supieron tender puentes entre el Código y una sociedad que se ha encontrado en rápida evolución a lo largo del siglo xx. Algunos podrán felicitar-se de esta iniciativa de los Tribunales, pero otros podrán sentirse molestos en la medida en que sus efectos han consistido en inmovilizar algunos tímidos esfuerzos de reforma. De ellos resulta, dice Arthur S. Hartkamp, una bifurcación de las vías preconizadas en lo que concierne a la modificación del Código Civil. De un lado, había quienes preconizaban la prosecución del camino de las sutiles distinciones elaboradas casuísticamente por los tribunales, aunque ello conduzca a un derecho cada vez más opaco. Por otro lado había quienes preconizaban las reformas legislativas en leyes especiales con la esperanza de que condujeran a reglas más transparentes, aunque este camino tropezara con la dificultad práctica de insertar las reglas reformadas en un sistema cuya complejidad no cesa de crecer. Las dificultades de la reforma habían producido, a mitad del siglo xx, un Derecho Privado de una incontrolable opacidad, cuyo contenido se encontraba diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales, de manera que todo ello se encontraba muy lejos de la intención expresada a partir de 1789 de formular el Derecho Privado en Códigos generales.

De este modo la polémica entre partidarios y enemigos de la recodificación queda abierta. Los partidarios pueden añadir a los argumentos antes expuestos la idea de que la mejor vinculación del juez a la ley se produce insertando las soluciones en un sistema codificado. Frente a ello, se pueden utilizar otros argumentos. En alguna ocasión

le he oído decir a F. Galgano que el desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial solamente exige la capacidad del ordenamiento para recibir los nuevos contratos, que el desarrollo económico va incesantemente creando y una jurisprudencia capaz de reaccionar ante ello, con la suficiente flexibilidad. La idea me parece importante. Los Códigos Civiles decimonónicos, como es el caso del español no han sido obstáculo para recibir los contratos modernos que llevan casi todos nombres ingleses, como el leasing, el factoring, el sponsoring y tantos otros. También han recibido, sin dificultades especiales, las nuevas formas de garantías, como las garantías autónomas, los avales a primera demanda o las cartas de patrocinio.

Donde personalmente veo el problema es en la necesidad de una jurisprudencia con dosis suficientes de agudeza y de flexibilidad para introducir los contratos atípicos en el sistema contractual. Este es, probablemente, un problema de suficiente pericia y formación en los jueces, en el cual no todos los países nos encontramos en igualdad de condiciones. Por eso, a falta de jueces suficientemente expertos, la inclinación debe dirigirse hacia la recodificación.

Para concluir, debo todavía, cumpliendo el encargo que me fue encomendado, decir alguna cosa sobre la proyección exterior del Código Civil italiano de 1942, cuyo medio siglo celebramos, o lo que es lo mismo, cómo ha sido visto desde el extranjero. Dije al principio que en los años cincuenta se le mencionaba entre los Códigos más modernos y progresivos. Es bastante claro que ha constituido el modelo para algunos Códigos Civiles de los países latinoamericanos, como el caso del Código Civil de Venezuela o el del segundo Código Civil del Perú. Diré también que si en España hubiera que acometer una recodificación, el Código Civil italiano sería sin duda uno de los modelos. Ha inspirado muchísimas soluciones doctrinales. Por ejemplo, en materia de asunción de deuda, de onerosidad excesiva, de resolución por imposibilidad sobrevenida. Ha inspirado a la literatura jurídica española y parcialmente a través de ella la jurisprudencia del Tribunal de casación.

A lo anterior habría que añadir alguna otra cosa. Me parece muy correcto el diagnóstico de Giorgio Cian cuando en el Congreso de Venecia de 1988 hablaba de una relectura del sistema civilístico francés, en clave del pensamiento pandectístico y pospandectístico, que condujo a una suerte de fusión de las dos culturas jurídicas no falta de originalidad y especificidad. El análisis puede profundizarse señalando que, tal vez por la razón antes apuntada, el Código Civil italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos, se abandona el punto de vista de favor debitoris, por una mayor consideración de los derechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico. El paso de una estricta responsabilidad subjetiva o por culpa en materia contractual, a una responsabilidad en cierto modo objetivada, es un buen síntoma de ello. La regulación de la mora debi-

toris ofrece un ejemplo de la misma idea, como finalmente lo es el hecho de que el Derecho comercial quedará refundido en el Derecho Civil de las obligaciones y contratos, además de estarlo en el Libro del trabajo donde se regulan la empresa y las sociedades. Nosotros, los españoles, tenemos también el Código de 1942 como heredero legítimo de la importantísima generación de juristas italianos que se produjo en los primeros treinta años del siglo, respecto de la cual no es necesario mencionar ningún nombre. Un profesor belga Van Canaghan, en un pequeño libro, que recoge sus explicaciones en la cátedra Goodhart de Oxford, que ha sido traducido al italiano en la Colección de Juristas Extranjeros de Hoy con el título de «Los Señores del Derecho», contraponen un derecho de profesores, que para él encarnan las creaciones de Derecho Común, con un derecho de jueces, cuyo paradigma sería el Common Law de los anglosajones y un derecho de legisladores que sería el Derecho de la Codificación. Se trata de una visión simplificadora. Probablemente en todos los derechos estos tres factores confluyen.

Ningún ordenamiento jurídico puede sobrevivir si los legisladores no mantienen las normas en vigor o las derogan, si los jueces no las aplican rectamente o si los profesores y los escritores no las analizan. El problema es de graduación de todos estos factores. Esto dicho, puede ciertamente reconocerse en la codificación civil italiana de 1942 notorios influjos profesoriales, que colocan al Código Civil en la órbita de los llamados Códigos eruditos. No llega al absoluto tecnicismo, al carácter un tanto abstracto del BGB, pero es un Código erudito. Podríamos, incluso apuntar la idea de que tras todas las formas de recodificación ha existido un influjo profesoral que encontró acogida en la instancia política. En el caso neerlandés, que he citado varias veces, es muy clara la iniciativa originaria del profesor Meijers.

Por su época, el Código Civil italiano ha recibido el influjo de lo que se llamó la huida a cláusulas generales, que es también una de las características más sobresalientes de la segunda generación de Códigos. El legislador se sabe ya impotente para adivinar todas las posibilidades de futuro y establece lo que se llaman conceptos-válvula para que una jurisprudencia flexible pueda obrar en ellos. Además debe señalarse también que el Código Civil italiano de 1942 redujo a términos razonables la supraabstracción del Código Civil alemán. Es un claro signo de ello la renuncia a regular legislativamente la figura teórica del negocio jurídico. Resumiendo, podemos decir que en el ambiente cultural latino y mediterráneo introdujo novedades muy importantes, abrió horizontes a la doctrina y a la jurisprudencia de los países de ese ambiente cultural e hizo progresar la cultura jurídica.

En la actualidad se mantiene en buen estado de salud. Conserva su capacidad para afrontar los retos de futuro; es uno de los modelos posibles para llegar a la unificación europea de Derecho de Obligaciones y Contratos y, por todo ello, hay que desearle larga vida.