

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

23

(1994)



giuffrè editore milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

LEY DEL CODIGO:
TRANSPLANTES Y RECHAZOS CONSTITUCIONALES
POR ESPAÑA Y POR AMERICA

1. *Paciente*: el derecho en un texto. — I. *Clínica española*. 2. Parte de ingreso: código por delante de constitución; 3. Episodio traumático: los derechos y el parlamento; 4. Operación fallida: la recepción a medias; 5. Complicación añadida: nuevos títulos preliminares; 6. Estado estacionario: el título español. — II. *Laboratorio americano*. 7. Prueba de contraste: el código entre indígenas; 8. Activación del virus: extrañamiento de la costumbre; 9. Secuela morbosa: resentimiento de los derechos; 10. Enfermedad crónica: ignorancia entre culturas; 11. Cuerpo extraño: unos títulos coloniales; 12. Cura de aires: la ley entre derechos. — III. *Patología constitucional*. 13. Duelo prematuro: el imperio de la ley; 14. Sucesión en vida: la ley tras la ley.

1. Hay concepciones del derecho, hay prácticas jurídicas y hay textos que encierran concepciones y prácticas. Con ellos se imponen y mediante ellos se propagan. Hay textos que contienen paradigmas. Es el caso del título preliminar que va en cabeza del código civil francés y es el caso, el mismo caso, de los títulos preliminares que han seguido el ejemplo haciéndose encabezamientos característicos de los códigos civiles por las más diversas latitudes. En el primero, en el título francés, en los seis artículos breves y cuatro de ellos brevísimos que lo componen, tenemos un paradigma que identifica derecho y ley. Con él, con el texto, se impuso, y mediante él, mediante el texto, se propagó. Es lo que aquí me interesa. Por ello, por esta razón sustantiva, voy a ocuparme del texto. Va a ocuparme, no el original francés, sino la réplica castellana, la versión en esta lengua española (1).

(1) Un anticipo, una entrada al tiempo napoleónico y al espacio peninsular, ha constituido mi participación en un simposio italoespañol reunido los días 12 y 13 de enero de 1994 por iniciativa de Francisco Tomás y Valiente con motivo de la investidura de Paolo Grossi como doctor honorífico de la Universidad Autónoma de Madrid. Me es

El texto, el *Titre préliminaire*, es de un código tan significado como para acabar por tener nombre propio, el *Code Napoléon*, igual que el de su promotor, el Bonaparte. De él lo toma, mas sin partícula posesiva, como apelativo realmente suyo. Será el *Código Napoleón* en castellano. Y vale la prosopopeya. *Napoléon* es el *Code*, *Napoleón* es el *Código* y, si se me permite la expresión, *Napoleónidos* son muchos códigos con casi tantos títulos preliminares, múltiples textos, multitud de satélites, aunque no siempre, como veremos, criaturas. Si entro en ello, si me adentro en el trasiego de este género literario, de esta clase de escritos, es por hacer, no filología de un texto, de unos textos, de títulos preliminares en castellano, sino estudio del paradigma de identificación del derecho con la ley en una de las encarnaciones idiomáticas del texto que lo encarna. Trato de esta concepción del derecho por los medios europeos y americanos de expresión española. Hago en concreto este análisis textual y esta indagación jurídica. Mi materia es texto, sólo texto, y mi objeto es derecho, solamente derecho, tampoco así la historia ⁽²⁾.

La misma historia me interesa por lo que pueda tener, no de pasado perdido, de curiosidad recóndita, sino de presente vivo, de actualidad patente. Me importa, por viva, una problemática constitucional de derechos y procedimientos. Quiero ocuparme de los problemas de este orden específico que la concepción del *Code Napoléon*, las versiones como *Código Napoleón* y la producción de *Códigos Napoleónidos* impliquen. Por su identificación entre derecho y ley, por esta noción de partida, se trata de una problemática que no encontraremos de forma explícita en el texto, en el *Título preliminar* o los títulos preliminares, en plural realmente, que vierten un *Titre préliminaire*, como por lo común tampoco en una sucesión de textos y más textos, de títulos preliminares y más títulos preliminares que seguirán modelando el original, pero es problemática

grato extenderle el ofrecimiento, como director de los *Quaderni Fiorentini*, al trabajo adulto. El debate del simposio le infundió aliento. Raquel Rico, Marta Lorente y Carmen Muñoz de Bustillo me prestaron ayuda. La parte americana no hubiera podido concebirla sin Magdalena Gómez.

⁽²⁾ Argumento la posición, ahorrándome ahora preámbulo, en el estudio preliminar a mi edición de Jean Louis DE LOLME, *Constitución de Inglaterra*, Madrid 1992, pp. 75-85, para materia que puede además aquí, como se verá, servir de contrapunto.

también que, si ponemos atención, no dejaremos de ver desde un primer momento ni de hallar incluso en algunas de las versiones también desde temprano. Por distracción de constitución precisamente, la historiografía del caso, que iré citando ⁽³⁾, no nota ni trata unos extremos fundamentales tanto para ayer como para hoy, tanto para un momento pasado como para el presente, también y sobre todo para un momento propio, el nuestro.

Adoptar la disposición del Código Francés sería un tránsito demasiado duro.

Florencio García Goyena, 1852

2. El *Titre préliminaire* del *Code civil*, el título preliminar del código todavía sin nombre propio, se aprueba el cinco de marzo de 1803 y está promulgado y publicado diez días después ⁽⁴⁾. El *Mercurio de España* de fecha de dicho mismo mes de marzo, aun distribuido realmente tras el verano, ya publica una traducción castellana, un *Título preliminar*. Esta revista entre mensual y quincenal, que es órgano oficial por dependiente de secretaría de despacho de la monarquía, comienza así, con toda diligencia, la traslación y publicación de una versión española del código francés ⁽⁵⁾. Se inicia el movimiento que hará del mismo el código civil por antonomasia o el código sin más por excelencia en razón no solamente de novedad, sino también y sobre todo de influencia. Comienza la importación del que podrá decirse, con conocimiento de causa,

⁽³⁾ Bibliografía registro en el capítulo sobre codificación de mi *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, pp. 61-128 (= *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 18, 1989, pp. 79-145), pudiendo ser ahora también en esto más específico y parco. Algún servicio han de rendir las referencias propias.

⁽⁴⁾ *Code Civil des Français. Édition originale et seule officielle*, París, año XII — 1804 (reprint 1982), indicando las sucesivas fechas de aprobación y promulgación a partir de la dicha del *Titre préliminaire*, 14 Ventoso del año XI (5 de marzo de 1803).

⁽⁵⁾ Raquel Rico, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico-Político*, pp. 272 y 292-301, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 265-338. En el *Mercurio de España*, que es el nombre del *Mercurio Histórico-Político* en estos años, la publicación del código proseguirá aun sin mantenerse el ritmo de la original.

« inmortal Código Napoleón, prototipo y modelo » (6). Comprobaremos todo esto: que merece el nombre propio por ser prototipo, por ser modelo y por ser, hasta hoy, inmortal. Ya digo que es todo un paradigma.

Así que tenemos no sólo un texto, sino todo un paradigma del derecho. El *Code*, su *Titre préliminaire*, lo define y el *Código*, su *Título preliminar*, lo recibe. El uno lo transmite y el otro lo retransmite. Lo tenemos en el mismo año de 1803 vertido al castellano. Está el título: *De la publicación, de los efectos, y de la aplicación de las leyes en general* (7). Y está el concepto. El epígrafe sólo habla de ley porque solamente de ley entiende. La noción del derecho que contiene se identifica en efecto con la ley. Es derecho de fuente única, la ley. La justicia consistirá en su aplicación, debiéndose siempre a ella, a la ley. Artículo cuarto: « El Juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delinquente de denegación de justicia ». La misma justicia, su jurisprudencia, no puede ser fuente. Lo es sólo la ley. Artículo quinto: « Se apercibe a los Jueces de terminar, por vía de disposición general o reglamentaria, sobre las causas que conocen », sin entrar para nada la previsión de que la jurisprudencia judicial pudiera trascender por otras vías. De hecho ni se nombra esta jurisprudencia. Toda esta consideración de la justicia no lo es de una fuente.

No se consideran tampoco otras fuentes aparte siempre de la ley. No hay mención de jurisprudencia no judicial ni, como fuente, de costumbre. Y no la hay por una misma razón, porque quedan igualmente descartadas. La ley rige en exclusiva. Y el primer párrafo del artículo primero, la primera disposición del código, ha dejado bien claro lo que se entiende por ley, una idea bien sencilla, el precepto promulgado por la autoridad política constituida: « La leyes son ejecutivas en todo el territorio Francés, en virtud de la promulgación que de ellas se hace por el primer Cónsul », sin

(6) Alejo GARCÍA MORENO, *Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 con la exposición de motivos, ley de introducción y disposiciones transitorias*, Madrid 1897, p. 5, presentando este otro. El conocimiento de causa lo constataremos.

(7) *Mercurio de España*, número indicado de marzo de 1803, pp. 280-281 en concreto.

expresión de ningún otro requerimiento de formación o acuerdo. Unos requisitos son de otra índole, para una ley ya formada. Son de seguridad.

El derecho es ley y el derecho, la ley, ha de ofrecer ante todo seguridad, una seguridad relativa: ser ley irretroactiva y ser ley hecha pública, con presunción de conocimiento tras su promulgación. Artículo segundo: « La ley sola (así, por sólo) dispone para lo futuro, y no tiene efecto retroactivo ». Parágrafo segundo e inicio del tercero del artículo primero: « Se ejecutarán (las leyes) en cualquiera parte de la República desde el instante en que se puede tener conocimiento de la promulgación. Se reputará conocida la promulgación » tras el transcurso de un tiempo de días a partir de la publicación central, única publicación necesaria.

La ley es el derecho; lo determina. Es así determinante de la libertad, de una libertad privada que el código admite. Artículo sexto: « No se podrán derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres », buenas costumbres y orden público que, si así no se entienden por encima de la ley, serán los que la ley hace o haga suyos. Ella misma determina el grado de su propia imposición y de consiguiente admisión de libertad, de una práctica de libertades. La mención de costumbre, de unas buenas costumbres, no lo ha sido de fuente.

La vigencia de la ley es territorial salvo en aquello que pueda directamente interesar a derechos de los individuos, en cuyo caso es personal. Parágrafo tercero del tercer artículo: « Las leyes concernientes al estado de la capacidad de las personas (así, por el estado y la capacidad) obligan a los Franceses, aunque residan en países extrajeros ». La declaración se hace sobre el supuesto especificado por el artículo séptimo, que ya es el primero sustantivo del código, primero de su primer libro, el de personas, y este supuesto es el de que los derechos dependen de las leyes, que quedan a su resulta, y no a la inversa ⁽⁸⁾.

El derecho se identifica con la ley o la ley en todo caso identifica siempre el derecho. Este mismo título preliminar es ley sobre la ley, derecho sobre el derecho, constitución sobre la constitución. Así se

(8) *Mercurio de España*, abril de 1803, p. 350.

ha recibido un título y así con él se recibe todo un paradigma, todo un concepto, todo un modelo, todo un prototipo, como justamente se nos ha dicho. Es una primera recepción que parece pacífica e incluso en momentos entusiasta. El mismo *Mercurio*, esta misma revista oficial, no deja de traducir discursos no sólo de presentación y motivación, sino también de valoración y exaltación del código: « lo más perfecto que se puede esperar de los hombres; lazo augusto e indiscutible que debe unir para siempre a los ciudadanos de la gran nación; pacto sagrado, salvaguarda de todos los derechos civiles », derechos individuales se entiende, unas libertades ⁽⁹⁾.

Es un encomio al que no parece afectar la entronización dicha de la ley como única fuente del derecho. El mismo código y con él la traducción no ha dejado de puntualizar que los derechos dependen de las leyes, que no concibe derecho alguno por encima de la disposición de la ley, pero esto, precisamente esto, esta dependencia política del orden jurídico, parece asumirse como expresión y garantía del propio derecho. En este sentido, como principio inspirador de la ley que así queda a disposición suya, la exaltación también es de los derechos, de las libertades. Una recepción tan temprana como favorable alcanza plenamente a estos conceptos fundamentales del código sobre el derecho.

La acogida no es tan positiva en toda la prensa oficial, en la que era dependencia política. También está la *Gaceta de Madrid*, periódico diario de mayor difusión que el *Mercurio*, la revista entre mensual y quincenal. Por estas fechas no es raro que repitan textos normativos, que la revista recoja los ya publicados por el periódico, pero éste no es el caso con el código. La *Gaceta* no lo ignora, pero tampoco procede a la noticia pacífica y aún menos exultante. También desde temprano se hace eco de la novedad, recogiendo y traduciendo pareceres y discursos más bien adversos, sobre todo respecto a materias que interesan entonces a religión como la de familia ⁽¹⁰⁾.

Tampoco es en todo caso la actitud más desfavorable. Dicha prensa oficial no había podido ignorar completamente unos acontecimientos revolucionarios ⁽¹¹⁾, pero había silenciado y así ningu-

⁽⁹⁾ *Mercurio de España*, julio de 1803, discurso de pp. 216-225, cita en p. 217.

⁽¹⁰⁾ R. RICO, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII*, p. 299 citada.

⁽¹¹⁾ M^a Dolores SAIZ (y M^a Cruz Seoane), *Historia del periodismo en España*,

nado una legislación revolucionaria, la que desde 1789 había cancelado en Francia todo el sistema jurídico anterior reduciendo el derecho a ley y allanando así la posibilidad del código, del título preliminar, del modelo, del prototipo. Ahora hay en cambio acogida y esta acogida oficial. Entre la exaltación y la polémica, el código llega. Llega ante todo su concepción del derecho.

Se encuentra ante una concepción tradicional que era de pluralidad de fuentes, la jurisprudencia y la costumbre junto a la ley e incluso potencialmente sobre ella, y que era también de concurrencia de la religión en el propio campo del derecho, en el terreno de las mismas fuentes, dentro tanto de la jurisprudencia como de la ley y como no menos de la costumbre. Era aún un sistema en el que no había cabida para un poder legislativo, para la ley como poder constitutivo⁽¹²⁾. Es cosa que haría el código difícil, si no imposible, aunque se recibiera así su idea. Y esto, todo esto, existía todavía en España, lo que no podía dejar de advertirse ni incluso cuando se contemplaba el panorama desde la posición parcial de la ley como capítulo *Preliminar*⁽¹³⁾, desde la perspectiva que, con mayor parcialidad, proyectándose composiciones posteriores, llegándose a perder la misma advertencia de una pluralidad de base y una carencia de raíz, se ha hecho en la historiografía lugar común⁽¹⁴⁾.

Estamos en España durante unos años en los que, dentro de dicho sistema de pluralidad de fuentes, quiere reforzarse la presencia y el papel de la ley bajo formas como ésta de un código con el interés correspondiente para un apoderamiento de la monarquía que la tiene a su disposición. Antes de la producción del modelo francés, del prototipo, esta posición no se figuraba la posibilidad de reducir el derecho a ley, a esta sola fuente. No era cosa ni siquiera imaginable antes de una revolución como la francesa que estaba en el origen del código, con anterioridad a alguna cancelación revolucionaria de la pluralidad

Madrid 1983, I, pp. 244-248; M^a Aurora ARAGON, *Traducciones de obras francesas en la Gaceta de Madrid en la Década Revolucionaria (1790-1799)*, Oviedo 1992.

(12) Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992.

(13) Ramón Lázaro DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público de España*, Madrid 1800-1803 (reprint 1974), vol. I, *Preliminares*, capítulos segundo y tercero.

(14) Grupo '77, dirigido por Miguel ARTOLA, *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid 1982; Isabel CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla y la Ley*, Madrid 1993.

de fuentes. Es cosa que ahora ya se tiene ante la vista y que puede utilizarse a favor de una posición no revolucionaria, de un proyecto monárquico de recomposición de las fuentes ⁽¹⁵⁾.

En este contexto, puede comprenderse la traducción y publicación oficiales, esta recepción primera. Podía asistir, si no a una reducción a la unidad, a alguna recomposición de la pluralidad a favor siempre de la ley. Públicamente, la puesta en vigor del código no se plantea, pero la propaganda se efectúa. No es lo mismo la promulgación francesa que la publicación española, pero ésta también era oficial.

Una recomposición de las fuentes no se produjo en España. La presencia del modelo no tuvo de momento mayor significación. A continuación, en 1805, lo que la monarquía española produce no es nada parecido a un código, sino una recopilación, la llamada Novísima, cuya promulgación, en lo que ahora nos importa, puede reafirmar su potestad legislativa, pero no alterar el sistema de fuentes. Título de fuentes como el preliminar francés, aunque fuera con otro contenido, la recopilación no lo tiene pues está lejos de ella plantearse, no ya una reducción a ley, sino ni siquiera una recomposición bajo ley ⁽¹⁶⁾. Esta recopilación nos interesará, no por sí misma, testimonio al fin y al cabo y además muy parcial del sistema constituido, sino por la impugnación que suscitará desde el punto de vista del código, por la conocida crítica de Francisco Martínez Marina. Lo veremos luego, porque la posición de este autor ya será expresiva de la problemática constitucional aún no planteada.

Por lo pronto el texto se recibe e incluso por partida doble. Ya se sabe que en las puntas de las bayonetas del ejército francés viene también, viene aquí por segunda vez. Código requerirá en 1808 la Constitución de Bayona, constitución napoleónica y de un derecho napoleónico para España ⁽¹⁷⁾. Y código circulará por los años de la presencia francesa no sólo en versión original, sino también en nueva

⁽¹⁵⁾ B. CLAVERO, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.

⁽¹⁶⁾ B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, pp. 53-64.

⁽¹⁷⁾ Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Bayona en Andalucía: El Estado Bonapartista en la Prefectura de Jerez*, Madrid 1991.

traducción, ahora completa y exenta. En 1809, entre Bayona y bayonetas, se publica la versión española de lo que ya tiene nombre propio, *Code Napoléon* traducido *Código Napoleón*, y que no es sólo así francés ⁽¹⁸⁾. Así se presenta: « El código civil era la ley particular de los franceses; hoy ha llegado a ser la ley común de los pueblos de una parte de Europa », *ley común*, ley que pretende sustituir al *derecho común* que es como se conocía el sistema anterior y el cual aquí, en esta presentación, es objeto de una completa descalificación. No se oculta el orgullo de que no exista por lo visto un sistema jurídico mejor que el encarnado en esta *ley*, que el representado por este código, por el *Código Napoleón*. Es un derecho de vocación realmente universal el que ahora tenemos reducido a ley y « traducido al castellano » ⁽¹⁹⁾.

Tenemos nuevamente su título preliminar: *De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación*. Tenemos de nuevo, en nueva y mejor traducción, sus artículos más expresivos de reducción del derecho a ley, el cuarto y el quinto: « El juez que se niegue a dar sentencia a pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como reo de denegación de justicia. Se prohíbe a los jueces fallar en las causas que se sujetan a su decisión por vía de disposición general y reglamentaria ». Y tenemos una nueva y distinta versión del párrafo inicial: « La leyes obligan en todo el territorio francés en virtud de la promulgación que de ellas hace el Emperador », ya no un cónsul. Tenemos así en primera línea una imagen de lo más monárquica de la fuente del derecho, de su fuente única, la ley. Puede el modelo realmente recibirse como tal. En España, en esta monarquía, se precisa un cuerpo legislativo y se debe « tomar por modelo de la obra el código Napoleón » ⁽²⁰⁾. He ahí el prototipo, modelo desde un principio.

3. Hay un reducto antinapoleónico en Cádiz, que se expandirá. Y fuera de control napoleónico también existe la América de

⁽¹⁸⁾ *Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Madrid 1809 y Valencia 1812.

⁽¹⁹⁾ *Gazeta de Sevilla*, 23 de noviembre de 1810, anunciándolo.

⁽²⁰⁾ *Discurso sobre la necesidad de una nueva legislación para todas las provincias españolas y sobre los medios de formarla por un Antiguo Magistrado*, Madrid 1810, p. 24.

imperio español, desde el Oregón hasta la Patagonia. Para este espacio comienza por querer producirse alternativas al *Código Napoleón* echándose mano de cosas como, por iniciativa americana, concretamente mexicana, la legislación del Haití independiente en lucha también contra Francia. Expresa una idea del derecho como ley y como costumbre, ley de carácter sustancialmente napoleónico y costumbre empero compatible, sin código que la impidiese y con constitución que la admite; durante unos primeros años no se recibe en Haití el *Code Napoléon* (21). Al propósito de nuestro caso, no es un material que resista la confrontación. A él además se recurre por su signo bélico y no por su entidad jurídica. Es una simple escaramuza en una lucha entre constitución y código más difícil de librar que la guerra bruta.

Empieza con pena y sin gloria. La constitución de 1812, la Constitución de Cádiz, requiere código. Es una constitución que ya de por sí, tras el modelo al que el *Código Napoleón* ha dado forma, reduce el derecho a ley, única fuente de la que hace previsión, pero que no la entroniza en cambio de un modo tan absoluto, pues a la misma ley la sujeta en principio al planteamiento de una primacía de derechos, de derechos individuales, que se entiende constitucional y que se quiere operativo (22). Unos requerimientos precisamente constitucionales, estrictamente tales, van a estorbar ahora la recepción del modelo que el título preliminar del *Código Napoleón* ofrece (23).

El proyecto de código civil que se prepara bajo la Constitución de Cádiz por el propio parlamento, la parte que se hace pública en

(21) Juan LOPEZ CANCELADA (traducción), *Código formado por los negros de la Isla de Santo Domingo de la parte francesa hoy estado de Haytí*, Cádiz 1810, constitución de 1807, artículos décimo cuarto, para la ley como disposición del poder constituido, y cuadragésimo segundo, para la costumbre como parte del derecho junto a la ley.

(22) Marta LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1988; Clara ALVAREZ, *El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 283-350.

(23) Para sucesivas referencias constitucionales españolas puede convenir que remita, pues mira a estos extremos, a mi *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid 1989.

1821⁽²⁴⁾, no deja de presentar un título preliminar *De las leyes* conforme al modelo napoleónico, pero no en conformidad con el mismo. Sirve la idea, pero no el contenido. Su presentación ya es distinta, con una división en cuatro capítulos: *De la naturaleza de la ley y de sus emanaciones*, *De la formación de las leyes*, *De la expedición, circulación y promulgación de las leyes* y *De la observancia de las leyes*. Y la diferencia se acentúa con el articulado. Los tres primeros capítulos nos ofrecen una especie de reglamento del procedimiento legislativo que ante todo incide en la formación parlamentaria de la ley, en este requerimiento constitucional ausente del texto napoleónico.

Todavía hay más. Tras el título preliminar, allí donde el modelo manifestaba que los derechos dependen de las leyes, aquí venimos a entrar, con una parte primera *De los derechos y de las obligaciones individuales*, un libro primero *De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general* y un título primero *De la naturaleza de los derechos y las obligaciones*, en una especie de declaración de derechos, este otro requerimiento constitucional que subordina la fuente única, la ley, a un principio, no de poder monárquico, sino de derecho ciudadano, de derechos ante todo individuales, fuente entonces de la fuente.

Pues la fuente inmediata es única. Sigue siéndolo. Porque la concepción de los derechos esté presente, el concepto del derecho no deja de ser el legislativo. En el mismo título preliminar, en su capítulo cuarto y último, encontramos dicho mismo concepto con expresiones que comienzan a mirar y aprovechar el texto napoleónico acogiendo e incluso reforzando su planteamiento⁽²⁵⁾. Así, como refuerzo, hay cuidado por negar expresamente la costumbre ante ley. Artículo trigésimo: « Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios ». Así comienzan a formularse explícitamente reglas entendidas en el modelo francés,

⁽²⁴⁾ Juan Francisco LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, Madrid s.f. (desde 1970), vol. IV, *Codificación Civil*, tomo 2, Textos, texto I, que incluye también en su caso, como éste, las exposiciones de motivos o preámbulos explicatorios que, sin repetición de notas, aprovecho y cito.

⁽²⁵⁾ Mariano PESET, *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821*, pp. 41-50, en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp. 29-100.

principios que allí no necesitaban la especificación, con el fin de reforzar los flancos de la ley y no con otra finalidad.

Un primer refuerzo se entendía necesario por el mismo reconocimiento tradicional precisamente de la costumbre como fuente. « ¿Puede haber un axioma más pernicioso en legislación? », era el interrogante retórico, con su respuesta entendida, del discurso preliminar o exposición de motivos de este proyecto. Para cargarse de razón añadía que la ley y sólo « la ley es el origen de todos nuestros derechos », que otra cosa no cabe. Mas algo también se concedía. « Tal vez merecerán conservarse y generalizarse varios usos y costumbres, por las que se gobiernan en algunas provincias ciertas clases de intereses », pero sólo se admite un procedimiento para ello: « el legislador debe sancionarlas y fijar sus límites con precisión ». Otra no hay para el concepto del derecho propio del código.

Con este concepto del derecho y todo, estamos ante un repudio constitucional del título preliminar del *Código Napoleón*, su primer rechazo aquí de esta índole. No se le utiliza en una parte fundamental por la razón más sustantiva de que quiere plantearse el derecho, un derecho que se identifique con ley, sobre aquellos supuestos constitucionales expresos de inspiración de derechos y procedimiento de parlamento. Mas será un rechazo ya éste primero, aparte de problemático, frustrado. Estamos ante un proyecto que se frustra desde su propio planteamiento dado que, bajo las premisas legislativas del texto constitucional, no sabe progresar en dicha línea más propiamente tal, en una dirección sustantivamente y procedimentalmente constitucional. Queda en proyecto incompleto. No habrá todavía código propio. No lo habrá de dicho planteamiento de derechos y parlamento. El texto napoleónico, texto coherente y completo, seguirá siendo el modelo. Puede seguir siéndolo en el mismo campo constitucional de la generación gaditana.

Significativo es el caso mencionado de Martínez Marina, quien había recibido la recopilación de 1805 con los improperios más peyorativos: « vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas, edificio monstruoso compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables, hacinamiento de leyes antiguas y modernas publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares y

truncadas de sus originales » (26). Adviniendo acto seguido la experiencia de una libertad de expresión con la Constitución de Cádiz, la descalificación podrá extenderse de las cuestiones de forma a las de contenido. Ahora se acusan cosas como la manipulación que había suprimido de la recopilación unas normas tradicionales de participación a través de cortes que, ante un horizonte precisamente constitucional, pudieran resultar incómodas como mínimo para la monarquía (27). No parece que así entremos en la órbita del modelo napoleónico, pero llegaremos a ella. Llega Martínez Marina (28).

Llega porque, en un periodo de nuevo no constitucional, abolida la libertad de expresión como otras libertades, suprimidos los derechos, Martínez Marina es acusado de injurias por su crítica a la recopilación y procede a defenderse (29). Pasamos de unos años de libertad a otros de censura (30). Ahora es cuando redacta como escrito de defensa Martínez Marina un pormenorizado *juicio crítico* de la recopilación que, con las dificultades propias de la carencia de derecho y del riesgo de condena, intenta ofrecer alguna idea del código como alternativa (31). Entre los códigos existentes, se atreve a decir que, aunque ninguno es perfecto, el francés « se aventaja a todos » (32). La ventaja no se explica. O no se hace expresamente. Pero de hecho, a lo largo de este enjuiciamiento en toda regla del

(26) FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, ed. Biblioteca de Autores Españoles, vol. 194, Madrid 1966, pp. 1-354, parágrafo XI.12.

(27) F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, ed. José Manuel Pérez Prendes, Madrid 1979, *Discurso Preliminar*, par. 98.

(28) B. CLAVERO, *Der Code Napoléon und die Konzeption des Rechts in Spanien*, en Reiner Schulze (ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlín 1994, de donde parto, de Martínez Marina, y a donde retorno.

(29) FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Martínez Marina, historiador del derecho*, Madrid 1991, cap. 8.

(30) F. TOMAS Y VALIENTE, *Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34, 1964, pp. 417-462; Alicia FIESTAS, *La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español*, en el mismo *Anuario*, 59, 1989, pp. 351-490.

(31) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, ed. Biblioteca de Autores Españoles, mismo volumen CXCIV, pp. 355-480, *Introducción*.

(32) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico*, par. I.5.

contramodelo propio, no dejan de asomar unas razones para dicha preferencia.

En un capítulo dedicado a normas que se desean y no se tienen, «leyes omitidas y que se echan de menos en la Novísima Recopilación», se hace referencia a unas básicas, a unas leyes sobre leyes y así leyes superiores. Serían aquéllas que fijasen unos requisitos de seguridad como la publicidad y la irretroactividad demostrándose capaces de sujetar la justicia a sus criterios⁽³³⁾. No se menciona ya el modelo, pero se encuentra presente. Opera. Lo que está exponiéndose y encareciéndose es realmente el título preliminar del *Código Napoleón*, esta ley sobre la ley, este derecho sobre el derecho, este verdadero fundamento de todo un sistema jurídico sobre la base de la identificación más completa entre el uno y la otra, entre el derecho y la ley. Es así sustancialmente esto, el título napoleónico, lo que ahora se defiende y reclama.

Pero no olvidemos las circunstancias, por lo que pudieran pesar. El *juicio crítico* de Martínez Marina no es defensa que se produzca en momento constitucional, en un momento de libertad. Respecto al concepto de derecho del *Código Napoleón* puede haber un fondo de desacuerdo que aquí no se manifiesta. No todo se dice ahora. Frente a la situación dada de compilación arbitraria y composición monstruosa del ordenamiento, sabe valorarse la fijación normativa de la codificación napoleónica. Mas ante un horizonte de carácter constitucional, en estas diversas circunstancias, puede haber en cambio otras exigencias. Son las que entonces, en situación no constitucional, se silencian.

Una exigencia ya se ha puesto de manifiesto, la que se refiere a la institución de las cortes o al procedimiento parlamentario en la confección de las leyes. Es un requisito que no está en el *Código Napoleón*, que tampoco podía defenderse en la época del *juicio crítico*, pero que Martínez Marina había hecho suyo. Otra exigencia se encontraba con las mismas dificultades de ignorancia por el código francés e indefensión bajo la recopilación española, mas fue también conocida y propugnada por parte de dicho autor, del mismo Martínez Marina. Me refiero a la noción de unos derechos o

⁽³³⁾ F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico*, par. X.5-8.

libertades individuales como categoría superior a la de ley, como requerimiento sustantivo que así se sumaba e incluso anteponeía al procedimental. En texto ulterior que miraba al horizonte constitucional, no destinado a hacerse público en otro momento, en sus *principios naturales de la legislación*, Martínez Marina no dejará de adoptar y defender esta posición de los derechos incompatible con la idea del derecho de la codificación. Deben ser sus principios y no sus resultantes, unos principios constitucionales los derechos que se dicen naturales en este sentido de no quedar a la disposición del legislador, de poder ninguno ⁽³⁴⁾.

La preferencia por el *Código Napoleón* sigue siendo cosa de fase no constitucional. Puede serlo no sólo para la posición monárquica que refuerza un poder legislativo dentro de un sistema de pluralidad de fuentes, sino así también para una perspectiva no constitucional, todavía no constitucional, que encuentra en el código, con su régimen de unicidad, unas garantías de seguridad muy superiores a estas alturas a las de dicho otro sistema. Llegado el momento constitucional, abierto este horizonte, las cuestiones son otras: la primacía de los derechos y el carácter parlamentario de la ley, de esta fuente del derecho. El título preliminar del *Código Napoleón* parece quedar entonces fuera de juego.

4. Pero no ocurrirá esto, no parecerá que se incurra en ello, en dicho penalty, cuando se reanude definitivamente la historia constitucional. No se correrá esta suerte ⁽³⁵⁾. La reanudación también se produce anticipándose la idea codificadora a la realidad constitucional. Desde 1834, antes de que un horizonte de constitución se defina, la codificación conoce impulso oficial, esto es, decidido y sostenido por gobierno. Ahora nos encontramos con unos textos que se distinguen como proyectos oficiales por dicha razón de dependencia gubernamental, no porque se formen por el parlamento ni tampoco porque se formalicen ante él. En rigor no lo son,

⁽³⁴⁾ F. MARTÍNEZ MARINA, *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, ed. Joaquín Varela Suanzes, Oviedo 1993.

⁽³⁵⁾ Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien*, en Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, *Das 19. Jahrhundert*, I, Munich 1982, pp. 397-686.

no llegan a alcanzar la condición de proyectos de ley, proyectos de código, pero, con las debidas advertencias, mantenemos la denominación que, con este relajamiento constitucional, se les aplicara. Les prestamos así atención.

En 1836 ya se tiene un proyecto de código civil oficial en dicho sentido ⁽³⁶⁾. Su título preliminar, *De las leyes, de su promulgación, objeto y observancia*, adopta y adapta el modelo napoleónico reforzando la identificación exclusiva de la ley con el derecho. Aparte de lo que se traduce, de lo que vuelve a traducirse, siguen produciéndose añadidos que refuerzan unos flancos. Artículo séptimo: « La ignorancia de la ley promulgada a nadie exime de cumplir lo que en la misma se prescribe ». Es principio importante para la explicación preliminar o exposición de motivos, con su atención consiguiente a la publicación de la ley. No muestra en cambio preocupación ninguna por la formación de la misma. La cuestión parlamentaria que preocupaba y ocupaba al primer proyecto, se ignora por el texto y no se nombra por la explicación. Desaparece de la agenda de la codificación.

Sigue constituyendo modelo, verdadero prototipo, el título preliminar napoleónico ⁽³⁷⁾. Puede seguir adoptándose y mejorándose con accesorios, intentando hacerse. Un medio constitucional menos exigente no plantea ahora problemas, los problemas sustantivo de derechos y procedimental de parlamento que son los que, por constitucionales, aquí nos interesan, pero el proyecto aún queda en eso, en proyecto. Tendremos indicios de que también operan resistencias no constitucionales, pero no nos detendremos en ello. Aquí nos importa, no la historia que ya es pasado, sino la que es todavía presente.

Se seguirá con el intento. Más relevancia tendrá el siguiente proyecto oficial en el sentido dicho, el de 1851 ⁽³⁸⁾, aunque su promulgación también se frustre ⁽³⁹⁾. Resultará bastante influyente

⁽³⁶⁾ J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, IV-2, texto III.

⁽³⁷⁾ *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*, Barcelona 1839-1842, I, pp. 9-29, con la partícula.

⁽³⁸⁾ J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, IV-2, texto IV.

⁽³⁹⁾ Pablo SALVADOR CODERCH, *El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho*

por cuanto que se publica y difunde con un aparato de *Concordancias, motivos y comentarios* debido a su autor principal ⁽⁴⁰⁾. Y veremos que posteriormente, en 1888, se adoptará como base del código definitivo. También estará más presente en América, como igualmente comprobaremos, el proyecto de 1851 que el código de 1888. Representa así el primero, este texto de mediados de siglo, una especie de prototipo español o, dicho mejor, un deuterotipo a otra escala, pues no deja de constituir una versión del modelo napoleónico, de este único prototipo.

Este proyecto ofrece título preliminar *De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación*. Está efectivamente en la línea del modelo con mejoras. Artículo duodécimo: « El juez que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad ». Artículo décimo tercero: « Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria », sin hacerse por el proyecto, por el texto, previsión tampoco de que la jurisprudencia judicial pudiera trascender del caso estricto por otras vías.

No faltan en este proyecto tampoco accesorios, tanto el de la presunción absoluta de conocimiento del derecho como aquél otro del descarte explícito de la costumbre en consideración siempre de ley. Artículo segundo: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa ». Artículo quinto: « Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas o universales que sean ».

La costumbre debía seguramente preocupar, seguir preocupando, porque luego el mismo proyecto particularmente la incluye en una *disposición final* de carácter derogatorio de lo más general. Artículo mil novecientos noventa y dos: « Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no

civil catalán, en su *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona 1985, pp. 7-133.

⁽⁴⁰⁾ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid 1852 (reprint 1974).

tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código ». Una libertad privada, que sigue siempre cabiendo en el código aunque unos títulos preliminares ahora no lo reflejen, no podrá ir contra dicha derogación. Artículo mil doscientos treinta y siete: « No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros y costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino ». Son costumbres que se entenderán inexistentes, que se quedarán sin identidad, por virtud de la promulgación del código, misma que no llegará.

La posición sobre la costumbre parece cerrarse incluso respecto a un planteamiento primero, el de 1821, si no al del proyecto, al de su exposición de motivos como hemos visto. Pero más contrasta otra diferencia. En 1851 como en 1836, falta lo que, por constitucional, quiso añadirse en dicho primer momento: la premisa de derechos y la forma de parlamento. En este proyecto, en su texto estricto, no hay mención de nada de esto. Las *concordancias, motivos y comentarios* se refieren a lo segundo, al asunto del procedimiento legislativo, pero precisamente para remitirlo a la constitución y entender con ello aseguradas las posiciones del código respecto a la primacía de la ley y a la sujeción de la justicia. Lo importante es que ésta atienda a ley y no a costumbre.

Si falla la primera, la ley, los comentarios, más locuaces que el texto, le cierran el camino a la segunda, a la costumbre: « La religión y conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preveerlos »; también se añade que suplen « la equidad » y « la razón o justicia natural », significándose con todo ello lo mismo, religión se entiende que católica y conciencia no cualquiera, sino ilustrada. Son indicaciones que aparecen con una función supletoria, pero que, por su propio carácter de principios, son de mayor alcance. En medios de dicha religión y en país incluso confesional según la constitución de entonces, la invocación de conciencia conforme a educación y con dicha precedencia religiosa conduce efectivamente a unos principios, pero que no son precisamente los de derechos, los constitucionales más sustantivos que nos interesan. La católica era entonces una religión que tendía

fuertemente a superponerse y sobreordenarse no sólo a ley, sino también y más aún a derechos ⁽⁴¹⁾.

El código no puede cubrirlo todo ni la justicia puede limitarse a una aplicación mecánica. Tal cosa se reputa imposible: « Se pretende que los legisladores sean dioses, y no se quiere conceder a los jueces que sean simplemente hombres ». Por parte de los comentarios, no del texto, se le ofrece así cabida concretamente a la jurisprudencia dentro de unos principios literalmente napoleónicos ⁽⁴²⁾. Pese al propio tenor del proyecto, hay así no sólo leyes, ordenamiento legislativo, sino también principios, doctrina jurídica, aunque no parecen ser los mismos principios, la misma doctrina, que se exponía en un primer momento constitucional, la que vimos en Martínez Marina. Sin compromiso de derechos, sin tal engorro constitucional, casa mejor esto otro con la codificación.

No sólo se tiene a estas alturas el *Código Napoleón*. Las referencias a otros códigos ayudan, a veces por activa, como, para los recursos más o menos supletorios, las que se hacen a los casos concordantes de Austria y de Cerdeña, a veces por pasiva, como, para el descarte resuelto de la costumbre, la que mira a un caso discordante: « El artículo 3 de la Luisiana admite espresamente la costumbre ». Las *concordancias, motivos y comentarios*, todo este aparato, excogitan, exponen y explican que no estamos ante invenciones o caprichos españoles, que todo está comparativa e históricamente muy fundado. Otros códigos ya estarían aportando las mejoras.

Estamos ante un cuerpo de autoridades a tales efectos codificatorios que viene facilitada a estas alturas, desde 1840, por la obra de *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon* de Anthoine de Saint Joseph, pronto, desde 1843, traducida, ampliada, editada y difundida en castellano, *Concordancia entre el Código civil*

⁽⁴¹⁾ LUÍS CRESPO DE MIGUEL, *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto de Código civil español de 1851*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 94, 1987, pp. 653-728.

⁽⁴²⁾ Todas estas citas de F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, pertenecen al aparato del artículo duodécimo, el cual, como ha podido apreciarse, vierte sin más el cuarto francés.

francés y los Códigos civiles extranjeros (43). Ha presentado nueva traducción del código francés con su título preliminar en cabeza, *De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación*. Y ha aportado algo más.

El *Código Napoleón* aquí aparece rodeado de toda una cohorte de otros códigos y otros títulos preliminares que no son siempre criaturas suyas, pero que así le flanquean como satélites y así le coronan con toda una constelación de accesorios opcionales. Un principio como el de que no cabe alegar ignorancia de la ley está explícito en los códigos de Austria, de 1811, de la Luisiana, de 1825, y en los cantonales suizos recogidos, de entre los años veinte y treinta, salvo en el más temprano de Vaud, de 1819, mientras que el de Prusia, de 1794, y el de Baviera, procedente de 1756 con reformas aquí hasta 1837, admiten la alegación con alguna reserva. Modulaciones también se ve que resultan concebibles respecto a la posibilidad de admisión condicionada, junto a ley, de otras fuentes, tanto costumbre como jurisprudencia, sobre todo porque hay códigos, como los dos últimos mencionados, que se plantean todavía dentro del sistema preconstitucional de pluralidad y cuyas disposiciones de fuentes no son títulos preliminares. Vienen a serlo al entrar en la constelación del astro rey *Napoléon*, de esta fuente de luz que convierte así a la misma competencia en espejos de su fuerza y agentes de su mercado. Todos los textos son *Napoleónidos* en cuanto que entran en la órbita.

No voy a detenerme en todos y cada uno de los títulos preliminares que, en parte completos y en parte resumidos, entran así de golpe en castellano, pero convendrá que reparemos en detalles de algunos textos por lo que han podido y por lo que puedan más particularmente interesar, por activa o por pasiva, a nuestro caso.

(43) Fermín VERLANGA HUERTA Y JOSE MUÑOZ MIRANDA (traducción), *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros. Obra que contiene el texto de los códigos: francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, sardo, del cantón de Vaud, holandés, bávaro, austriaco, prusiano, sueco, de Berna, de Baden, de Fribourgo, de Argovia, de Haití. Y las leyes hipotecarias de Suecia, Wurtemberg, Génova, Friburgo, Saint Gall y Grecia*, Madrid 1843, 1845, 1847 y 1852, indicando sobre la procedencia sólo que es obra « traducida del francés » y con tal título español por el que no parece sino que el código civil francés ya es propio, no extranjero. Génova es Ginebra.

Veamos así los primeramente citados, el de Austria, el de Cerdeña y el de Luisiana.

El código austriaco, esta versión castellana, presenta una *Introducción* que es título preliminar *De las leyes, de sus efectos y de su publicación*. Contiene en efecto, además de dicho principio de inexcusabilidad de la ignorancia de ley (artículo tercero), la previsión de su defecto y añadidos consiguientes. Artículo séptimo: « Si la ley no fuese aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración las razones análogas y los motivos, y en su defecto, los principios del derecho natural y las circunstancias ». Artículo décimo: « Las costumbres no obligarán sino en los casos que la ley se refiere a ellas », o también por confirmación particular del soberano (artículo undécimo).

El código sardo, esta traducción, cuenta con un *Título preliminar* sin otro epígrafe. Comienza por unas declaraciones de confesionalidad católica, aun con tolerancia de otras religiones. Prosigue con atribución de poder. Artículo cuarto: « El poder legislativo reside solamente en el rey ». Es proclamación seguida de un sumario reglamento legislativo que no hace mención alguna de parlamento. Existen también en efecto otras previsiones. Artículo décimo quinto: « Si no se pudiese fallar un pleito por el testo ni por el espíritu de la ley, se habrá de atender a lo que en casos parecidos dispongan otras leyes, y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas. Si a pesar de todo la cuestión quedare dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, teniéndose en consideración todas las circunstancias del hecho ». Artículo décimo sexto: « El derecho de interpretar la ley de una manera generalmente obligada, reside solamente en el Rey. Cuando los tribunales supremos consideren necesaria esta interpretación, podrán dirigirse al Soberano manifestándole las razones que crean oportunas ». Artículo décimo séptimo: « Los fallos o sentencias de los tribunales no tendrán nunca fuerza de ley ».

El título preliminar de Luisiana, de este estado de los Estados Unidos, es el más desarrollado: *De las definiciones generales del derecho y de la promulgación de las leyes*. Presenta en efecto la singularidad de admisión de la costumbre como fuente sin sujeción directa a ley o a poder equivalente. Artículo tercero: « La costumbre procede de una serie de actos constantemente repetidos, por cuya

repetición y diferencia (así, por obediencia) continua, adquiere fuerza de un consentimiento tácito y común ». Su valor frente a ley no parece tan seguro pues se registra luego el principio de inexcusabilidad de su ignorancia (artículo séptimo). Un desenvolvimiento ulterior, en el que originalmente aparecen entre ley y costumbre, en este contexto, otras fuentes como la equidad, el derecho natural y la razón (artículo vigésimo primero), aquí se sustrae pues los artículos décimo tercero a vigésimo tercero se reducen a esto: « Versan sobre la aplicación, interpretación y derogación de las leyes, y sobre los principios que ha sido preciso esplanar a un pueblo, nuevo en la carrera de la legislación ». En un panorama regido por el astro napoleónico, tal cosa parecería tanta apertura de fuentes.

Con sustracciones y todo, la *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros* ofrece una buena panoplia. Con ella a mano, los proyectos españoles, aunque no siempre sus explicaciones, han comenzado a decantarse hacia la modalidad de unidad de fuente a ultranza. El *Código Napoleón* puede ser todavía el modelo, siempre el prototipo. No dejará de serlo. Es el que seguirá mereciendo traducción propia y edición exenta.

Por estos años, a mediados de siglo, tenemos otra versión al castellano, con su título preliminar de entrada, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* (44). Del parágrafo primero ya tenemos otra versión: « Las leyes obligan en todo el territorio francés en virtud de la promulgación que de ellas hace el Rey » o « son obligatorias » por dicha razón de promulgación por parte ahora del Rey (45). Es una actualización cuya recepción también aquí sirve: la fuerza de ley la confiere, no ya el Consul o el Emperador, sino el Rey, en el caso español entonces una Reina. Sirve todo el título, hasta esto. Puede que sea ahora cuando realmente lo hace pese a la misma inexistencia de código propio, pues no falta desde luego de proyectos (46).

(44) Pío LABORDA Y GALINDO (traducción y notas), *Código Civil Francés*, Madrid 1850.

(45) F. VERLANGA HUERTA Y J. MUÑOZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, y P. LABORDA Y GALINDO, *Código Civil Francés*, artículo primero, con dicha sola variante ya nimia de traducción en este inicio.

(46) Para referencias de privados o no oficiales en sentido alguno, de los que aquí

Un código civil sigue aquí sin promulgarse en ninguna de sus versiones. Ningún título preliminar se pone en vigor. Pero el concepto se aplica. Una idea del derecho ha entrado definitivamente en juego. Por estos años, unos textos constitucionales siguen sin concebir otra fuente del derecho que no sea la ley dejando además decaer el requerimiento sustantivo de una primacía de los derechos y dejando ulteriormente relajarse el requerimiento procedimental de una formación parlamentaria. La misma constitución permite estas cosas. Si el código civil no llega, ya no será porque se le interpongan estos obstáculos constitucionales. Aquí nos importa entonces que no llegue.

Que esto ocurra, que el programa de codificación no se cumpla, también implica que no pueda llegar formalmente todavía el título preliminar, que no llegue así a entronizarse la identidad entre derecho y ley, esta forma de concepción política. Pero ya está practicándose este tipo de legislación que se identifica con el derecho. En esto ya se ha producido un arranque definitivo (47). Y las constituciones, unos textos que se suceden, están también promocionando la imagen de un derecho identificado con ley, única fuente que miran.

Mas aun con la imagen constitucional de que no hay otro derecho, de que el derecho es la ley, y mas aun operando realmente este concepto, legislándose bajo el entendimiento de que no hay derecho ni derechos sobre la ley, por encima de su determinación política, aun con todo esto, en estas condiciones de carencia de un título de fuentes, pueden subsistir a la vera suya y en detrimento suyo, potencialmente todavía incluso sobre ella, sobre la ley, tanto la jurisprudencia como la costumbre (48), una costumbre más bien desentendida y una jurisprudencia más que suplente con religión católica y conciencia ilustrada, como nos decía el comentarista del

no creo preciso tratar, Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía Española Contemporánea del Derecho y de la Política (1800-1896)*. *Guía de los Juristas y Políticos*, Madrid 1883-1897, I, nn. 2096-2101.

(47) F. TOMAS Y VALIENTE, *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, 34, Madrid 1981, págs. 257-329

(48) B. CLAVERO, *El método entre infieles o el código en España*, pp. 296-303, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 20, 1991, pp. 271-317.

proyecto de 1851, principal testigo y principal texto de estos años, testigo y texto también de otros tiempos venideros, como hemos dicho y veremos.

5. La cuestión sigue abierta. La codificación se replantea en 1869 por virtud de una constitución que sigue sin concebir otro derecho que la ley, pero que antepone resueltamente como premisa los derechos. Esto vuelve a complicar las cosas y un proyecto oficial del mismo año, una parte primera que se realiza y hace pública, lo acusa ⁽⁴⁹⁾. Su exposición de motivos, con dirección al parlamento pues este texto se formalizó como proyecto, asume premisa y justifica posición. El código, esta parte precisamente de personas, se presenta como derecho de derechos, derecho común de derechos individuales, « derechos naturales del hombre », subrayándose que así se comunica y extiende el planteamiento constitucional, que de este modo se supera la escisión existente entre « unas doctrinas de derecho público » que postulan libertades y una « vida civil » que las desconoce. Pero no se concibe otro medio de establecimiento de estos derechos que « su determinación por la ley ». Se explica que ello es necesario para que las propias libertades se sujeten a una naturaleza social, básicamente familiar, que sólo las permite con discernimientos y limitaciones. La ley no está así tanto para realizar y garantizar como para reducir y controlar los derechos. *Napoleón* ha vuelto. O no se ha ido.

Pese así a su propia premisa constitucional, el título preliminar de este proyecto de 1869 puede presentar un tenor napoleónico desde su propio epígrafe, *De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*. Contiene modalidad reforzada de identidad entre derecho y ley. Artículo noveno: « El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en el código penal. Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ».

⁽⁴⁹⁾ J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, IV-2, texto V, incluyendo, como ya he dicho, preámbulo explicativo, que sigo ahora aprovechando.

Habiéndose hablado de « derechos naturales » en la justificación y hablándose ahora en el texto de « derecho natural », puede que todavía estemos ante algún punto de novedad. Enseguida lo apreciaremos. De momento lo que vemos es el concepto napoleónico. El título quedará nuevamente en proyecto, aunque un derecho de personas, sin forma de código, llegará a promulgarse durante estos años ⁽⁵⁰⁾. Fue un derecho plenamente identificado, no con derechos, sino con ley.

El asomo de novedad tiene su procedencia, que no es sólo la más remota de una primera época de códigos ⁽⁵¹⁾, sino también una muy próxima en el tiempo y no menos vecina en el espacio. Es la fuente significativa. Me refero al código civil de Portugal que, con unos planteamientos precisamente de derechos, acababa de promulgarse en 1867 ⁽⁵²⁾. Es un caso que, por consideración de los mismos, ha procedido nada menos que a la supresión del título preliminar. Comienza por un título sustantivo sobre la capacidad de las personas en el que se registra dicho principio de derechos ⁽⁵³⁾. En 1868 ya estaba traducida y publicada esta parte del código próximo y vecino con una presentación que resalta precisamente dicho extremo ⁽⁵⁴⁾.

Aquí, en este prólogo, se razona que, habiendo estado los derechos a disposición de unas leyes volubles como las propias

⁽⁵⁰⁾ Diego ESPÍN CANOVAS, *La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874*, en *Revista de Occidente*, 163, 1969, pp. 117-138; LUÍS DíEZ PICAZO, *El derecho de personas y el derecho de familia en la legislación de 1870*, en sus *Estudios de Derecho Privado*, Madrid 1980, págs. 17-34; Roberto ROLDAN, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870*, Granada 1980.

⁽⁵¹⁾ Gian Savino PENE VIDARI, *Nota sull'« analogia iuris ». L'art. 15 del tit. prel. C.c. Albertino e la sua formazione*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 50, 1977, pp. 342-355; Gino GORLA, *I precedenti storici del art. 12 disp. prel. cod. civ.*, en su *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán 1981, pp. 443-469; P. SALVADOR CODERCH, *El « casus dubius » en los Códigos de la Ilustración germánica*, en *La Compilación y su historia*, pp. 431-445.

⁽⁵²⁾ Mário Reis MARQUES, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, Coimbra 1987, pp. 227-232.

⁽⁵³⁾ *Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867. Edição official*, Lisboa 1867, Parte I, *Da capacidade civil*, Livro unico, Título I, *Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral*.

⁽⁵⁴⁾ Patricio DE LA ESCOSURA (traducción y prólogo) e Isidro AUTRAN (notas y concordancias), *Código Civil Portugués*, I y único, Madrid 1868.

constituciones, « el Código civil portugués ha obviado, por vez primera, que nosotros sepamos, este gravísimo inconveniente, sentando como base de sus doctrinas que solo el hombre es capaz de derechos y obligaciones (y) que aquéllos y éstas proceden en primer lugar de la propia naturaleza humana »⁽⁵⁵⁾. Es el contexto en el que puede entenderse un pronunciamiento sobre fuentes incluido en dicho título primero ya sustantivo, *De la capacidad civil, y de la ley que la regula, en general*, y planteado, como el epígrafe acusa, sobre el supuesto de identificación, no entre derechos y derecho, sino entre derecho y ley. Aunque pueda con esto chocar, creo que puede entenderse.

Es el artículo décimo sexto, que así reza en la traducción: « Cuando las cuestiones sobre derechos y obligaciones no puedan resolverse por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por analogía con casos previstos en otras leyes, serán decididas según los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ». Pueden ser unos principios, éstos que se dicen de derecho natural, identificables con derechos en su sentido subjetivo, derechos así naturales en cuanto que previos a las mismas leyes. Son derechos individuales que el mismo código registra. Era en esto un planteamiento sin precedentes entre códigos promulgados. Con todo ello, y aun pesando así también siempre la ecuación de derecho y ley más propia de la codificación, puede sobre todo comprenderse que no se le de cabida al título preliminar en el diseño de acuñación portuguesa.

El caso español ha sido distinto no sólo por quedar en proyecto. Recuérdesse la forma como unas previsiones aparecían en 1869: « El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en el código penal. Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso ». Combina la fórmula portuguesa de modo que se produce un efecto de pérdida. En el contexto visto de un título preliminar, el primer párrafo puede conservar el alcance del

⁽⁵⁵⁾ P. DE LA ESCOSURA, *Prológo del traductor*, p. XXIX, en el citado *Código Civil Portugués*, pp. III-XLI.

modelo francés mientras que el segundo no puede cobrar el sentido del original portugués.

El modelo sigue siendo el francés, el *Código Napoleón*, pese a derechos, a pesar así de constitución. Frustrado el nuevo intento, otra oleada de recepción, una gran ola, se produce ahora. Comienza con una *Colección de Códigos Europeos*, reeditada en parte, abriendo radio, como *Colección de Códigos Europeos y Americanos* ⁽⁵⁶⁾, la cual se inicia con otra traducción del código francés, con su correspondiente título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* ⁽⁵⁷⁾. Añade notas que, en nuestro punto, confunde significativamente el caso portugués de un principio de primacía de derechos con otros anteriores que flexibilizaban por razones diversas el canon de unidad de fuente o que completaban la ley con costumbre o jurisprudencia sin un horizonte constitucional como advertimos ⁽⁵⁸⁾. Las obras vistas de *Concordancias*, aunque ya no reeditadas por estos años, pueden seguir rindiendo servicios de derecho comparado y confundido.

El volumen segundo de dicha *Colección de Códigos* lo constituye el italiano ⁽⁵⁹⁾, de 1865 ⁽⁶⁰⁾. Unas *Disposiciones sobre la publicación*,

⁽⁵⁶⁾ Tenía un ambicioso programa que no se cumplirá. Su anuncio, que va en los volúmenes editados, explica que la colección se dividiría en grupos y éstos en secciones. El primer grupo sería específicamente el de códigos; uno segundo publicaría compilaciones de países donde todavía no se había codificado; uno tercero de aquéllos en los que no estaba a la vista la codificación, yendo así la colección desde Rusia hasta Estados Unidos. En cada grupo, una primera sección sería civil; una segunda, penal y mercantil; una tercera, política y administrativa, incluyéndose constituciones; una cuarta y última, procesal. Los volúmenes no aparecen seriados, sino con indicación tan sólo de grupo y sección.

⁽⁵⁷⁾ ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, *Código Civil Francés comentado, concordado y anotado con las legislaciones vigentes de España, Portugal, Italia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Bolivia y Luisiana*, Madrid 1876, con el primer título de la colección, y, con el segundo, 1881, introducción de Estanislao FIGUERAS. En los volúmenes de esta colección se añaden a los códigos otros materiales legislativos que aquí, por mantenerlos centrados, no aprovecho.

⁽⁵⁸⁾ A. AGUILERA Y VELASCO, *Código Civil Francés comentado, concordado y anotado*, nota al artículo cuarto.

⁽⁵⁹⁾ A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Madrid 1876 y 1881, introducción de Vicente GÓMEZ Y GIRÓN.

⁽⁶⁰⁾ Cotejo edición temprana de planteamiento doblemente significativo que ahora, por seguir centrados, tampoco aprovecho: *Codice Civile del Regno d'Italia col*

interpretación y aplicación de las leyes en general fungen de título preliminar ⁽⁶¹⁾. Su término intermedio, el de interpretación, anuncia una apertura. Su punto de partida y base de juego son más napoleónicos que los del precedente sardo. Dentro de tal planteamiento, el artículo significativo a nuestros efectos es el tercero: « Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulte explícitamente de los términos empleados, dada la redacción (así, por relación) que entre los mismos debe existir y la intención del legislador. Cuando no pueda resolverse una cuestión por el texto preciso de la ley, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; si a pesar de esta (así, por esto) existiere todavía duda, se resolverá ésta por los principios generales de Derecho ». El anotador español se extiende en comentarios que afrontan esta incógnita de unos principios que son finales sin acordarse de colacionar el entendimiento portugués del derecho natural como derechos naturales e introduciendo los problemas más tangibles de la costumbre y de la jurisprudencia como posibles fuentes. Con analogía y principios, la última está abriéndose camino ⁽⁶²⁾.

El siguiente volumen, el tercero, se dedica al código portugués, nuevamente así traducido, ahora completo ⁽⁶³⁾. Presenta una introducción que merece señalarse por ser quien es su autor ⁽⁶⁴⁾, el que será finalmente, durante los años ochenta, el impulsor de la codifi-

richiamo degli articoli dei cessati codici italiani e posto in confronto col Codice Napoleone, Palermo 1866.

⁽⁶¹⁾ Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari 1985, pp. 87-90.

⁽⁶²⁾ G. GORLA, *I precedenti storici del art. 12*, pp. 469-474.

⁽⁶³⁾ A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Portugués comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Madrid 1879, con introducción que ahora digo. De este volumen no tengo noticia de una segunda edición con re denominación de la colección como los anteriores, lo que, de ser así, puede que tenga que ver con la inconveniencia de la introducción y del texto para el planteamiento final de la codificación propia. Es también volumen sin materiales adicionales al contrario que los otros.

⁽⁶⁴⁾ Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Introducción a A. AGUILERA VELASCO (ed.), Código Civil Portugués*, pp. I-XLVI.

cación definitiva en España ⁽⁶⁵⁾. Utiliza y aprovecha al introductor anterior, por lo que no puede dejar de hacer advertencia de la peculiaridad portuguesa en cuanto a la primacía expresa de unos derechos en el mismo seno del código ⁽⁶⁶⁾, pero no lo pondera de igual modo. Ya se estaba, desde 1876, bajo una constitución, en la que dicho mismo promotor había tenido un importante manejo, la cual comenzaba por subordinar los derechos a la ley, por facilitar así el código, en contraste con el planteamiento visto de la precedente, la de 1869.

Este otro espíritu más constitucional tampoco se había perdido pues el mismo editor de este código portugués, autor menos afamado, no deja en cambio de ponderar claramente el asunto desde su primera nota: « El legislador portugués ha omitido, en nuestro sentir con fundamento, el título preliminar que en los Códigos civil francés e italiano aparece consignando disposiciones sobre la publicación, efectos y aplicación de las leyes », situándose en su lugar por el código de Portugal « una colección de máximas jurídicas, de principios de carácter filosófico, que constituyen el reconocimiento por parte de la ley de facultades que, formando parte integrante de la personalidad humana y derivándose de la voluntad y de la libertad, son fuente verdadera de todo derecho, causa primordial de responsabilidades legalmente exigibles y principio generador de toda obligación jurídica », y haciéndose también notar por parte de este editor que dichas declaraciones estarían mejor en constitución que en código, pero no afrontándose ahora el problema, que vimos señalado por el introductor anterior, de la inoperancia entonces por aquí proverbial de los textos constitucionales en lo que respecta a los derechos ⁽⁶⁷⁾.

El volumen que sigue no contiene código ⁽⁶⁸⁾. El próximo, y

⁽⁶⁵⁾ Carlos ROGER y Carlos VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Madrid 1991.

⁽⁶⁶⁾ M. ALONSO MARTÍNEZ, *Introducción al Código Civil Portugués*, pp. XXIX-XXX, respecto al prólogo de Patricio DE LA ESCOSURA a su traducción citada de 1868; reproducido en C. ROGER y C. VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez*, pp. 1101-1121.

⁽⁶⁷⁾ A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Portugués comentado, concordado y comparado*, pp. 11 y 62.

⁽⁶⁸⁾ A. AGUILERA VELASCO, *Ley sobre Organización Judicial para el Imperio de Alemania de 27 de enero de 1877 comparada con las demás legislaciones orgánicas de*

también el último a lo que mis noticias llegan, presenta la novedad de un código americano, provocando el cambio de denominación de la empresa de *Colección de Códigos Europeos* a *Colección de Códigos Europeos y Americanos*. Reviste este volumen el interés no sólo de una apertura de espacio a la que habremos de mirar, sino también de una introducción de autor al que convendrá escuchar. El código civil que se publica es el de Chile, de 1855, y el estudio introductorio, juicio crítico, es de Gumersindo de Azcárate ⁽⁶⁹⁾.

El título preliminar del código chileno es, en cuanto que tal, de planteamiento original. Tiene seis secciones: *De la ley*, *Promulgación de la ley*, *Efectos de la ley*, *Interpretación de la ley*, *Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* y *Derogación de las leyes*. Mas ya puede observarse que hay algo, lo que más nos interesa, en lo que no es nada original. Es un título sobre el concepto, la promulgación, los efectos, la interpretación, el entendimiento y la derogación de la ley y no de ninguna otra cosa. El derecho, mediante código, es ley también en América. No va a cambiar lo esencial del panorama textual aunque se abra este espacio y aunque con ello tengan entrada otras formulaciones de conjunto, otras presentaciones del modelo, y no sólo de accesorios. Hay más fábricas que la de *Napoleón* ⁽⁷⁰⁾, mas son franquicias suyas para mercados nuevos. Sus productos son también *Napoleónidos*. Pero hay casos como éste que no será mero satélite, sino planeta con constelación propia como veremos. Puede haber así nuevos modelos, aunque ya no sean prototipos. Tendremos también deuterotipos, como éste chileno.

Europa y América precedida de un juicio crítico, Madrid 1879, con materiales adicionales respecto a organización judicial de los Estados Unidos, Portugal, Italia, Francia, Inglaterra y Holanda. La introducción que se anuncia crítica es del mismo editor. Era volumen del segundo grupo, cuarta sección.

⁽⁶⁹⁾ A. AGUILERA VELASCO, *Código Civil Chileno comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Madrid 1881, con variante de responsable y título en portadilla y, con las encuadernaciones que pierden portadas, quizá en ficheros y bancos: Gumersindo DE AZCARATE, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico*, Madrid 1881. Puede también que hubiera el mismo año tirada doble, con una y otra identificación principal en portada. La edición y el aparato son como siempre de Aguilera Velasco y la introducción en este caso de Azcárate.

⁽⁷⁰⁾ Alejandro GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago 1982.

El texto chileno, este título preliminar, es largo, más de cincuenta artículos, pero nos bastará ver el concepto de las fuentes. Conviene verlo ahora, para contemplar una recepción, aunque tengamos luego que volver a ello. En primer lugar y ante todo está la ley, « declaración de la voluntad soberana » bien que « manifestada en la forma prescrita por la Constitución » (artículo primero). « Sólo toca al legislador explicar o interpretar » la ley de un modo que resulte también normativo, « generalmente obligatorio » (párrafo primero del artículo tercero). El legislador, este soberano, el productor de la ley, la fuente constitucional de esta fuente jurídica, tiene esta identificación por constitución, pero ésta es aquí, en el código, una abstracción, evitándose también cualquier registro expreso de signo sustantiva o procedimentalmente constitucional, de principio de derechos y forma de parlamento. Tenemos a la ley efectivamente entronizada como en el modelo napoleónico, como en el prototipo.

Aparecen otras fuentes, pero dentro de tal cuadro, con la correspondiente hipoteca. La costumbre parece en principio que pudiera ser fuente, pero se le admite solamente en la medida en que la ley y sólo la ley expresa y particularmente lo prevea, con lo que no lo resulta. Artículo segundo: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remita a ella ». La jurisprudencia judicial no cabe en cambio ni de entrada que pueda ser fuente; tampoco puede serlo, igual que en el modelo napoleónico, lo mismo que en el prototipo. Párrafo segundo del artículo tercero: « Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ». La jurisprudencia no judicial tiene menos posibilidad todavía de recibirse como fuente, de acceder y admitírsele. Las secciones cuarta y quinta, las dedicadas a la interpretación de las leyes y al entendimiento de sus palabras, intentan sujetar de este modo su actividad. Hay en este modelo más previsiones que en el prototipo, pero no un concepto diverso. Más que modelo nuevo, es sólo otro diseño. Porque varíen las acuñaciones, no se modifica el cuño.

La presentación de Gumersindo de Azcárate aprecia originalidad en el código chileno. Valora el hecho de que no siga « el cómodo y trillado camino » napoleónico, pero añadiendo enseguida que la novedad no es de contenido. No es un código que asuma la

verdadera innovación que modernamente ha supuesto « el derecho de la personalidad » de inspiración constitucional, cosa que desde luego el código francés tampoco hizo. Esta falta de sintonía con constitución es algo común en los códigos, « sin más excepción que el de Portugal » precisamente. Presenta el chileno también el empeño de hacerse con un asunto materialmente constitucional, como es precisamente el de la concepción del derecho del título preliminar, sin especial sensibilidad. « No podemos dejar de llamar la atención de los lectores sobre la terminante declaración de que ni la costumbre ni la jurisprudencia son fuentes del derecho » en el código chileno cuando ésta es una exclusión que sigue sin justificarse constitucionalmente. Aunque, agrega Azcárate, serán siempre fuentes, « a despecho del legislador » ahora, porque son « expresión del sentimiento jurídico social », consecuencia de la « soberanía » de la sociedad misma (71). Reténgase el argumento.

Esta introducción de Azcárate constituye ciertamente un juicio crítico que no se reduce además al caso del código chileno. Lo es de toda la codificación. Y lo es por razón específicamente constitucional, por la razón que aquí exactamente nos importa, aquélla por cuyo mérito la cuestión de la codificación no acaba de cerrarse y no lo tiene desde luego fácil. El problema no seguirá abierto por motivos gratuitos; no lo seguirá así incluso tras lograrse durante estos años la codificación civil española. Enseguida lo veremos.

Por unos años en los que se debate la codificación definitiva española, no es la colección vista de códigos la única que se emprende. Hay todavía un par de colecciones, una menor, sin aparato, y otra mayor, con él. La primera, *Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos*, comienza por lo textos americanos, llegando a publicar tres códigos de títulos preliminares, con el modelo más francés que chileno, no muy innovativos, el código de Uruguay, de 1868, el de México, de 1870, y el de Guatemala, de 1877 (72). En cuanto a nuestra

(71) G. DE AZCARATE, *Introducción* a A. AGUILERA VELASCO (ed.), *Código Civil Chileno*, pp. III-XXVII, citas en pp. III, IV y VI-VIII.

(72) *Código Civil de México*, Madrid 1879; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, Madrid 1879, y *Código Civil de la República de Guatemala*, Madrid 1880, con anuncio final que parece así incumplido: « En preparación: otros importantes Códigos », pero que no lo fue tanto pues con esto entra en escena una editorial,

materia, son textos que devuelven planteamientos en viaje de ida y vuelta. Luego los veremos.

Más ambiciosa es y más producción tuvo la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, en la que irán sucediéndose, por países, volúmenes de legislación de todo orden, constituciones y códigos inclusive, pero usualmente sin estudios. Hay notas y algunas introducciones y comparaciones de escaso desarrollo. Así se traduce y publica nuevamente el título preliminar francés *De la publicación efectos y aplicación de las leyes en general*. Se hace incluso por partida doble porque a la nueva versión del original puede sumarse la del texto belga que lo había adoptado ⁽⁷³⁾. Vuelve también el título italiano ⁽⁷⁴⁾. Y hay volúmenes sin códigos civiles ⁽⁷⁵⁾, como los hay con ellos pero sin títulos preliminares cumplidos ⁽⁷⁶⁾, o sin título preliminar alguno, inclusive de nuevo, por tercera vez, mas sin mayor realce, el portugués ⁽⁷⁷⁾.

La colección tiene *Apéndices*, algunos particulares a volúmenes

Góngora, que es la misma de las empresas que ahora veremos de Alejo García Moreno.

⁽⁷³⁾ Vicente ROMERO GIRON y Alejo GARCÍA MORENO (edición y el segundo, por regla general, notas), *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, I, *Instituciones de Bélgica*, Madrid 1885 y 1901; IV, *Instituciones de la República Francesa*, Madrid 1888; V, *Instituciones y códigos franceses*, Madrid 1889, con *Introducción histórico-crítica* y notas de Lorenzo BENITO, pero ateniéndose a la codificación mercantil; el código civil se comprende en el volumen cuarto, igual que los textos constitucionales del caso.

⁽⁷⁴⁾ V. ROMERO GIRON y A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, III, *Instituciones del Reino de Italia*, Madrid 1885.

⁽⁷⁵⁾ V. ROMERO GIRON y A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, II, *Instituciones de Alemania*, Madrid 1885; IX, *Austria y Estados de Oriente de Europa* (tomo I), Madrid 1892, que no recoge ningún código civil; XI, *Inglaterra y Estados del Norte de Europa*, Madrid 1894.

⁽⁷⁶⁾ V. ROMERO GIRON y A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, VIII, *Leyes y códigos de Suiza*, Madrid 1892, con el código federal de obligaciones y el civil de Zurich; X, *Austria y Estados orientales (conclusión)*, Madrid 1893, con piezas como el « Código General » de Montenegro que es una especie original de código, por consuetudinario, y como el civil de Turquía cuyo título preliminar es *De la definición y división de la ciencia del derecho musulmán y de los principios fundamentales del derecho sagrado*.

⁽⁷⁷⁾ V. ROMERO GIRON y A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, VI, *Instituciones y códigos de Holanda*, Madrid 1890; VII, *Leyes y códigos portuguesas*, Madrid 1891.

y otros que forman serie propia de *Anuarios de Legislación Universal* que aparecen en dicha forma, como *Complementos de la Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos de España*, y que también se presentarán de otro modo, como *Repertorios de Legislación Extranjera* anexos a la *Revista de Legislación Universal y de Jurisprudencia Española* (78). Estos apéndices se dedican a la publicación desnuda de leyes. Así aparecen traducidos nuevos códigos.

Dentro de la serie y con tirada también como volumen exento anotado, pero fuera de colección, se publica diligentemente la traducción del código alemán promulgado en 1896 para entrar en vigor en 1900 (79). Es código sin título preliminar. Como apéndice del volumen dedicado a Suiza y también dentro de la serie, se editará con diligencia no menor la versión del código suizo, publicado en 1907 para regir desde 1912 (80). Este otro tiene título preliminar y un *Título preliminar* sin más epígrafe, pero con planteamientos que

(78) Son todas ellas empresas dirigidas por Alejo García Moreno, verdadero impulsor de la colección desde un inicio, y publicadas por la editorial Góngora al menos inicialmente. O es toda ella así una sola empresa. Los *Anuarios* se publican entre 1895 y 1910 con una periodicidad en principio semestral que no se mantuvo. La *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española* se publica entre 1902 y 1914 como periódico quincenal que tampoco pudo mantener siempre su frecuencia; desde 1909 se presenta como *Organo Oficial del Instituto Ibero-Americano de Derecho Positivo Comparado*, con una participación americana que refleja la difusión de toda la empresa. En la revista hay noticias y a veces traducciones de leyes, pero no títulos preliminares. La duplicación editorial de la serie como complemento de colección y anexo de revista responde a una política de captación y aprovechamiento de suscripciones. Ha de advertirse que, con este mismo propósito comercial, hubo un primer intento de vincular toda la empresa a una revista ya existente, la *Revista de los Tribunales* con el apellido entonces y de *Legislación Universal*, presentándose en ocasiones los mismos volúmenes ordinarios de la *Colección*, y no sólo unos primeros apéndices, como *Repertorios de Legislación Extranjera* anexos a ella.

(79) A. GARCÍA MORENO, *Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 con la exposición de motivos, ley de introducción y disposiciones transitorias*, Madrid 1897, ya citado al comienzo. El código y la ley desnudos se incluyen en el *Anuario* o *Apéndice* sexto, pp. 5-233, publicado en dicho mismo año de 1897.

(80) *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, apéndice al tomo VIII (*Leyes y códigos de Suiza*), *Código civil suizo*, Madrid s.f. (1908). Y en el *Anuario* o *Apéndice* décimo octavo, pp. 49-135, de 1908.

podieron llamar la atención por su originalidad dentro del género, por sus méritos así intrínsecos. El código alemán se promulga mediante una ley de introducción y transición, aquí también traducida, que refleja una realidad federal lo mismo que la suiza que ahora veremos, pero es de este otro caso del que se hace mérito por su misma formalización y síntesis en título preliminar ⁽⁸¹⁾.

El caso suizo se significa no sólo porque responda a un planteamiento federal explícito en el propio título preliminar, sino también porque admite costumbre y jurisprudencia, incluso la no judicial. Parágrafos segundo y tercero del artículo primero: « A falta de disposición legal aplicable, fallará el juez con arreglo al Derecho consuetudinario y, a falta de éste, según las reglas que él establecería si fuera legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia ». Artículo quinto: « Los cantones tienen derecho a establecer o a derogar las reglas del Derecho civil en las materias en que se les haya reservado su competencia legislativa. El Derecho cantonal vigente se considerará como la expresión de la costumbre o de los usos locales reservados por la ley, a menos que se pruebe la existencia de otra costumbre en contrario ». En este contexto, no aparecen principios más legalistas como el de inexcusabilidad de ignorancia de ley que vimos en algunos códigos civiles cantonales.

La *Colección de las Instituciones Política y Jurídicas de los Pueblos Modernos* también se extiende a América, formando serie propia, pero con un par tan sólo de volúmenes publicados, uno dedicado a Honduras y Santo Domingo, conteniendo de códigos civiles solamente el hondureño en vigor, y otro a Chile, con su código civil de 1855 nuevamente ⁽⁸²⁾. El primero, el de Honduras, de 1898, va acompañado de unas notas comparativas con los códigos de Costa Rica y de Guatemala; el segundo, el de Chile, por una

⁽⁸¹⁾ A. GARCÍA MORENO, *Unificación de la legislación civil en Suiza*, en *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española*, 7, 1908, pp. 137-142.

⁽⁸²⁾ A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, Segunda Serie, *Estados Americanos*, I, *Repúblicas de Honduras y Dominicana*, Madrid 1902; II, *República de Chile*, Madrid 1905, con lo que se agotan los volúmenes ordinarios de esta colección, todavía no los de apéndices. El código civil de Honduras se anuncia también en el *Anuario*, pero no llega a reproducirse en él.

ligera introducción a la codificación de este país. En la serie dicha de *Anuarios* y también como volumen exento, pero fuera de colección, aparece el código civil de Venezuela, de 1896⁽⁸³⁾. Fuera de toda serie, se publica el de Cuba, de 1889, que es prácticamente el español, como veremos⁽⁸⁴⁾. No hay más códigos completos, pero sí todavía un título preliminar, el del código civil de Nicaragua, de 1904⁽⁸⁵⁾. Aunque entre estos títulos preliminares aparece alguna novedad de interés, ninguno es parangonable al chileno ya visto. Podemos dejar para más tarde la consideración de todo ello.

No hay series de otros continentes, pero hay traducciones y noticias. Así se ofrece del código civil del Japón de 1898, con su carencia de título preliminar por influjo del planteamiento alemán, no del portugués⁽⁸⁶⁾. De la serie primera, la europea, hay todavía unos últimos volúmenes de los que no he dicho nada. Publican precisamente el *Código Civil de España*, que por fin se ha promulgado en 1888⁽⁸⁷⁾. Con estos volúmenes, con este código, finalizaba esta serie, aunque no la publicación de abundante legislación y de algún código europeo incluso, como ya hemos visto. Más tarde han hecho su aparición textos como el alemán y el suizo. Resultan para España epígonos. Ya está promulgado el código propio.

Por efecto inmediato de la promulgación del código no parece que decaiga la atención a unos materiales, pero estas empresas de derecho comparado centradas en material legislativo no atraviesan bien por estas altitudes el cambio de siglo. La propia vigencia del

(83) En el *Anuario* o *Apéndice* quinto, pp. 17-169, publicado en 1897; y exento el mismo año como *Nuevo Código Civil de Venezuela*, pues ya veremos que no era precisamente primerizo.

(84) A. GARCÍA MORENO, *Código civil vigente en España y Cuba*, Madrid 1914.

(85) En el *Anuario* o *Apéndice* décimo séptimo, pp. 448-463, publicado en 1906, con reproducción además del título del registro y del índice solamente del resto.

(86) Alejo GARCÍA GONGORA, *El código civil japonés. Su origen y plan*, en *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española*, 8, 1909, pp. 341-349, traducándose el índice. Textos de Asia, Africa y Australia se incluyen en la parte europea del *Anuario* con serias vacilaciones sobre la calificación colonial de los casos y sobre la forma de introducirse los países independientes.

(87) V. ROMERO GIRÓN y A. GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, XII y XIII, Madrid 1888, como volúmenes finales de la serie que hemos visto iniciarse con Bélgica en 1885. Siendo posterior el planteamiento de la serie americana, el dato distintivo no se especifica en la europea.

código puede que incidiera en un desentendimiento respecto al acopio de textos legales para la comparación jurídica. Parece efectivamente que, entrándose en el nuevo siglo, cede el interés por este tipo de ediciones y particularmente de colecciones. Funcionaban como revistas, por suscripción y con entregas periódicas, y podían ser así especialmente sensibles a las fluctuaciones de una parroquia.

Mas hay algo que no cederá: la problemática constitucional respecto al título preliminar. Puede estar en el transfondo de las mismas colecciones⁽⁸⁸⁾. Y puede aflorar con el propio código. Porque en España por fin se alcance la meta, porque aquí finalmente se facture un título preliminar, no va entonces a resolverse su morbo crónico, su enfermedad visceral, su cáncer intestino. Es ahora cuando podrá no sólo dar más francamente la cara, acusarse unos síntomas, sino incluso agudizarse el mal.

6. Pasemos al código definitivo español que ha llegado como he dicho. En los años ochenta ya enfila una recta final aun con alguna curva tan pronunciada todavía como la del giro que ahora veremos de la costumbre⁽⁸⁹⁾. Es promulgado en 1888 y revisado enseguida, quedando listo en 1889⁽⁹⁰⁾. Ha sido realizado sobre una ley de bases entre las que figuraba, en la primera, la de tomarse como punto de partida el proyecto de 1851. El título preliminar, *De las*

⁽⁸⁸⁾ El caso de Alejo García Moreno es claro con sus fundaciones periodísticas sucesivas: una revista frontalmente constitucionalista, *Las Nacionalidades* (1880-1882), otra de definición más jurídica sobre un mismo planteamiento, *Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada* (1887-1888), y la que hemos visto por ampliar su radio jurídico conforme a la empresa paralela de *Colección y Anuarios*, la *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española* (1902-1914). Todo esto, lo que nos ha interesado, sigue sin cambiar planteamiento: su interés primordial no es por códigos, sino por material jurídico de signo más constitucional, razón por la que, entre los mismos códigos, prefiere los federales y, entre éstos, el suizo, así como, por encima de ellos, tiene preferencia por derechos no codificados, como el inglés y el norteamericano. No olvidemos, por lo que habremos de ver, unos textos que son contextos.

⁽⁸⁹⁾ J.F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, IV-2, texto VI; Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS (ed.), *El anteproyecto de Código civil español, 1882-1888*, Madrid 1965, también con el texto de 1882, el cual no admite aún costumbre.

⁽⁹⁰⁾ Jerónimo LOPEZ LOPEZ y Carlos MELON INFANTE (eds.), *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Madrid 1967, bases que ahora digo incluidas.

leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación, es de factura un tanto novedosa. Todavía, al cabo del siglo, cabe alguna originalidad en un género como éste tan manido. Mas de entrada, como el estilo del propio epígrafe acusa, lo que encontramos es lo consabido: el concepto de la ley como fuente por excelencia del derecho, su identificación con el mismo. El código español es sin duda *Napoleónico*. Es un escatotipo.

Nos ofrece modelo, accesorios y complementos. Artículo sexto, sus dos párrafos: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho ». Otras cosas se admiten, pero frente a la ley nada vale. Artículo quinto: « Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ni la práctica en contrario ».

La ley es siempre el derecho, mas, faltando su previsión, debe complementarse con costumbre y, en último término, con aquella incógnita de unos principios que son finales y que pueden ser un resquicio para el asomo de la jurisprudencia, como ya nos indicaba el comentario del proyecto de 1851. Por sí, esta fuente judicial tampoco se menciona, pero la costumbre en cambio figura más todavía. Lo hace no sólo para salvarse primero la ley y para admitírsele luego a falta de ella, sino también porque una disposición ulterior del mismo título preliminar le abre campo hasta el punto de admitir incluso que prevalezca sobre ley, sobre leyes determinadas sin excluirse el mismo código.

Salvo en lo que respecta al propio título preliminar y al título cuarto del libro primero, título *Del matrimonio* en el que se mantiene obligatoriamente para los católicos el derecho canónico, esta presencia todavía religiosa, « en lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales » (artículo duodécimo). La costumbre, un « régimen jurídico » de carácter que puede ser « consuetudinario », aparece como componente de un derecho re-

gional, « derecho foral », que se mantiene « por ahora en toda su integridad » y que así prevalece por regla general sobre código y leyes civiles, aunque no, como fuente, sobre la ley. Se trata de « los fueros o costumbres » que el proyecto de 1851 ya nombraba, para su abolición entonces, y que el código así mira, para su admisión ahora ⁽⁹¹⁾.

La prevalencia de la ley como fuente, la supeditación virtual de toda costumbre, incluida la regional, es algo que se aprecia mejor en las bases que en el código. Allí, en su artículo sexto, se decía que « las instituciones forales », tales derechos localizados, aun sin hacer mención todavía del componente consuetudinario, se recogerían y convertirían en leyes como « apéndices » del propio código; se reducirían, si costumbres, a ley. La sugerencia ya vimos que se ofrecía en un primer momento, en la explicación del proyecto de 1821. Ahora, desde 1888, habiendo por lo tanto cosas en dicha ley de bases no trasladadas a continuación al código, podrá considerarse que su aplicación, la de las bases, no se agota en su función definitoria de fundación del código y que mantiene valor por tanto tras la realización del mismo, con la codificación entonces todavía abierta. Daba pie el « por ahora » del código al referirse al mantenimiento integral de un derecho foral. Así las cosas, aparte los avatares posteriores de este proceso parcialmente diferido de codificación, la costumbre, toda costumbre, podrá entenderse que no escapa y que es reducible a ley.

De hecho, había un caso de derecho foral en el que la costumbre aún podía prevalecer incluso en materia política y con ello sobreordenarse como fuente a ley, pero esto no se registra en el título preliminar del código civil. Es el caso vasco ⁽⁹²⁾, el cual aparece todavía con identidad propia, pero de un modo muy limitado y que sólo muy indirectamente refleja la peculiaridad. « Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, título 20 del Fuero

⁽⁹¹⁾ Encarna ROCA TRÍAS, *El Código civil, derecho supletorio*, en B. Clavero, Paolo Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* Milán 1990, II, pp. 535-572.

⁽⁹²⁾ B. CLAVERO, *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona 1985.

de Vizcaya » (parágrafo tercero del artículo décimo, artículo que, junto al anterior y al siguiente, se ocupa de derecho internacional, de la vigencia territorial o personal de las leyes, esta materia constitucional que también figura en el título preliminar del código civil desde el propio modelo napoleónico como vimos). El fuero vizcaíno es fuero vasco. Tal salvedad expresa se refiere a punto de derecho escrito, aunque como digo, con la cobertura también del artículo duodécimo, su alcance es de hecho mayor ⁽⁹³⁾.

La salvedad que por su parte se produce a favor del derecho canónico es a derecho escrito y sin expresión de costumbre, pero el alcance es también mayor. Artículos cuadragésimo segundo, septuagésimo quinto y octogésimo, pertenecientes al título dicho *Del matrimonio*: « La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código »; « Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino »; « El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales Eclesiásticos ». De esta forma se mantiene en el seno del código una religión que ha venido resistiéndose a la misma codificación, a una codificación que dispone de su derecho, del derecho de matriz religiosa, que tiene este poder de disposición, aun en el caso de que así ejerza procediendo a su reconocimiento ⁽⁹⁴⁾.

Así ahora lo hace. Por disposición de ley, pero por encima también de ley, más allá todo ello desde luego de lo que sugería el comentarista del proyecto de 1851, es toda una religión lo que normativamente se mantiene de este modo en el mismo ámbito del derecho. El ejemplo sardo de declarar en el propio título preliminar de una forma más franca esta presencia religiosa extraña por directa para el modelo napoleónico, para el prototipo, ha sido abandonado en la propia Italia y no ha cundido.

⁽⁹³⁾ El texto de referencia puede verse en la edición de estos artículos del título preliminar que proporciona mi manual de *Institución histórica del derecho*, Madrid 1991.

⁽⁹⁴⁾ B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

Con esto, con todo esto, una *disposición final* derogatoria ya tampoco tendrá el alcance tan general que vimos en el proyecto de 1851, en esta base. Artículo, ahora, mil novecientos setenta y seis: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes». Respecto a derecho foral, la primera versión promulgada en 1888 concretaba más: queda derogado «el llamado derecho civil de Castilla» y no el de usos y costumbres de otros territorios, los fueros dichos. En ella, en dicha primera promulgación que se modifica inmediatamente, se añadía una reserva a favor de derechos subjetivos que, sujetándolos así en cambio, desaparece de la edición definitiva: «Las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo». Si unas costumbres se respetaban, no era por consideración de unos derechos. Unos fueros se salvaban, no por reconocimiento de su autonomía como fuente, sino por determinación de la ley como fuente única de fuentes. La ley en todo caso, aun con todo ello, no deja de arrogarse y reservarse un poder de definir e identificar el derecho, este poder suyo conforme a su propio concepto. No deja de entender que ésta es su posición. Y refuerzan los accesorios, no faltando el más adverso a la costumbre, el de mayor presunción de la propia ley. Artículo segundo: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Frente a la jurisprudencia, a quien menos excusaba el desentendimiento de unas leyes ya sabemos que era a los jueces.

Las fuentes que se suman a la ley, las que entran en juego por defecto de ella, están realmente más presentes de lo que así acaba reconociéndose. La costumbre pujaba seriamente. El código civil vino seguido en España por la eclosión de la evidencia de esta fuente más adversa⁽⁹⁵⁾. La jurisprudencia por su parte viene abriéndose camino por unos entresijos bien amplios de la ley mientras ha estado

(95) Rafael ALTAMIRA, *Le droit coutumier espagnol moderne*, en *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gény*, Paris s.f. (1935), II, págs. 269-276, con la información de publicaciones.

abierta la codificación y en la medida todavía en la que no acaba de cerrarse, con la posibilidad incluso de situar por encima de ella, de la ley, sus propios principios, unos principios no siempre finales y tampoco siempre, como sabemos, constitucionales. Deja menos en evidencia pues ha venido centralizándose y jerarquizándose a imagen y semejanza de la misma ley⁽⁹⁶⁾. En este contexto y a estas alturas, con esta historia y con este presente, la apertura respecto a fuentes del título preliminar resulta realmente un cierre en banda, un intento de someter la costumbre a ley y de sujetar también más a la jurisprudencia⁽⁹⁷⁾.

Y faltan cosas desde luego. En el título preliminar no figuran aquéllas tan importantes que no cuadraban con su concepto del derecho o que podían resultarle incómodas. Aquí definitivamente no están el reconocimiento de derechos como premisa de la propia ley ni el requisito de su acuerdo por parlamento como forma suya, lo cual, esto segundo, ni siquiera se ha aplicado en rigor al mismo código⁽⁹⁸⁾. En la ley de bases, en lo que el parlamento debatió y aprobó efectivamente, en la segunda, se decía que las cuestiones del título preliminar « se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes », vigencia que realmente suponía derechos subordinados a ley, a lo cual así el código realmente responde, y régimen parlamentario de producción legislativa, lo cual el código sencillamente silencia, permitiendo como permitirá dictaduras.

Aunque se contaba con algún precedente más bien diverso, como el proyecto de 1821, y otro también más cercano, como el de 1869, más alguno muy vecino, como el código portugués, finalmente viene a darse por supuesto que tales cosas de derechos y parlamentos no resultan apropiadas para la codificación civil, para un título preliminar que no sólo le interesaba a ella. La cosa principal de los

⁽⁹⁶⁾ Jacques Bernard HERZOG, *Le Droit Jurisprudenciel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisprudence de Cassation*, Toulouse 1942; J.M. SCHOLZ (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M. 1992.

⁽⁹⁷⁾ B. CLAVERO, *Nativism and Transnationalism. Spanish Law after the Civil Code*, en *Rättshistoriska Studier*, 19, *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, 1993, pp. 37-48.

⁽⁹⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código civil: el procedimiento legislativo*, en sus *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid 1989, pp. 81-109.

derechos tampoco es que estuviera como tal establecida por una constitución. Si así fuera, dicho mismo concepto de ley, su identidad con el derecho o su poder de identificarlo en todo caso, ya sería algo más problemático.

El éxito del código no fue clamoroso. No lo fue el de nuestro título. Pudo dar razones el propio debate parlamentario, aunque no lo fuera realmente del código, sino primero de un mínimo de bases y luego de la conformidad con ellas del texto articulado y completo. Pero unas razones, y razones además constitucionales, pudieron expresarse. Comienza por denunciarse en el mismo parlamento la falta de respeto del proceso legislativo para con la propia institución parlamentaria mediante unas prácticas de sustracción de decisiones que ahora se aplicaban al código civil. Ya de sobra sabemos que él mismo se cura en salud previendo sabiamente que su fuerza sólo depende de su promulgación, de algo que no corresponde al parlamento. También se contrapone la razón más sustantiva de los derechos, de una « libertad civil » que se dice y que así ahora se afirma frente al código en su propio terreno; lo hace frente a su intento de supeditar la misma libertad, como todo derecho, a ley. Y se muestra igualmente pujante la razón de la costumbre como forma de libertad social frente a determinación política de las mismas fuentes, frente a este poder superior de la propia ley. Son razones presentes con vigor en el debate ⁽⁹⁹⁾.

Como no se discutió el articulado, salvo con el pie forzado de su respeto a las bases, no puede decirse que hubiera un debate parlamentario del código. No hubo discusión cumplida de las posiciones del título preliminar. Pero otras posturas pudieron manifestarse. Gumersindo de Azcárate, a quien ya vimos valorar el planteamiento distinto del código portugués y quien estaba realmente haciéndose una posición constitucional bien crítica de la codificación sin más ⁽¹⁰⁰⁾, será un buen portavoz en un mal debate. Al discutirse las bases, su voz se levanta frente a « la tiranía del Código Napoleón », frente a su tiranía de ley. Ataca su intento de

⁽⁹⁹⁾ Rosario HERRERO y M^a Angeles VALLEJO (ed.) y José LuÍs DE LOS MOZOS (estudio preliminar), *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, Madrid 1889, con la imagen más favorable que sólo luego se ha impuesto.

⁽¹⁰⁰⁾ B. CLAVERO, *El método entre infieles*, pp. 290-296.

supresión de costumbres y su ambición así constituyente, aun con la salvedad foral en el caso. « Que publicado el Código se acaba todo derecho, no lo comprendo, no he oído utopía más grande », utopía porque ni siquiera se logrará. « Aunque el Código lo diga, no pasará ». Habrá un derecho fuera ahora del derecho, costumbres fuera de ley ⁽¹⁰¹⁾.

Algo más podrá Azcárate explicarse al debatirse la conformidad del texto con las bases. Se permite todo un discurso general sobre el código, aun acusando el pie forzado, procurando situarse en los terrenos del propio texto. Si ha de tratarse de la codificación civil, bien que ante todo le gustaría que se ciñese a su objeto: « derecho de la personalidad, ya en toda su amplitud, como resulta en el Código portugués », ya más restringidamente si se prefiere. No oculta su preferencia por el planteamiento vecino, pero no se entretiene en ella. Entra en una crítica interna del texto, mas también luego viene a una valoración general del código, con las cuestiones que desbordan el campo propio.

Es su verdadero « juicio crítico », según dice. Así expone que, por efecto de la codificación civil, se produce una dicotomía entre « el derecho público » que es « un derecho nuevo, un derecho filosófico, un derecho obra de la civilización moderna » y « el derecho privado » que es « un derecho eminentemente histórico y tradicional », cuya « antítesis » además se desequilibra a favor de éste segundo, resultando así que « la revolución moderna » sólo muestra su cara negativa. La ley se impone sobre la libertad en el campo civil y la imposición viene a extenderse a todo el derecho. Tiende a imponerse sobre la libertad ⁽¹⁰²⁾. Es la situación que ya hemos visto detectarse claramente por la explicación del proyecto de 1869, por aquel intento fallido de superarla.

En cuestión de fuentes, en materia del título preliminar, Azcárate vuelve a la costumbre. La defiende conforme a ley, a falta de ley y contra ley. No entiende una ley que intente imponerse y mantenerse frente a costumbre contraria. Es un asunto en el que, por la

⁽¹⁰¹⁾ *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, I, pp. 857, 868 y 869, intervenciones de AZCARATE en la sesión de 9 de abril de 1888.

⁽¹⁰²⁾ *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, II, pp. 1671, 1682-1684, intervenciones en las sesiones de los días 6 y 9 de abril de 1889.

importancia que le confiere y por los recelos que se suscitan, le gustaría explicarse más allá de lo que la discusión parlamentaria permite y de lo que su fase concreta aconseja. Ante el apuro, recurre a la remisión. « Recuerdo que mi querido amigo el señor Costa » se ocupa « de la costumbre en varias obras con una profundidad no igualada, o por lo menos no excedida por ningún tratadista europeo ». Y es una recomendación que se reitera ⁽¹⁰³⁾.

Llegamos a Joaquín Costa, quien en efecto compartía con Azcárate posición no sólo respecto a la costumbre, sino también más en general a la codificación ⁽¹⁰⁴⁾. Será el autor de la obra que constituye el más duro alegato, un libelo en toda regla, contra el título preliminar del código civil, contra el concepto napoleónico del derecho que encierra, que sigue encerrando. Me refiero a un discurso suyo para ingreso, apadrinado por Azcárate, en una academia de ciencias morales y políticas, y no en la de legislación y jurisprudencia que también existía, acerca del *problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, problema o problemas propios del título preliminar francés y de la sustancia que de él se conservaba en el título preliminar español, problema o problemas sobre todo si se consideran desde una posición constitucional que no le es precisamente favorable ⁽¹⁰⁵⁾. Ya no es una sorpresa a estas alturas.

El problema de entrada es el de *la ignorancia del derecho*, la presunción de conocimiento de la ley que ya se contenía en el título napoleónico y más en concreto esta fórmula de ignorancia inexcusable que entró pronto y se ha registrado ahora en el título patrio. Artículo segundo como ya sabemos: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento ». He aquí para Costa « un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia », « un artificio gigante, monstruoso, que condena a los

⁽¹⁰³⁾ *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, II, pp. 1689 y 1734, intervenciones en las sesiones de los días 9 y 12 de abril de 1889.

⁽¹⁰⁴⁾ B. CLAVERO, *El método entre infieles*, pp. 283-290, de lo que retomo algún punto.

⁽¹⁰⁵⁾ JOAQUÍN COSTA, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 1901 y ediciones posteriores: George J.G. CHEYNE, *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa, 1846-1911*, Zaragoza 1981, págs. 106-108 y 214.

hombres a caminar a ciegas por el mundo ». Las leyes ni siquiera son universalmente accesibles. Por razón de lengua, ya no llegan a todos sus destinatarios: « para la gran masa de la región catalana y levantina o del país vasco y gallego, escribir las leyes en castellano vale tanto como escribirlas en griego, en chino o en latín ». Por razón de cultura, por la ciencia en concreto que también se presume, cuando las leyes llegan, lo hacen mal: resulta « una desigualdad, un desequilibrio, que engendra a las veces un verdadero antagonismo entre la inteligencia que el particular dio a la regla al aplicarla en su vida privada y la que le da el tribunal »⁽¹⁰⁶⁾.

Pero el problema es justamente para Costa de orden superior. No se arregla con técnicas de propaganda, con « métodos de publicidad y aprendizaje de las leyes ». Están en juego nada menos que unos conceptos, el de la ley y sobre todo el del derecho. Hay que replantearse de raíz todo el asunto. La cuestión de la ignorancia como carencia está mal formulada: « acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes, deban invertirse los términos diciendo que no son verdaderamente leyes sino aquéllas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos »⁽¹⁰⁷⁾. Así entra el referéndum, la cuestión de un principio conforme al cual la promulgación no basta para la validez de la ley pues ulteriormente se requiere una práctica efectiva, su adopción social, este grado superior de democracia. Así, tan democráticamente, tiene entrada *la costumbre* como fuente⁽¹⁰⁸⁾.

He aquí el epígrafe de un capítulo: « Unidad e identidad de ley y costumbre. Las leyes se promulgan siempre ad referéndum ». Anuncia bien su contenido. Entre ley y costumbre no cabe contraposición porque el valor de la primera depende exactamente de la segunda: « el legislador no tiene derecho a mandar aquello para lo

⁽¹⁰⁶⁾ Cito por la edición que alcanzara más difusión, la de los *Manuales Soler*, con inicial de autor y reducción de título en portada: J. COSTA, *La ignorancia del Derecho*, Barcelona 1901 y siguientes, pp. 5, 6, 9 y 11.

⁽¹⁰⁷⁾ J. COSTA, *La ignorancia del Derecho*, pp. 27 y 35.

⁽¹⁰⁸⁾ Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Joaquín Costa y el Derecho aragonés. Libertad civil, costumbre y codificación*, Zaragoza 1978.

que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso ». Dirigiéndose a los responsables, a quienes deben así serlo: « Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano ». Y esto tiene su traducción en el lenguaje de las fuentes.

Hela: « si el pueblo crea una costumbre *fuera de ley*, es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vió que existía allí una necesidad »; « si el pueblo crea una costumbre *contra ley*, es que el legislador, por distracción, por precipitación o por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad o no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era adecuada », en cuyo caso « no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano ». Los términos en verdad se invierten: « ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley *según costumbre*, *fuera de costumbre* y *contra costumbre* »⁽¹⁰⁹⁾. Y situando la costumbre sobre la ley, Costa sabía de lo que hablaba. No era especulación. Su postura y su intervención personales están siendo decisivas en aquella eclosión de la costumbre que deja en evidencia al código.

El argumento del discurso puede estarse apreciando que resulta constitucional. Lo es sobre todo por el término intermedio del título en el que todavía no nos hemos fijado. Entre los extremos de la ignorancia de una parte y el referéndum y la costumbre de otra, hemos visto que aparece *el status individual*. Está en medio. Es el fiel de la balanza. He aquí el epígrafe de otro capítulo, de uno central: « Constitución del status individual ». De tal construcción se trata y no además como de cosa filosófica, sino jurídica, del derecho positivo a mano. Entre el derecho individual que se registra en la constitución y la libertad privada que se encierra en el código, « nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir

⁽¹⁰⁹⁾ J. COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, pp. 90-92.

nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños a la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida a una estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla ». Se trata realmente de construir un derecho del individuo, un « Código o Constitución del Estado individual », que pudiera mostrarse capaz de establecerse y operar como fundamento de todo el orden jurídico. Se trata de sentarle al derecho esta premisa de libertad.

Así tenemos una exposición de bases, de unas bases bien distintas a las del *Código Napoleón* y de todos sus satélites hasta el español más reciente. Se nos explica que existe una categoría básica de « derechos inherentes a la persona individual » que cabe encontrar « en el Código civil (Portugal) o en el Código fundamental (España) » o de alguna otra forma también, puesto que lo esencial no es el registro, sino el reconocimiento. Tales derechos han de constituir por razón de naturaleza, como libertades, premisas de las leyes. Son de por sí la fuente, una fuente de fuentes. Entre los mismos derechos y en lugar preeminente figura el « derecho de pactar con fuerza de ley », esta base para el mismo entendimiento consensual de la ley que luego puede extenderse a la prevalencia de las costumbres y al referéndum de las leyes.

Y no es cuestión de teoría especulativa, sino de derecho positivo. Dicho mismo predicado del concepto ayuda a la inversión que se busca de los términos. El principio se sabe extraer de otros códigos, aparte del portugués, e incluso del *Código Napoleón*, aprovechándose la presencia efectiva de una libertad privada en los mismos, en todos ellos. Así estamos, no ante la subordinación de la libertad a ley, sino ante el « reconocimiento de esa potestad soberana que para legislar en su esfera compete al individuo (y) hace el Código civil español », alegándose su artículo mil noventa y uno: « Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos », y no dejándose de señalar la concordancia príncipe: « en iguales términos el Código civil francés: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (art. 1134) ». Así puede retorsionarse el propio código, convertirse en principio general, en título entonces preliminar, en constitución efectiva, lo que

para él no lo era: la libertad como premisa del derecho. Esta es la verdadera torna de una crítica interna ⁽¹¹⁰⁾.

Sin esta base de libertad, y de libertad individual, para todo el derecho, para el civil como para el constitucional, para el privado como para el público, sin esta otra especie de título preliminar, de código común, de constitución básica, lo que tenemos es tiranía, « la más grande tiranía », una tiranía que admite libertad, pero tiranía que se arroga el poder de determinarla. La antítesis señalada por Azcárate, aquella dicotomía entre lo público y lo privado que no se resuelve en equilibrio, sino en predominio del poder público a través, no del derecho constitucional, sino del derecho civil, de la forma como en éste se admite libertad privada, es algo que Costa también denuncia. Es « antinomia » que provoca « dualidad de personas », « personalidad doble », esquizofrenia, entre « los liberales », los constitucionales de entonces: « en cuanto políticos, proclaman la soberanía del pueblo; en cuanto jurisconsultos, la niegan », con lo que viene a concluirse que estos « liberales lo son sólo de aprensión », resultando « de hecho absolutistas », con la única diferencia de que « en vez de colocar la fuente viva, real, de la soberanía en un rey, la trasladan a su propia persona en su calidad de órganos del Estado » ⁽¹¹¹⁾. Son autistas.

El autismo no es exclusivo del código. Es propio también de su historia, de una historia que resulta manifestación igualmente suya aunque no figure en su título preliminar. El código establece su punto de vista, su concepto del derecho. Si se establece, si llega a imponerse, la imagen producida no será la que Azcárate o Costa observan, sino la que los codificadores se figuran, la que la propia codificación genera. El historiador, como el jurista, hace suyo el paradigma. Así se produce una historia servil del derecho, de un determinado concepto suyo, que constituye un elemento nada desdeñable en la imposición misma de la codificación, de la cultura que representa. Es la historia que tenemos, que seguimos teniendo ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹⁰⁾ J. COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. III, el de la constitución individual, pp. 45-49 y, fuera de él, 85.

⁽¹¹¹⁾ J. COSTA, *La ignorancia del Derecho*, pp. 36 y 90.

⁽¹¹²⁾ C. VATTIER, *Alonso Martínez, la codificación y la ciencia del derecho civil en el siglo XIX*, en C. ROGER y C. VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez*, pp. 453-544;

No se concibe otra por la misma razón y los mismísimos motivos por los que no se concibe un derecho definido, antes que por código, por constitución, y, antes que por constitución, por libertad, por unas libertades individuales y sociales, un derecho que sea ante todo derechos. Pero no es momento aún de conclusiones. España sólo es un caso y además escatotípico. Conviene salir de su espacio remon-tándonos en el tiempo hacia un inicio de nuevo.

Siendo (el castellano) la sola lengua escolar, llegará a atrofiar y destruir los idiomas locales, y así la unificación (...) será un hecho.

Justo Sierra, 1902

7. Terminado el trayecto por España de momento, pues volveremos, pasemos a América. Los primeros código civiles que se promulgaron en lengua española, en castellano, fueron precisamente americanos. Alguna referencia hemos tenido. Hubo en realidad unos cuantos con anterioridad al código español de 1888. El primero fue el del Estado de Oaxaca, en México, que se promulga por partes, por libros, entre 1827 y 1829 ⁽¹¹³⁾, con un título preliminar *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*, epígrafe que ya acusa el influjo francés. Es una versión del título napoleónico, con sus disposiciones principales sobre fuentes, esto es, con la identificación entre derecho y ley y sin ninguna previsión sobre la posibilidad o la existencia de otras fuentes. Artículo duodécimo: « El juez que reusare juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley será castigado como culpable de no haber administrado la justicia ». *Napoleón* está desde el principio presente en este otro continente. *Napoleónidos* serán también sus códigos.

Un reforzamiento importante, el de inexcusabilidad de ignorancia, ya se produce en este código pionero, aun con unas puntualizaciones estructurales y con una salvedad temporal realmente sintomáticas. Artículo octavo: « Todo habitante del estado está

Juan BARO PAZOS, *La Codificación del Derecho Civil en España, 1808-1889*, Santander 1993.

⁽¹¹³⁾ *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca*, Oaxaca 1828, reproducción en Raúl ORTIZ URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México 1974.

obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada. Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no tuvo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley. Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta escepción ».

Obsérvese. No cambiamos de contenido, pero hemos cambiado de continente. Realmente lo hemos hecho. Estamos ante una sociedad que se reconoce formalmente dividida en estados sociales, en la que de igual modo se admite que la ley puede ir perfectamente contra el sentir común de unas gentes y donde es normal además la ignorancia de la propia lengua de la ley, el castellano. No son problemas que no se hayan, todos ellos, detectado en Europa, pero su envergadura debe de ser muy superior por aquí, por América, cuando así comienzan por aparecer reflejados en el mismo texto de la ley, en el mismísimo título preliminar del código. Aquí, en Oaxaca como en toda América, hay no sólo diferencia de lenguas y culturas, sino también división de etnias acentuada además tras una historia colonial ⁽¹¹⁴⁾, con unas poblaciones indígenas no raramente mayoritarias y de costumbres propias tanto civiles como políticas, de derecho así propio. Será un punto ciego de la codificación latinoamericana, pero tendremos que mantenerlo a la vista para entenderla. Aunque no es cosa que a la historiografía del caso le guste registrar, ya encontramos y no olvidemos una presencia indígena ⁽¹¹⁵⁾.

Un pronunciamiento prodeciente del modelo, del mismo título

⁽¹¹⁴⁾ John K. CHANCE, *Razas y clases de la Oaxaca colonial*, México 1982; Marcelo CARMAGNANI, *El regreso de los dioses. El proceso de reconstitución étnica en Oaxaca. Siglos XVII y XVIII*, México 1988.

⁽¹¹⁵⁾ Marcial RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, p. 175, en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires 1992, pp. 157-186. Son títulos ambos, el del artículo como el del libro, excesivos.

preliminar del *Código Napoleón*, del prototipo, puede entonces cobrar especial significación. Artículo décimo tercero: « No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesen al orden público, y a las buenas costumbres ». Orden y costumbres, este componente imperativo máximo del ordenamiento jurídico, pueden constituir aquí una posición más neta de parte, orden y costumbres propios de una sola entre las culturas presentes.

Pese a ello, a todo ello, se plantea y promulga en Oaxaca el código de planta napoleónica como derecho general haciéndose tan sólo la concesión de preverse su efectividad en un tiempo de cinco años. No hubo oportunidad. Este código fue efímero, pero su idea del derecho como su realidad de base, ambas cosas, serán perdurables. Hoy todavía, pese a códigos, Oaxaca es un estado pluriétnico, plurilingüístico y pluricultural. Y Oaxaca no es un caso excepcional ni entonces ni ahora. Hoy también, por una América Latina que presenta dichas características, el empeño de la codificación, de esta imposición de ley, no ha cedido. Se tiene así a la vista, por una parte, la evidencia de un fracaso y, por otra, el testimonio de un empecinamiento ⁽¹¹⁶⁾.

Algo tiene *Napoleón* cuando así impera, cuando así quiere imperar todavía, en América. Ha comenzado en Oaxaca una historia del título preliminar del *Código Napoleón*, de este texto en castellano como norma, como norma de normas. No voy a verla caso por caso, pues me faltan los conocimientos necesarios, pero intentaré la exposición de unas líneas generales a través de los mismos casos. Y sigo haciendo historia, no filología, y una historia que mire a lo presente, no a lo pasado. A ello vamos.

8. La traslación a lengua castellana de los planteamientos del título napoleónico, con su imperio de ley e ignorancia de otras fuentes y muy particularmente de la costumbre, con esta verdadera novedad también para América, es tarea que no se abandona, emprendiéndose y prosiguiéndose por otros códigos. Y es cosa siempre nueva. Tampoco por este otro continente había adquirido la

⁽¹¹⁶⁾ Para estas referencias americanas puede convenir también que remita, pues mira a ello, a escrito propio: *Derecho indígena en América*, por publicar.

ley un valor singular de fuente como el que alcanza solamente con la codificación ⁽¹¹⁷⁾.

Siguen códigos. Siguen títulos preliminares. Es el caso de Bolivia, en 1831, de Costa Rica, en 1841 dentro de un código general que es también penal y procesal, y de la República Dominicana, en 1845 tras haber tenido anteriormente una adaptación más directa del *Code Napoléon* como pertenencia de Haití, donde se había adoptado en 1826 perdiéndose la posibilidad que aquí vimos de mantenimiento de la costumbre como fuente ⁽¹¹⁸⁾.

El código boliviano es el primero entre los que perdurarán ⁽¹¹⁹⁾. Presenta como título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*, la peculiaridad de una versión resumida del texto napoleónico que presume la identificación entre derecho y ley y registra el principio de imperio de ley general, de su orden y su moral, sobre libertad particular. Artículo quinto: «Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no se pueden renunciar por convenios particulares». En materia de justicia el silencio se prefiere a la mención de otras fuentes que no fueran la ley y que, en un estado de mayoría indígena como Bolivia, estarían a la vista. El título preliminar de la primera parte del código general de Costa Rica, que es la parte que se corresponde con el código civil, es copia literal, salvo referencias locativas, del boliviano, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general* ⁽¹²⁰⁾.

El código de Perú, de 1852, comienza a nombrar otras fuentes y en particular la costumbre, pero precisamente para negarlas. Artículo sexto: «La costumbre o el desuso no deroga las leyes».

⁽¹¹⁷⁾ Víctor TAU ANZOATEGUI, *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires 1992; John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution*, III, *The Authority to Legislate*, Madison 1991.

⁽¹¹⁸⁾ He de advertir que no he visto materialmente todos los códigos latinoamericanos que habré de mencionar, como podrá sin dificultad percibirse por la misma forma de citarse, indirecta entonces. Pero, no ateniéndome a la cronología de un modo estricto, hay casos, como el dominicano ahora, que iré dejando para otros apartados por razones que espero también fácilmente perceptibles.

⁽¹¹⁹⁾ Carlos TERRAZAS TORREZ (estudio preliminar), *Código Civil de Bolivia*, Madrid 1959, vigente hasta 1976.

⁽¹²⁰⁾ *Código General de la República de Costa-Rica, emitido en 30 de julio de 1841*, Nueva York 1858.

Artículo noveno: « Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán atendiendo: 1°. Al espíritu de la ley; 2°. A otras disposiciones sobre casos análogos; 3°. A los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran » ⁽¹²¹⁾.

Ante la dificultad, si no imposibilidad, de imponer sin más la ley conforme al modelo napoleónico, de conformidad con el prototipo, van apareciendo por aquí también fórmulas para establecerse una jerarquía bajo cuyo peso la costumbre resulte literalmente aplastada por una jurisprudencia que se debe a sus propios « principios generales » y, última y primeramente, a la ley, siempre a la ley. La referencia final del artículo noveno peruano no deja de remitir en último término al legislativo.

Seguirá un código, el de Chile, todo un deuterotipo como sabemos, que acertará a darles forma a tales mismas aspiraciones guardando menor dependencia de ejemplos europeos, de sus expresiones textuales. El sintagma de los principios generales del derecho sin más adjetivaciones, que aquí ha aparecido antes que en la trayectoria española, no tiene tampoco, como todo ello, otro origen ⁽¹²²⁾. No estamos haciendo filología, pero ésta concreta, un tal

⁽¹²¹⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX*, pp. 244-245, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 12, 1987-1988, pp. 237-254; M. RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana*, pp. 171-176. El código peruano de 1852 puede verse que está entre los que no he visto directamente; unos posteriores, ya del siglo XX, no conservan como veremos el mismo título preliminar.

⁽¹²²⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 245 citada, observando que la expresión ya estaba, con ulteriores similitudes respecto al artículo noveno peruano, en el décimo quinto del código de Cerdeña y el Piamonte, de 1837, que puede a su vez derivar del séptimo del código austriaco, de 1811, vigente en la Lombardía, del cual también podían proceder fórmulas de éxito como la inexcusabilidad de ignorancia de ley y la admisión de costumbre sólo por remisión legal. En el código sardo, en su artículo décimo sexto, también estaba, como igualmente vimos, el referimiento político último de la duda judicial, lo que no parece tampoco tener el origen propio que Guzmán registra para este punto, procedencia en todo caso también ajena, de derecho preconstitucional castellano, y ajena ahora más por preconstitucional que por

origen, importa a la historia. No hay código de concepción americana.

El código de Chile responde a un efectivo esfuerzo de adaptación e implantación del modelo napoleónico por tierras latinoamericanas y además obtuvo una importante recepción e influencia a lo ancho de ellas ⁽¹²³⁾. Constituye una especie de modelo o mejor una clase de diseño americano. Merece atención redoblada. Azcárate recuérdese que nos lo introdujo. Y no fue el único introductor en Europa ⁽¹²⁴⁾. Ya estamos en antecedentes. Sabemos que es *Napoleónico*. Data de 1855. Entró en vigor en 1857 ⁽¹²⁵⁾.

Ostenta, recordemos, el código chileno un título preliminar muy desarrollado en seis secciones: *De la ley, Promulgación de la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes y Derogación de las leyes*. Ante todo formula una soberanía, no otra que la de la ley: « declaración de la voluntad soberana » que debe manifestarse « en la forma prescrita por la Constitución » (artículo primero) y que « sólo toca al legislador explicar o interpretar » de un modo normativo, « generalmente obligatorio » (párrafo primero del artículo tercero). Son cosas que vimos. Tenemos a la ley entronizada como en el prototipo napoleónico, destacándose esta soberanía, pero con la relevante modalidad de una, aunque genérica, referencia constitucional. Es un registro importante en su contexto, aunque, con su misma generalidad, no es que comprometiera a mucho. Tampoco por América latina estaban estableciéndose procedimientos que pudieran decirse muy constitucionales de producción legislativa y por tanto de los mismos códigos ⁽¹²⁶⁾.

castellana. Son textos los dichos que están, como se vió, en la colección de concordancias de Saint Joseph, vertidos con ella.

⁽¹²³⁾ A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador*, I, pp. 466-469; BERNARDINO BRAVO LIRA, *La difusión del Código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7, 1982, pp. 71-106.

⁽¹²⁴⁾ LUÍS F. BORJA, *Estudios sobre el Código civil chileno*, París 1901-1908.

⁽¹²⁵⁾ ANDRÉS BELLO, *Obras Completas*, XII: PEDRO LIRA URQUIETA (introducción y notas), *Código Civil de la República de Chile. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello*, Caracas 1954-1955, con los materiales que cito. A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador*, II, *Fuentes*, no reproduce estos textos.

⁽¹²⁶⁾ B. BRAVO LIRA, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*.

Aparecía también en el código chileno la costumbre, pero no admitiéndosele como fuente. Sólo se admite por remisión de la ley, por determinación suya. Recordemos el tenor del artículo segundo: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remita a ella ». Y recordemos igualmente, pues este texto ya lo vimos, el párrafo segundo del artículo tercero que, conforme a la asignación expresa de la interpretación normativa de la ley al propio legislador y de acuerdo con el modelo napoleónico, descarta también la jurisprudencia judicial como fuente: « Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ». También ya vimos que la jurisprudencia no judicial no tenía posibilidad de acceder a la condición de fuente. Las secciones cuarta y quinta del título preliminar chileno, las dedicadas a la interpretación doctrinal de las leyes y al entendimiento primario de sus palabras, intentaban sujetar de este modo su actividad. El modelo de fondo era el napoleónico sin más, con mayores previsiones que intentaban asegurarle en unas condiciones bastante más desfavorables para su establecimiento, para su identificación ante todo del derecho con la ley. El deuterotipo, si se distancia del prototipo, es para alcanzarlo. En esto consiste el modelo o diseño chileno.

Los proyectos de este código chileno, proyectos que presentaban títulos preliminares todavía más desarrollados, revelan que la preocupación primordial era la costumbre, su sometimiento a ley. Es lo que parece importar ante todo y sobre todo. Es lo único que una exposición de motivos resalta en materia de fuentes: « Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley », el valor de derecho se entiende. Los proyectos previeron una admisión de jurisprudencia a los efectos de dicho cegamiento de la costumbre como fuente autónoma. Confiándose menos en la capacidad de la ley para discernir entre costumbres, aceptar parte en su caso y lograr la erradicación del resto, se encomendaba a una jurisprudencia superior este cometido requiriéndose que su forma más circunstanciada de aceptación y aplicación sirviese como vía para dicho discernimiento. Y de esto mismo

Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo, México 1992, cargando la mano y recreándose en la suerte.

tampoco se mostraron muy seguros unos proyectos, haciendo incluso unas previsiones de criba algo más directa de la costumbre. Era fuente que pujaba.

Artículo quinto de proyecto publicado entre 1841 y 1845: « El uso o costumbre legalmente probado tendrá fuerza de ley en todo aquello en que no fuere contrario a las leyes dictadas y promulgadas por la autoridad constitucional competente. Y sólo se tendrá por legalmente probado el uso o costumbre a cuyo favor constare haber habido tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los tres años anteriores por una corte superior o suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada. Pero se podrá refutar esta prueba aun por una sola decisión contraria que tenga las mismas calidades ».

Artículo segundo de proyecto de 1853: « La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes: 1º. Por tres decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, dentro de los últimos diez años. 2º. Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata, nombradas por el juez de oficio o a petición de parte. Sólo a falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo; y ni el uno, ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada ». Precauciones suplementarias adoptaba el artículo siguiente, el tercero, de este proyecto: « La costumbre puede ser general o parcial. La costumbre parcial, limitada a cierta parte del territorio, a cierta profesión, a cierta clase de personas, no tendrá valor alguno fuera de estos límites ».

Y no olvidemos donde estamos. Recordemos una presencia. « Cierta parte del territorio » y « cierta clase de personas » eran indígenas, habitantes anteriores de aquellas tierras y no integrados en el orden político que procedía a la codificación. Costumbre en América era nombre ante todo de derecho indígena. Tras tantas previsiones, ya se ha visto el resultado: « Se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley ». Dichos mismos esfuerzos no buscaban otro resultado que el de esta misma privación a la costumbre de una autonomía como fuente ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁷⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 254, con otra perspectiva. Más distante en planteamiento y más de espaldas a lo

9. La influencia del código chileno va a hacerse notar en nuestro terreno de unos títulos preliminares, los cuales no es raro que, con esta guía, sean en América más desarrollados que en Europa. Así ocurre en Colombia, donde, tras adoptarse prácticamente el mismo código de Chile por algunos estados, como por Santander en 1858 y por Cundinamarca al año siguiente, se promulga en 1873 también como código federal, para su ámbito, con adaptaciones tampoco sustanciales ⁽¹²⁸⁾. Lo recibe así además Panamá, todavía parte de Colombia. En dicha versión, la federal, el título preliminar aparece estructurado en estos seis capítulos: *Objeto i fuerza de este código, De la lei, Efectos de la lei, Interpretación de la lei, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes y Derogación de las leyes*. Aquí, a nuestros efectos, el importante es el capítulo segundo, equivalente a la sección primera de Chile.

El concepto colombiano es el chileno: el derecho es ley y « lei es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional » (artículo cuarto), pero el desarrollo no sigue fielmente el diseño, sumando reforzamientos. Hay un cierre de posiciones en materia precisamente de costumbre. Artículo octavo: « La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la lei. No podrá alegarse el desuso para su inobsevancia, ni práctica alguna, por inveterada i jeneral que sea ». Y de este signo tenemos una regla conocida. Artículo noveno: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa ».

Una recepción del código chileno sin muchas adaptaciones se produce también en El Salvador, en 1859, en Ecuador, en 1861, en Nicaragua, en 1871, y en Honduras, en 1880 ⁽¹²⁹⁾. El texto salvadoreño, su título preliminar en la parte que nos interesa de este formulario más extenso propio del diseño chileno (*De la ley, Promulgación de la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley,*

específico, refundiendo otras páginas suyas, B. BRAVO LIRA, *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica, 1827-1917. Derecho nacional y europeización*, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana*, pp. 81-138.

⁽¹²⁸⁾ *Código Civil Nacional expedido por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en sus sesiones de 1873*, Bogotá 1873.

⁽¹²⁹⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 252.

Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes y Derogación de las leyes), refuerza la referencia constitucional respecto a la ley (artículo tercero). El ecuatoriano presenta el mismo índice, al fin y al cabo el chileno, y un desarrollo mayor, con una adición sobre fuentes en la línea sustancialmente peruana. Regla séptima del artículo décimo octavo: « A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal ». Con analogía y principios, puede producirse, bajo ley, una apertura para la jurisprudencia, pero no respecto a la costumbre. Y artículo segundo tanto salvadoreño como ecuatoriano, repitiendo el mismo chileno: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella » (130).

La tónica de un cierre de posiciones alrededor de la ley con particular negación de la costumbre no remite. Así también ocurre, ya ha ocurrido, con los códigos de Venezuela, desde 1862, con el de Uruguay, de 1868, y con el de Paraguay, de 1876 (131). El segundo, el uruguayo (132), en su título preliminar, *De las Leyes*, combina pronunciamientos. Parágrafo segundo del artículo noveno: « La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella ». Artículo décimo sexto: « Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales del derecho, y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso ».

A falta de ley, así se añade hasta la jurisprudencia no judicial, pero no la costumbre, que sólo vale por remisión de ley. En dirección similar de afirmación de la ley sobre libertad tanto social como también individual, figura en el código uruguayo otra regla conocida de estirpe más puramente napoleónica. Artículo undé-

(130) Mauricio GUZMAN (estudio preliminar), *Código Civil de El Salvador*, Madrid 1959; *Código Civil de la República del Ecuador. Edición aprobada por la Corte Suprema de Justicia*, Quito 1930.

(131) A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 254. Unos primeros códigos de Venezuela, donde se sucedieron hasta cuatro civiles entre 1862 y 1880, también están entre los que no he logrado ver.

(132) *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay promulgado por el Gobierno Provisorio en 23 de Enero de 1868. Edición oficial*, Montevideo 1868.

cimo: « No puede derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres ».

Sigue, ha seguido, el código de Argentina, de 1869 ⁽¹³³⁾. Presenta dos títulos preliminares, uno primero *De las Leyes* y uno segundo *Del modo de contar los intervalos del Derecho*. El nuestro es el primero. Viene la regla napelónica de sujeción de justicia a ley. Artículo décimo quinto: « Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes ». Se añade la mejora sobre fuentes que viene corriendo por América desde Perú pasando al menos por Ecuador, Uruguay y, como veremos, también por México y más tarde por Guatemala. Artículo décimo sexto: « Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso ». Siguen refuerzos también conocidos con alguna salvedad que afirma siempre ley, ley siempre. Artículo vigésimo: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley ».

Lo propio resulta con la costumbre. Artículo décimo séptimo: « Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellas ». El giro de que la costumbre no puede crear derecho en el sentido subjetivo, derechos así en plural, es nuevo y significativo.

Este título se preocupa por la dependencia más inequívoca de los derechos respecto a las leyes, del derecho subjetivo respecto al derecho objetivo, un principio al fin y al cabo también napoleónico como de sobra sabemos. Aquí tiene fórmula propia. Artículo quinto: « Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público ». Una regla genuinamente napoleónica puede aparecer así reforzada. Artículo vigésimo pri-

⁽¹³³⁾ *El Código Civil de la República Argentina sancionado por el Honorable Congreso de la Nación el 25 de septiembre 1869 y 7 de agosto 1872. Cotejado artículo por artículo con la edición de Nueva York, declarada auténtica, ofreciendo así en un mismo libro ambas ediciones de Código Civil Argentino, Bueno Aires 1872.*

mero: « Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres ».

Que hay motivos de fondo para el empeño puede reflejarse en otro artículo. Se trata del noveno: « Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud o que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales », no generales. Unas concordancias debidas al responsable material de este código no tiene precedente de congénere para este artículo ⁽¹³⁴⁾. Aun con expresiones de reserva, estamos ante ordenamientos que admiten todavía cosas incluso como la esclavitud. Difícilmente pueden afirmarse entonces derechos sobre leyes. No hay mejoras del modelo caprichosas ni inocentes. No hay en esta historia estereotipos.

10. Llegamos a la codificación mexicana ⁽¹³⁵⁾. Ya está iniciada no sólo por aquel pionero extraviado que fue el código de Oaxaca, sino también porque, aparte otros intentos tempranos que quedaron en proyectos, se ha reemprendido mediado el siglo con un proyecto federal hecho público en 1861 que se promulga por el Estado de Veracruz el mismo año, es objeto de alguna promulgación fallida más general y sirve por fin de base para el código federal de 1870, código del distrito y territorios federales y, en determinadas materias, general, de todos los estados, que a su vez será renovado en 1884 y 1928 ⁽¹³⁶⁾.

Tenemos nuestro título, *Disposiciones preliminares*, y sus pronunciamientos sobre fuentes. Priva ante todo la ley por encima particularmente de costumbre. El pronunciamiento es categórico desde el texto de 1861. Artículo cuarto: « La ley no puede ser derogada en todo o en parte sino por otra ley posterior, sin que valga

⁽¹³⁴⁾ Dalmacio VELEZ SANSFIELD, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires 1872, que son apuntes de concordancias, incorporados a algunas ediciones: *Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, y leyes complementarias*, Buenos Aires 1949.

⁽¹³⁵⁾ M^a del Refugio GONZALEZ, *El derecho civil en México, 1821-1871*, México 1988, pp. 57-137.

⁽¹³⁶⁾ Rodolfo BATIZA, *Las fuentes del Código Civil de 1928. Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas*, México 1979, reproduciendo junto a otras fuentes dicho conjunto de materiales.

alegar contra su observancia el desuso, costumbre o práctica en contrario ». Lo segundo es importante pues se independiza desde 1870 de forma que se mantiene por los textos sucesivos. Artículo noveno de 1870 y 1884 y décimo de 1928: « Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario ».

A falta de ley, el expediente también es conocido. Ya lo formula el proyecto de 1861. Parágrafo primero del artículo décimo: « Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por la palabra, ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso ». Es texto que no se toca hasta el código de 1928. Artículo décimo noveno: « Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho ».

El texto de 1861 no habla expresamente de la ignorancia, pero el asunto entra en el de 1870. Artículo vigésimo primero: « La ignorancia de las leyes no sirve de excusa y a nadie aprovecha ». El de 1884 puntualiza. Artículo vigésimo segundo: « La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa, y a nadie aprovecha ». El de 1928 procede a unas salvedades bien sintomáticas. Artículo vigésimo primero: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten inexcusablemente al orden público ».

Hay leyes en todo caso inexcusables. La fórmula napoleónica está presente desde el proyecto de 1861. Artículo noveno: « Las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios privados ». El código de 1870 refuerza: dichas leyes « no podrán alterarse, o nulificarse en cuanto a sus efectos » (artículo décimo sexto), siguiéndole el de 1884 (artículo décimo quinto). El

código de 1928 cambia de expresión, pero no de regla. Primer párrafo del artículo sexto: « La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla ». Entre los motivos de exención de cumplimiento por ignorancia, esta libertad no figura.

Al código de México de 1870 le sigue, le ha seguido, el de la vecina Guatemala, de 1877, con su título preliminar *De las leyes en general* ⁽¹³⁷⁾. La costumbre también se nombra para excluirse. Artículo sexto: « Contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario ». El principio de identificación de la ley con el derecho se refuerza. Artículo décimo séptimo: « Los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ella ». Un recurso ulterior, que apareciera en Perú y ha pasado al menos por Ecuador, México y Uruguay, se agrega en su forma primera. Artículo décimo octavo: « Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1°. El espíritu de la ley; 2°. A otras disposiciones sobre casos análogos; 3°. A los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran ». Y no se olvida la ignorancia. Artículo décimo noveno: « Nadie puede alegar en su favor la ignorancia de las leyes ». Guatemala es, en mayor medida era, país de mayoría indígena no partícipe ni siquiera del lenguaje del código.

La realidad de una presencia indígena que se reflejaba en México, en el código de Oaxaca, por unos comienzos y ante la que ha venido cerrándose luego los ojos, ha vuelto a detectarse por parte del mismo México sólo a la altura del código de 1928. Por el tratamiento especial que le dedica a la ignorancia del derecho, no es que se ponga exactamente de manifiesto, pero realmente se detecta una realidad indígena, una determinada imagen suya, no la propia, sino la que la ley misma se hace como hemos visto: la de un « notorio atraso intelectual » y un « apartamiento de las vías de comunica-

⁽¹³⁷⁾ *Código Civil de la República de Guatemala*, Madrid 1880, la edición citada de la *Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos*.

ción », el desconocimiento y la extrañeza en suma, la ignorancia para el código.

No esperemos que nuestros títulos preliminares ni que todos nuestros códigos enteros y juntos nos revelen realmente algo sobre dicho otro mundo. De su negación principalmente se trataba. Hay una ignorancia mutua. Igual que una parte, la indígena, ignora ley, la otra, la no indígena, ignora derecho. El código no debe saber nada sobre toda una realidad jurídica consuetudinaria, sobre todo un universo de derechos indígenas, cuya cancelación precisamente presume o intenta lograr presumiéndola. Toda su presunción puede aquí jugarse en esto. El código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un derecho, la costumbre, por muy existente y pujante que sea la misma. No existe ni puja como tal, como derecho, para el código. Para él es tan sólo privación, únicamente ignorancia, la ignorancia del derecho que es ignorancia de ley, una cosa lo mismo que la otra para el código.

Alguien muy vinculado al principal responsable de la codificación civil mexicana podía manifestarse de este modo refiriéndose a la pluralidad de costumbres en clave de lenguas: « La poliglosía de nuestro país es un obstáculo a la propagación de la cultura », por lo que debería desearse y procurarse que la lengua castellana consiguiera « atrofiar y destruir los idiomas locales », las decenas de lenguas indígenas vivas en México ⁽¹³⁸⁾. He aquí expresado con toda crudeza el programa cancelatorio que se encierra en los títulos de fuentes, en estos preliminares del código civil y de todo el ordenamiento. Y es un horizonte que se entiende civilizatorio. Otra cultura que no sea la propia no se concibe, como no se concibe otro derecho que el propio. El resto se tiene por incultura. Este es el mundo excluyente del código, de la ley como única fuente autónoma, de esta exclusiva. Con toda consecuencia, el derecho, como la lengua, es imposición de ley, no libertad de costumbre. También en América

⁽¹³⁸⁾ Shirley Brice HEATH, *La política del lenguaje en México: de la colonia a la nación*, México 1986, p. 124, expresiones de Justo Sierra, hijo del jurista del mismo nombre que fuera el autor material del referido proyecto de 1861, base de esta codificación. Más conocida por más elaborada, no es otra la posición lingüística de Andrés BELLO, el principal responsable del modelo chileno, el deuterotipo americano.

el título preliminar del *Código Napoleón* vertido al castellano tiene lugar y papel, espacio y misión.

La posición monolingüística, reducción a lengua única, es consustancial al planteamiento codificador, reducción a fuente única. Y ambas cosas pugnaban con una realidad especialmente adversa. Porque la historiografía jurídica ofrezca la impresión, no se piense que la codificación hace uso de una lengua común. Por los mismos años en los que se última en México el código civil y también una guerra civil, entre 1866 y 1867, se dan por una parte, por parte de una monarquía declinante, ensayos de publicación de las leyes no sólo en castellano, sino también en náhuatl, como lengua indígena más difundida, y por otra parte, por parte de una república ascendente, una ley, y ley sólo en castellano, que anticipa un principio tan característico de la codificación como precisamente el de la entrada en vigor de las leyes por su exclusiva publicación oficial, una publicación ya se entiende que monolingüe ⁽¹³⁹⁾.

Los ensayos lingüísticos son raros y no alcanzan en caso alguno a la codificación. El código sólo se concibe en lengua de procedencia europea a lo ancho y a lo largo de un territorio con otras lenguas que se cuentan por cientos y sus hablantes a veces por cifras de millón, y cuyo idioma castellano en las latitudes latinoamericanas no es lengua franca, distando mucho de ser común a todos y todas ⁽¹⁴⁰⁾. Se trata entonces de reducir literalmente a la nada pueblos y culturas, las lenguas y las costumbres de millones de personas y miles de comunidades ⁽¹⁴¹⁾. Es el intento.

En 1896 se promulga en Venezuela un nuevo código civil, el quinto si llevo bien la cuenta ⁽¹⁴²⁾, que a su vez se renueva en 1922

⁽¹³⁹⁾ Guillermo F. MARGADANT, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Naucalpan 1993, edición ampliada, pp. 179 y 181, para ambas cosas: para el dato y para la impresión.

⁽¹⁴⁰⁾ Francesc LIGORRED, *Lenguas indígenas de México y Centroamérica*, Madrid 1992, pp. 111-128 para el náhuatl, que todavía hoy supera el millón de hablantes y hasta un cuarto de entre ellos monolingües.

⁽¹⁴¹⁾ Roberto JORDAN PANDO, *Poblaciones Indígenas de América Latina y el Caribe*, México 1990.

⁽¹⁴²⁾ B. BRAVO LIRA, *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica*, pp. 131-138, ofrece, y no por primera vez, un cuadro cronológico con otra cuenta y no

y, ya el vigente, en 1942 ⁽¹⁴³⁾. El título preliminar es de factura napoleónica con algún aditamento. El enunciado, *De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación*, no anuncia mucha novedad, pero alguna se produce por adición. La hay respecto a los textos que he conseguido ver directamente, entre los que recuerdo que no figuran los anteriores venezolanos. Artículo undécimo de 1896 y décimo tercero de 1922 y 1942: «El idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos; y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma». Tenemos aquí, por estos últimos referentes, un cierre respecto a otros idiomas de matriz europea, como el inglés o como otros también presentes en las Guyanas, pero además lo hay, por la referencia pública, a lenguas propias aborígenes.

La novedad no cunde, pero tampoco queda aislada. Nicaragua renueva su código civil en 1904. El anterior, como ya dijimos, era de planta chilena y esto sigue acusándolo un título preliminar dividido en ocho secciones: *Promulgación de la ley*, *Eficacia de la ley*, *Interpretación de la ley*, *Del parentesco*, *Del modo de contar los intervalos del Derecho*, *De las medidas e Idioma legal*, toda una sección aunque sea de artículo único, el trigésimo octavo ⁽¹⁴⁴⁾. Encontramos el mismo texto venezolano y un añadido propio: «Los cartularios emplearán igualmente el idioma castellano en los instrumentos y documentos que redacten y autoricen». Si resulta una mejora del modelo, otra más, tampoco es caprichosa. El registro no es gratuito. La lengua castellana no era ni siquiera lengua franca en medio país nicaragüense ⁽¹⁴⁵⁾.

muy fiable en general ni siquiera para la codificación latinoamericana. Venezuela tuvo códigos civiles anteriores en 1862, 1867, 1873 y 1880, cuatro como ya dije.

⁽¹⁴³⁾ *Código Civil de los Estados Unidos de Venezuela. Edición oficial*, Caracas 1923. Para el de 1897, las ediciones españolas citadas de la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, en el *Anuario* y exenta como ya también dije.

⁽¹⁴⁴⁾ Este título preliminar, aunque no el código, ya también dije que se reprodujo diligentemente en la *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, en el *Anuario*.

⁽¹⁴⁵⁾ F. LIGORRED, *Lenguas indígenas de México y Centroamérica*, pp. 189-190,

A estas alturas, tras toda nuestra historia de textos en castellano, esta declaración de títulos preliminares de Venezuela, de Nicaragua y no sé si de algún otro caso, tampoco es que añada nada realmente nuevo. Quizá, por estas fechas, lo más significativo sea lo menos novedoso, el talante napoleónico del enunciado de los títulos preliminares venezolanos, con toda su presunción de ley y no sólo así de lengua. Esto segundo ha ido implícito desde el comienzo. El título en sí es signo de la cultura que está intentando imponerse con la más lesa ignorancia de otras culturas presentes. El *Código Napoleón* ofrecía el mejor modelo, el del silencio, un silencio letal para con la costumbre como fuente, el cual puede serlo, mortal, para con enteras culturas.

Costa Rica se dota de un código civil exento en 1888, sustituyendo aquél de 1841 que constituía la primera parte de un código general. El nuevo título preliminar, *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes*, renueva poco en nuestros extremos⁽¹⁴⁶⁾. Segundo párrafo del artículo primero: «Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada». Artículo duodécimo: «La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario». O trae realmente estas novedades, pues estos rechazos explícitos, el de la ignorancia y el de la costumbre en refuerzo ambos de la ley, no figuraban en el código precedente.

De 1916 data el código del Panamá independiente⁽¹⁴⁷⁾, el cual, conforme a su procedencia colombiana, adopta un título preliminar de factura chilena, *De la ley, Efectos de la ley, Interpretación y aplicación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes y Derogación de las leyes*, sólo que recuperando el silencio absoluto sobre la costumbre. También es verdad que acentúa la referencia constitucional propia de esta modalidad americana del prototipo europeo: «Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará

sobre la zona atlántica de Nicaragua donde además la presencia colonial es como en Belice respecto a Guatemala, más anglo que hispana.

⁽¹⁴⁶⁾ Héctor BEECHE LUJAN y Fabio FOURNIER JIMENEZ (estudio preliminar), *Código Civil de Costa Rica*, Madrid 1962.

⁽¹⁴⁷⁾ *Código Civil. Edición oficial*, Panamá 1926.

como insubsistente » (artículo trigésimo quinto); pero un planteamiento de este carácter constitucional no parece así que tenga nada que ver con la cuestión de unas fuentes distintas a la ley.

Más o menos constitucionales, entre unas modalidades americanas como principalmente la chilena y la argentina, los códigos en castellano de América pueden presentar diferencias apreciables en torno a la concepción más concreta de la ley, pero en algo están todos conformes: ante la fuente legal, la consuetudinaria no vale en absoluto. Se modela, pero hasta un punto. Se mejora con un designio. Puede haber leyes superiores, comenzándose por las constituciones, pero nunca costumbres tales. Estas son siempre inferiores. El silencio no se ha guardado religiosa o napoleónicamente en todos los casos, pero las menciones mismas no se han debido a otro propósito, si no el de excluir, al menos el de supeditar, el de no permitir autonomía ninguna de la costumbre, una costumbre que es en América ante todo derecho indígena, otro derecho y otra cultura, otros derechos y otras culturas ⁽¹⁴⁸⁾.

No todo ha sido silencio. Tampoco es título preliminar todo. Porque no se reconociera formalmente derecho indígena, unos derechos indígenas, porque no se hiciera la previsión en sede y momento de fuentes, no ha dejado de producirse por la misma ley, exactamente por la ley, algún orden en la materia. Es, suele ser, de un carácter tuitivo, esto es, que no reconoce derecho, pero que ofrece protección. Mas si mira así a esto, lo hace en espera precisamente de una desaparición, no por lo común extintiva, sino asimiladora ⁽¹⁴⁹⁾. Es extinción en todo caso de cultura. Para el código, para el derecho que se identifica con él, no hay otra perspectiva

⁽¹⁴⁸⁾ Antonio HERNANDEZ GIL y Enrique ZULETA, *El tratamiento de la costumbre en la Codificación civil hispanoamericana*, Madrid 1976, para otra perspectiva, la usual, desfigurándose la evidencia de la posición cerrada de principio, aquí con aprovechamiento de las admisiones por remisión de ley, por disposición suya, esta forma en realidad de negación de una fuente, y como si la cuestión pudiera así recluirse en el interior de la codificación, como si la costumbre no le fuera exterior, como si no estuviera extrañada toda una población indígena.

⁽¹⁴⁹⁾ Jorge SKINNER-KLEE (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, México 1954; Manuel GAMIO (ed.), *Legislación indigenista de México*, México 1958; Roque ROLDAN (ed.), *Fuero Indígena Colombiano. Normas nacionales, regionales e internacionales, conceptos administrativos y pensamiento jurídico indígena*, Bogotá 1990.

cultural que la de importación europea y correspondiente cancelación definitiva americana ⁽¹⁵⁰⁾. Tampoco es que haga falta la codificación para llegar a concebirse esta política del derecho que viene a resultar colonial, racista y genocida ⁽¹⁵¹⁾, pero el código ofrece indudablemente un sistema que, si no acaba de resultar eficaz, no es porque no estuviera bien concebido para este género de designios.

11. Los títulos están en castellano. Sólo por esto, los textos españoles pueden tener una presencia significativa en América. La hay también directa del imperio español en época plena de codificación y produciéndose códigos, durante unos años en Santo Domingo y a lo largo del siglo en Cuba y Puerto Rico. En un principio, no se aprecia una influencia que vaya más allá de la trasmisión del planteamiento napoleónico. El primer amago de codificación española sobre presupuestos constitucionales tanto sustantivos de derechos como procedimentales de parlamento, aquel texto de 1821 producido bajo la Constitución de Cádiz, no parece haber tenido eco por América. Una posición tan representativa como la de Martínez Marina se conoce y utiliza, pero sólo en lo que tiene de defensa, no de derechos frente a código, sino de código contra recopilación ⁽¹⁵²⁾. No parece que interesase por su dimensión constitucional.

El proyecto español de 1851, con su aparato de concordancias, motivos y comentarios, deja en cambio sentir su influjo por América ⁽¹⁵³⁾. Ha podido apreciarse. Es texto, como sabemos, de planteamiento cerradamente napoleónico, de esta entronización superior de la ley, y cuyos anexos, como también vimos, hacían alguna previsión

⁽¹⁵⁰⁾ R. BATIZA, *Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México 1982.

⁽¹⁵¹⁾ Robert A. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford 1990.

⁽¹⁵²⁾ A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador*, II, pp. 112-117, editorial y artículo periodísticos de 1834 pertenecientes seguramente a Bello.

⁽¹⁵³⁾ B. BRAVO LIRA, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, pp. 60-61, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 9, 1984, pp. 51-64; José M^a CASTAN VAZQUEZ, *El Proyecto de Código Civil de 1851 y su influencia en las Codificaciones iberoamericanas*, pp. 282-285, en *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 19, 1988, pp. 261-286.

complementaria a favor sustancialmente de religión. El deuterotipo español para América ha sido éste, derecho de identificación legislativa y cultura jurídica de sentido religioso. Y el prototipo europeo es siempre *Napoléon*.

Tras el proyecto de 1851 que ya sabemos que serviría más tarde como base para el código civil de España, se produce uno para territorio español en América, pero el mismo no deriva de dicho texto, sino más directamente del *Código Napoleón*. Es el código de Santo Domingo de 1862, donde, como parte anteriormente de Haití, se había recibido previamente el *Code Napoléon*, como también ya sabemos. En 1845, durante una primera fase de independencia, la República Dominicana adopta en bloque, según la expresión de la propia medida, « los Códigos Franceses de la Restauración », el civil, el mercantil, el penal y los procesales civil y penal que siguen siendo sustancialmente los napoleónicos. Así se comprende innominadamente el *Code Napoléon*. Había sufrido alguna reforma que, aparte el cambio que ya conocemos de emperador a rey, no interesaba a título preliminar. El *Titre préliminaire* continuaba en vigor en Santo Domingo cuando se reintegra por un par de años a dominio español y se produce dicho código de 1862. Se trata de una versión del francés que se dispone por no estar precisamente en castellano y que se aprovecha para introducirse reformas en materias que interesan a religión, a la religión católica, « a los Sagrados Cánones y a la disciplina Eclesiástica de España »⁽¹⁵⁴⁾.

Así tenemos nuevamente título preliminar *De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*. No es una traslación sin más del original francés, pero en las partes sustanciales es esto lo que encontramos. Vuelven expresiones pues permanecen principios. Artículo cuarto: « El Juez que reuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad ». Artículo quinto: « Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria ». Artículo sexto: « No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el

⁽¹⁵⁴⁾ *Código Civil de la Provincia Española de Santo Domingo. Edición oficial*, Santo Domingo 1862, con el decreto de recepción de los códigos franceses y con las disposiciones de traducción, reforma e implantación.

orden público y las buenas costumbres ». Este último presenta un giro de traducción que parece generalizar a todas las leyes el imperio de la ley sobre la libertad, a tal punto podía llegar la entronización de esta fuente. Y sobre otras fuentes no hay aquí más que silencio, el silencio olímpico napoleónico.

El código español ya sabemos que trae en 1888 otras fórmulas respecto a fuentes, que en esto no se atiene a la base declarada de 1851. Este código se adapta y extiende en 1889 a las colonias supervivientes de América, las islas de Cuba y Puerto Rico ⁽¹⁵⁵⁾. El título preliminar es el español, *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*, con supresión de los artículos referentes a los derechos forales, con eliminación de esta posibilidad de prevalencia de costumbres determinadas, como si fuera de la península no pudieran existir comunidades de derecho consuetudinario propio. El artículo sexto permanece, con su admisión de costumbre en defecto de ley, bajo esta subordinación y en este caso: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho ».

Cuba independiente mantiene el texto. Puerto Rico, pasando a depender de los Estados Unidos del norte, introduce modificaciones y ampliaciones a partir de 1902 ⁽¹⁵⁶⁾. Desde este año, el artículo sexto es el séptimo con el primer párrafo idéntico, pero con el segundo alterado precisamente en lo que interesa a la costumbre: « Cuando no haya ley aplicable al caso, el Tribunal resolverá conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del Derecho, y los usos y costumbres aceptados y establecidos ». La posición de la ley se ratifica, el juego de la jurisprudencia se abre y la entrada de la costumbre se pospone. El régimen de fuentes no se reforma de

⁽¹⁵⁵⁾ *República de Cuba. Código Civil con la Ley de Bases, las correcciones y reformas introducidas hasta el día por el Gobierno de Cuba*, Madrid 1915, con el decreto de extensión común, como inicialmente el texto, a Puerto Rico.

⁽¹⁵⁶⁾ Félix OCHOTECO (estudio preliminar), *Código Civil de Puerto Rico*, Madrid 1960.

modo sustancial y las posibilidades en concreto de un derecho consuetudinario se reducen de forma notable.

La influencia del régimen español de fuentes no va mucho más allá de su dominio directo. De 1898 es un nuevo código civil de Honduras ⁽¹⁵⁷⁾, único caso registrado de adopción autónoma de la fórmula ⁽¹⁵⁸⁾. La inspiración chilena anterior se muda por la española. Tiene un título preliminar *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación* en el que encontramos expresiones literales del español de 1888. El artículo sexto de España ocupa aquí la misma posición y presenta el mismísimo texto: « El Tribunal que rehusé fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho ». Ya hemos visto que otros códigos adoptan o mantienen con posterioridad al español la fórmula triádica con dichos extremos de ley y principios, mas prefiriendo el paso intermedio, no de costumbre, sino de analogía, de esta extensión de la propia ley como expediente aquí más difundido.

El influjo resulta mínimo. No se abre paso por América ni una admisión tan subordinada de la costumbre como la que resulta del título español tras suprimirse la peculiaridad foral. El código civil de España no es un *Napoleónimo* que cree modelo para la exportación, que demuestre esta capacidad. Pertenece a la familia, pero es sólo un escatotipo. La codificación española no sólo es que llegue tarde para contribuir a la formación de un modelo americano, del diseño americano del modelo europeo, sino que también así trae algún elemento especialmente repudiado por dicha variante. Es el capítulo consuetudinario susodicho ⁽¹⁵⁹⁾.

La vieja metrópolis se permite un lujo que, por mucho que se les brinde, sus antiguas colonias ya no se muestran deseosas de impor-

⁽¹⁵⁷⁾ *República de Honduras. Código Civil. 1898, Tegucigalpa 1898.*

⁽¹⁵⁸⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 251, con errata de fecha y error de correspondencias.

⁽¹⁵⁹⁾ Para visión más complaciente, J.M^a CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid 1984; Juan Carlos GONZALEZ, *Influencia del derecho español en América*, Madrid 1992, pp. 145-172.

tar. Y así resulta que, en lo que toca estrictamente a costumbre, la posición metropolitana final es un punto menos colonial que la posición americana. Los títulos preliminares son al fin y al cabo todos ellos coloniales, de una inspiración y de un contenido que merecen esta calificación. Una diferencia sólo es de grado. El colonialismo de cultura y con ello de derecho era cosa entonces de todos los que codificaban como lo resulta ahora de todos cuantos siguen promocionando un ideal codificadorio, sean americanos, sean europeos ⁽¹⁶⁰⁾. Luego veremos el punto actual.

12. Los textos españoles que se planteaban el compromiso de los derechos no parecen haber tenido eco por América. Tampoco lo ha alcanzado el caso portugués que hacía el mayor esfuerzo; éste ni siquiera lo tiene en la codificación brasileña de su misma lengua ⁽¹⁶¹⁾. ¿Qué ocurre entonces con la problemática constitucional? ¿No están presentes por Latinoamérica las razones de este carácter contrarias al título preliminar? A juzgar por unos estudios actuales, por la historiografía del caso y al uso, no parece sino que tales específicos obstáculos, los constitucionales, allí no existieran, pero hay cosas que no se ven quizá porque no se miran, porque no quieren en definitiva verse. Algo ya ha asomado. La modalidad chilena de título preliminar establecía una conexión formal entre ley y constitución que así, aun en términos tan genéricos, quedaba al menos formulada. Y es principio que hemos visto interesar a otros casos incluso subrayándose. Y hay más.

El código civil de Colombia es, como sabemos, de corte chileno. Lo era el código federal y lo eran los códigos civiles de los diversos estados. Hay un cambio en 1887 consistente en la eliminación de estos cuerpos estatales y la conversión del federal en código unitario. La modificación se produce por efecto de la constitución de 1886

⁽¹⁶⁰⁾ El caso más transparente hoy se produce, no en España, sino en Italia, con un programa de investigación sobre *Codificazione e unificazione del diritto in America Latina* que tiene presencia de campo afectado y audiencia de parte interesada: Sandro SCHIPANI, *Los códigos latinoamericanos de la « transfusión » del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la « mezcla » y « códigos tipo »*, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana*, pp. 17-77.

⁽¹⁶¹⁾ SÍLVIO MEIRA, *Genese e elaboração do Código civil brasileiro de 1917*, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana*, pp. 313-379.

que contiene algo más interesante para la codificación. Su título tercero, título *De los derechos civiles y garantías sociales*, concluye disponiendo su incorporación al código civil sin merma de su rango constitucional. Artículo quincuagésimo segundo: «Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución». A partir de ahora *Título preliminar* será el título constitucional, debiendo en consecuencia pasar a un segundo lugar subordinado el título preliminar originario. Así puede también intentarse la entronización de derechos por encima de la ley. Queda en intento. El código no se altera y el nuevo título preliminar parece fuera de lugar. Se cumplirá la constitución publicándose con el código, pero en forma por lo común significativamente de anexo, como apéndice. Como título preliminar, realmente no rige ⁽¹⁶²⁾.

Pero la problemática más sustancialmente constitucional, la de los derechos, así al menos está. Llega a comparecer en el mismo terreno de la codificación de modo no muy distinto al portugués. Mas no se le ve muy presente en las propuestas y discusiones de los textos. La cuestión no parece que se suscite por los proyectos de Chile, los que introdujeron en el título preliminar mismo la referencia constitucional más generalizada. No parece que el problema allí se discutiera como propio precisamente de la codificación ⁽¹⁶³⁾. Esta interferencia de constitución no se detecta en este arranque del modelo americano, de este verdadero deuteronomio.

La misma referencia constitucional de la ley, la que se introdujo en el código, no parece ser cosa apreciada entonces por unos críticos de la codificación situados inicialmente más bien, por América como por España, en actitudes todavía menos constitucionales, en posiciones poco comprensivas con cualquier género de constitucionalismo, más proclives también a religión que a código. Así podía decirse respecto al artículo primero del código chileno, el que introducía la conexión entre ley y constitución, y contra esto preci-

⁽¹⁶²⁾ Alfonso URIBE MISAS (estudio preliminar), *Código Civil de Colombia*, Madrid 1963, con todas las evidencias.

⁽¹⁶³⁾ Guillermo FELIÚ CRUZ (ed.), *La prensa chilena y la codificación, 1822-1878*, Santiago 1966; A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador*, I, pp. 344-360.

samente: « Las leyes naturales, eclesiásticas y extranjeras no son ciertamente una declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, y queramos o no queramos, estamos sometidos a ellas y debemos respetarlas y cumplirlas. Si fuera de otro modo, inútiles serían las referencias de la ley civil a la equidad natural y al derecho internacional que es la misma ley natural aplicada a las naciones; inútiles serían las referencias del legislador al derecho canónico » (164). Son las resistencias que no nos han interesado en España ni nos van a interesar en América. Nuestro frente es otro.

Es el de la problemática constitucional, el de una interferencia que, porque no se detecte en casos más o menos modélicos, no dejará de producirse expresamente por América frente al programa de la codificación. Lo hace desde luego el mismo problema más sustancial de los derechos. El título argentino era el más negativo para ellos. Los sujetaba a ley del modo más explícito para dar cabida finalmente a cosas incluso como la esclavitud. Fue texto polémico (165). Unos motivos constitucionales no dejaron de enfrentarse. Uno de sus críticos, Juan Bautista Alberdi, opone claramente este género de razones.

Lo hace Alberdi explicando que el código civil es, debe ser, « el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos civiles » de índole constitucional, los reconocidos por la constitución, mirándose para ello ante todo, no a una ciencia jurídica, sino a una experiencia social. Y no es quizá el código la mejor manera. Sin codificación, « los Estados Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la familia, mejor que los países más bien codificados de Sud-América ». A la constitución no le sienta bien un tratamiento de código, esta dieta: « El silencio de la ley es la voz de la libertad »; « cada artículo de más es una libertad de menos », pues « la libertad se presume, la restricción se expresa ». Alberdi también detecta contradicciones, así entre las posiciones de unos publicistas que,

(164) A. L. y V., *Código Civil Chileno. Observaciones críticas*, p. 67, en G. FELIU CRUZ (ed.), *La prensa chilena y la codificación*, pp. 66-72, artículo periodístico de 1857.

(165) Jorge CABRAL TEXO (ed.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino*, Buenos Aires 1920, que no he visto, tomando a continuación citas de segunda mano.

como constitucionales, defienden el sistema plural por federal estadounidense y que, como codificadores, propugnan la concentración del derecho por la ley, o así también una contradicción más de fondo: con la codificación viene a quedar «la revolución en la constitución y el antiguo régimen en la legislación civil»⁽¹⁶⁶⁾. Estamos ante la denuncia de la misma esquizofrenia que vimos en el proyecto español de 1869, aquella que fuera luego diagnosticada por Gumersindo de Azcárate y Joaquín Costa.

Alberdi es autor que se explica más. En un *preliminar al Derecho* asume posiciones en las que cabe mal el código por situar precisamente un derecho de libertad por delante de un derecho de ley⁽¹⁶⁷⁾. La reducción de lo primero a lo segundo, este rasgo característico de la codificación, es cosa que denuncia: «Es, pues, cometer una metonimia, es tomar el continente por el contenido, la forma por el fondo, la palabra por el espíritu, el llamar derecho a la legislación, al código»⁽¹⁶⁸⁾. Y Alberdi produjo también unas *bases* del derecho que, por su carácter igualmente constitucional, pueden abundar en la explicación⁽¹⁶⁹⁾.

Como bases para Argentina y para todos los estados latinoamericanos, Alberdi reclama constituciones de libertades, de derechos, y leyes correspondientes a dicho presupuesto. «No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías», sino que se precisa que no permita «ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee». Por la vía de un desarrollo constitucional tan desvirtuado, las leyes se han convertido en el medio de suspensión ordinaria de la constitución, de enervación regular de los derechos registrados en ella. De hecho,

⁽¹⁶⁶⁾ Lecturas del debate que así provocó Alberdi con el responsable material del código, el citado Vélez Sarsfield, diversas a la que ofrezco: V. TAU ANZOATEGUI, *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires 1977, pp. 373-384; A. LEVAGGI, *Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica trascendental sobre la codificación civil argentina*, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana*, pp. 243-271.

⁽¹⁶⁷⁾ Juan Bautista ALBERDI, *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho*, Buenos Aires 1955, que es texto de 1837.

⁽¹⁶⁸⁾ J.B. ALBERDI, *Fragmento preliminar*, p. 182.

⁽¹⁶⁹⁾ J.B. ALBERDI, *Las Bases*, Buenos Aires 1915, texto de 1852.

« las leyes son la regla, la constitución es la excepción »⁽¹⁷⁰⁾. Alberdi no menciona aquí el código, pero explica así la posición. Lo que dice de unas libertades públicas puede extenderse perfectamente a otras privadas, entenderse para toda libertad, con el cuestionamiento consiguiente de la función del código civil y de su título preliminar dentro de un planteamiento constitucional.

Juan Bautista Alberdi volvió por última vez al tema de la codificación en un escrito irónico y desengañado⁽¹⁷¹⁾. Un personaje de nombre Don Quijote funda entre la Patagonia y la Pampa una comunidad a la que da su nombre, Quijotania, y a la que dota de código, de un código civil, dos cosas ambas esenciales por lo visto para existir. No se anda con chiquitas: « En vez de copiar copias, copiaremos el original mismo del código civil de la creación », actuando así expresamente como un dios. He aquí el comienzo del índice del código: « Primero que todo, la concepción de la ley; es decir, su definición, su promulgación, su alcance, sus efectos; luego, el hombre y la producción de su ser ». Lo primero ya se sabe que es el título preliminar. En este génesis, tampoco viene en primer lugar la creación del hombre. El codificador es un demiurgo que crea la ley y crea al hombre, primero la una y luego el otro, quedando la una por encima del otro, dependiendo la misma producción que se dice del ser humano, su misma existencia y su mismo derecho, de la premisa de la ley. La ironía y el desengaño no añaden nada, pero lo dicen todo.

El codificador es un loco. Lo es Napoleón y lo son todos los Napoleones, el *Napoleón* como los *Napoleónidos*. Es cosa que ya sabemos. Tenemos el diagnóstico. Sufren como mínimo esquizofrenia, insania contagiosa en el caso. Puede transmitirse por la ley, por el mismo código, por la misma obra de tales locos, a todo el mundo del derecho, a todos sus operadores, a todas sus operaciones y a todos sus operados. La duplicidad detectada entre quienes son constitucionalistas y juristas a la vez, pregoneros por una parte de libertad y mamporreros por otra de ley, pueden sufrirla todos.

⁽¹⁷⁰⁾ J.B. ALBERDI, *Las Bases*, pp. 244-247.

⁽¹⁷¹⁾ *Peregrinación de Luz del Día o Viaje y Aventuras de la Verdad en el Nuevo Mundo*, de 1874, que cito por A. LEVAGGI, *Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica transcendental*, pp. 271-272, con otra lectura como he dicho.

Podrán manifestarla otros. El caso de Alberdi, este caso de Argentina, no es desde luego único. Una confrontación parecida respecto al código propio también se documenta en el vecino Uruguay ⁽¹⁷²⁾. Puede ser cosa más extendida de lo que nos deja ver el estrabismo de una historiografía.

La posición constitucional frente a la codificación tampoco se manifiesta sólo mediante la confrontación. Un jurista mexicano de esta generación que codificó, Isidro Montiel, coopera en una revista titulada *Los derechos del hombre*, interviene en las tareas de codificación de 1870 y produce obras personales como un *Estudio sobre garantías individuales*, otro *sobre los juicios de amparo* y también un *Tratado de las leyes* ⁽¹⁷³⁾. La profesión del derecho puede obligar a estas combinaciones y mixturas cuando un jurista ejerciente no se limita a la práctica, como es el caso de Montiel ⁽¹⁷⁴⁾, pero su obra no sólo es significativa por esto. Tiene interés también respecto a la querella entre constitución y codificación.

El *tratado de las leyes* de Montiel se presenta como un título preliminar de lo más desarrollado, con una estructura de índice en seis partes de este indudable sabor: *De la definición, división y caracteres de la ley*, *De la formación de la ley*, *De la promulgación de la ley*, *De la aplicación de la ley*, *De los efectos de la ley* y *De la abrogación, derogación y renuncia de la ley*. Mas el contenido no acaba de responder del todo a las expectativas de título e índice. Su terreno es realmente el de los códigos, no limitándose al mexicano; su materia, propiamente, la suya, la que ellos, los códigos, le ofrecen; su visión, por regla general, lo mismo, la que de su colación y

⁽¹⁷²⁾ C. Alberto ROCA, *Consideraciones acerca de las fuentes hispánicas de la codificación de Uruguay*, pp. 198-199, en A. LEVAGGI (ed.), *Fuentes de la codificación latinoamericana*, pp. 189-240, con el inconveniente siempre de lectura, para la segunda mano, de que el historiador tenga simpatía nada inocente con el codificador y antipatía algo culpable para con el crítico.

⁽¹⁷³⁾ Isidro MONTIEL DUARTE, *Tratado de las leyes y de su aplicación con arreglo al Código civil del Distrito Federal y de la Baja-California*, México 1877, facsímil México 1978, con presentación de Diego VALADES, pp. V-X, de donde tomo datos. El código de referencia es el primero federal susodicho.

⁽¹⁷⁴⁾ John T. VANCE y Helen L. CLAGETT, *A Guide to the Law and Literature of Mexico*, Washington 1945, índice de autores; M^a R. GONZALEZ, *El derecho civil en México*, pp. 163-165.

comparación, la de los códigos, se desprende. La ley está así omnipresente en el tratado igual que campea ella sola en su título. La jurisprudencia y la costumbre en realidad aparecen, pero conforme a esta lógica de ley: la primera, la jurisprudencia, como apartado de la aplicación de la ley, atendiéndose la sujeción, y la segunda, la costumbre, como capítulo de la derogación de la ley, exponiéndose la exclusión. Pero, como digo, esto no es todo. En las entrañas de este tratado hay más cosas. Hay cuerpos extraños.

Comienza por contener referencias constitucionales nada superfluas, que procuran definir extremos con antelación al tratamiento de los códigos, introduciéndose así los derechos. Esto crea desajustes, que no dejan de consignarse porque a continuación se resuelvan a favor de la codificación. Este método no se abandona cuando se llega a las fuentes, a otras fuentes distintas y en particular a la costumbre ⁽¹⁷⁵⁾. Ya hemos dicho cómo aparece, por razón del peligro que representa para la vigencia de la ley y no desde otra perspectiva ni por ninguna otra cuestión, y cómo su capítulo se resuelve, excluyéndosele como fuente en conformidad con la codificación. Pero entre aparición y resolución algo más se dice. « Si no nos hubiéramos propuesto limitar nuestra tarea al simple oficio de expositores, entraríamos en la cuestión de si es o no conveniente dar fuerza de ley a la costumbre », pues no es cuestión que acabe de verse clara. Montiel, por su oficio de expositor, por su profesión de derecho, no entra así en ella, mas se permite todavía un par de observaciones.

La primera observación es la de que el criterio de los códigos no es tan inequívoco, pues algunos, comenzándose por el prototipo napoleónico, guardan silencio y además existe uno, « el de la Luisiana », que adopta posición favorable a la costumbre. La segunda observación es la siguiente: « Se comprende que el sistema que sobre este punto deba seguirse en un país democrático, no es ni puede ser nunca el mismo que se siga en otro regido por el absolutismo », entendiéndose que esto, el absolutismo, es el rechazo de la costumbre y que aquello, la democracia, si ha de ser lo

⁽¹⁷⁵⁾ I. MONTIEL DUARTE, *Tratado de las leyes*, pp. 430-431, en capítulo *De la costumbre*, que es el segundo entre cuatro que forman el último apartado, el de la abrogación, derogación y renuncia de la ley.

contrario, resulta la aceptación de esta fuente. No dice más, pero no es poco.

Hemos recibido un par de indicaciones que conviene no echar en saco roto. Por una parte, una posición crítica del código no sólo concibe la posibilidad de un sistema constitucional sin codificación, sino que identifica también una experiencia de esta índole: la de los Estados Unidos de América, de la misma América. Juan Bautista Alberdi en concreto nos lo ha dicho, pero es una advertencia común por estos círculos más constitucionales y no sólo por los americanos. También en España podía ponerse de manifiesto el contraste, respecto al caso propio, de unas latitudes constitucionales, incluso las más constitucionales conocidas, que no consideraban la codificación como un elemento del constitucionalismo. La misma peculiaridad del caso portugués, por su atención precisamente a los derechos, puede atribuirse a un influjo anglosajón, inglés además de norteamericano, el cual no enseña a hacer código, pero sirve para hacer derecho, lo que para estas posiciones sería primero⁽¹⁷⁶⁾. Constitución sin código, derecho constitucional sin codificación, era algo que así existía y se conocía tanto en Europa como en América.

La segunda indicación también nos conduce a los Estados Unidos dichos, a un estado en particular, Luisiana, del que en cambio se nos notifica que tiene código y un código además tan significado que admite la costumbre como fuente. No es tampoco la primera noticia. Ya la tuvimos por los textos que Saint Joseph, sus traductores castellanos, concordaban con el *Código Napoleón*, de donde pudo pasar a otras obras de concordancias, comenzándose como vimos por la española de 1852, la del proyecto del año anterior. Se ha advertido su singularidad de admisión de la costumbre, así como que no es un ejemplo realmente seguido. Mas el caso puede ser significativo para lo que estamos tocando, para la problemática constitucional planteada por la codificación o más bien por quienes se resistían a ella desde una posición constitucionalista.

(176) P. DE LA ESCOSURA, *Prologo del traductor* citado al *Código Civil Portugués*, a su primera traducción como sabemos, pp. XXIV y XXIX-XXXI, cuya indicación seguirían, con más o menos simpatía, otros introductores y comentaristas. Como pudo detectarse por la inspiración de fondo de toda la empresa de Alejo García Moreno, la anglofilia jurídica era común en los sectores más constitucionales.

Luisiana es colonia latina que deviene estado de los Estados Unidos, lo que será también el caso de otros territorios como Florida, Texas, Nuevo México, Arizona o la alta California. La América que nos importa ya sabemos que va de Oregón a Patagonia. En la parte finalmente estadounidense, Luisiana codifica y lo hace autónoma y tempranamente. Está en ello desde 1808, con una compilación de forma francesa y fondo castellano que ya tiene estilo y pretende alcanzar autoridad de código. En 1825 promulga uno en toda regla, título preliminar incluido. En lo que aquí nos importa, era un cuerpo legislativo que se afirmaba como tal, situando categóricamente a la ley por encima de otras fuentes. Admitía efectivamente de un modo expreso la costumbre como fuente, pero no hasta el punto de permitir la derogación de la ley por el desuso. Y ya vimos que este código tampoco admite excusa de la ley por ignorancia, costumbre por esta vía de desentendimiento ⁽¹⁷⁷⁾.

A falta de ley, este código de 1825 admitía también jurisprudencia mediante la fórmula de remisión a equidad, derecho natural, razón y, en último término ahora, costumbre. Pero el título preliminar del código no tiene la misma fuerza que en otras latitudes. Choca precisamente con una jurisprudencia que, desde 1808, desde el primer intento, hace por valerse como fuente y se encontrará para ello en un medio favorable que no será el estatal, sino el federal. Unas leyes complementarias propias ratificarán y reforzarán en 1828 la posición del código en particular y de la ley en general, pero la jurisprudencia, aun con esta sujeción y frente a su misma insistencia, no abandona un estilo de interpretar, no el derecho conforme a la ley, sino la ley conforme al derecho, pudiendo mantener y desenvolver principios propios no sólo complementarios o supletorios, sino también intelectivos e incluso directivos respecto a la ley lo mismo que respecto a otras fuentes, como así a la costumbre ⁽¹⁷⁸⁾. Un federalismo lo permite e incluso lo fomenta.

Es la constitución o más bien, por el federalismo, las constitu-

⁽¹⁷⁷⁾ A. GUZMAN BRITO, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles*, p. 238.

⁽¹⁷⁸⁾ Richard Holcombe KILBOURNE, *A History of the Louisiana Civil Code: The Formative Years, 1803-1839*, Clinton 1987, atento a fuentes y en particular a jurisprudencia.

ciones el elemento dirigente común. Puede serlo su predicado de derechos, pues en cuanto a fuentes la constitución particular de Luisiana también tiende, como el código, a reforzar la posición de la ley. El medio federal es el que efectivamente favorece la resistencia de otras fuentes al asalto de la ley sobre el derecho⁽¹⁷⁹⁾, el que particularmente no permite cancelación de jurisprudencia como tampoco de costumbre⁽¹⁸⁰⁾. En los Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, hubo también un movimiento importante por la codificación, el cual cosechó, sobre todo en lo que interesa a las fuentes, a la posición del derecho bajo el poder de la ley, más popularidad que éxito. En su sentido estricto de sistema de ley como fuente única, la codificación no encontraba cabida en el orden constitucional de esta federación por mucho predicamento que la misma ley parlamentaria pudiera alcanzar frente a una costumbre de carácter multinacional, de esta condición plural, y frente a una jurisprudencia de signo a su vez tradicionalista por cuanto que tendía a mantener y recuperar derecho inglés, *common law*⁽¹⁸¹⁾.

Una estructura federal, un federalismo efectivo, ya impedía el sometimiento de unos derechos, de estos principios constitucionales suyos, a fuente única. Eran, podían ser los derechos, constitución de constituciones, fuente de fuentes⁽¹⁸²⁾. El mismo movimiento codificador pudo definitivamente frustrarse por la reafirmación de los derechos como constitución, en esta posición y con este valor⁽¹⁸³⁾. En estos concretos Estados Unidos de América, podrán darse códigos, pero no, con su concepto de base del derecho, con sus

(179) David J. LANGUM, *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-american expatriates and the clash of legal tradition, 1821-1846*, Norman 1987.

(180) Morris D. FORKOSCH, *Custom in American Law*, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 54, *La coutume. Le monde contemporaine*, 1989, pp. 101-132.

(181) Charles M. COOK, *The American Codification Movement: A Study of Antebellum Law Reform*, Westport 1981; David S. CLARK, *The Civil Law Influence on David Dudley Field's Code of Civil Procedure*, pp. 66-75, en Mathias REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlín 1993, pp. 63-87.

(182) J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, I, *The Authority of Rights*, Madison 1986.

(183) Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution*, en *The Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1131-1210.

títulos preliminares cumplidos e imperantes, codificación⁽¹⁸⁴⁾. La excepción, de haberla, es la vista de Puerto Rico, no tanto por incorporarse tardíamente, sino por no integrarse federalmente como estado. La regla en este medio no la constituye la codificación. En Canadá, dentro de la confederación de 1867, un caso similar al de Luisiana pudo también darse con el código civil de Quebec, de 1866⁽¹⁸⁵⁾.

La regla es cosa que no sólo existe y opera, sino que también se capta y arguye. El debate estadounidense sobre la codificación no deja de incidir en la materia de fuentes. Posiciones como la de Joaquín Costa podrán aquí resultar no sólo pensables, sino también viables. Hay una literatura anglosajona frontalmente anticodificadora que pudo conocerse en América Latina transmitiéndose la noticia a España. Existen unos *savignies* de cultura constitucional⁽¹⁸⁶⁾. Interesan con esto por sí mismos. Así por ejemplo tenemos a James Coolidge Carter, jurista de Nueva York, estado que era foco del movimiento codificador, quien se enfrenta a la *Proposed Codification of Our Common Law*, a la codificación propuesta de nuestro derecho común, el de tradición inglesa, y lo hace desde tales posiciones⁽¹⁸⁷⁾. Las expone.

Expone así que el código, su idea, su programa, tiene un *despotic origin*, un origen despótico, propio de países *in which despotic power, absolute or qualified, is, or has been, predominant*, en los que un poder de tal clase, absoluto o casi, predomina o ha

⁽¹⁸⁴⁾ Carlos PETIT, « *A Contributor to the Method of Investigation* ». *Sobre la fortuna de Gény en América*, pp. 213-215 y 223-225, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 20, 1991, pp. 201-269.

⁽¹⁸⁵⁾ Pierre LEGRAND Jr., *Civil Law Codification in Quebec: A Case of Decivilianization*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 1993, pp. 574-591.

⁽¹⁸⁶⁾ Luíís A. VERGARA, *Ventajas e inconvenientes de la codificación del Derecho. Criterio que ha prevalecido y plan seguido en la redacción del Código de procedimiento civil chileno*, en *Revista de Legislación Universal y de Jurisprudencia Española*, 2, 1903, pp. 33-37, con una referencia inicial a « notables autores » que « han impugnado la codificación »: « Savigny y Walter, Cooper y Park ». Ya hemos visto la importancia de la empresa a la que pertenece esta revista para una comunicación jurídica entre Europa y América que no sería así de sentido único.

⁽¹⁸⁷⁾ James Coolidge CARTER, *The Proposed Codification of Our Common Law*, 1884, que cito por Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York 1992, pp. 117-123.

predominado, mientras que los países libres, por considerar que el derecho procede del pueblo, no lo reducen ni controlan de tal forma. Admiten éstos otros en cambio la costumbre como fuente autónoma y con ello también potencian el papel de la jurisprudencia en el propio terreno de las fuentes sin confiar exclusivamente a la legislación la misma apreciación y declaración de un derecho consuetudinario. Es una experiencia social y son unas aspiraciones sociales que se manifiestan a través de todos estos cauces y no por uno solo en exclusiva.

Con todo finalmente resulta que puede haber incompatibilidad entre código y constitución, que lo mismo que el primero tiende a la unidad de ley, la segunda lo hace a la pluralidad de fuentes. Que esto se advierta más difícilmente por otras latitudes, tiene que ver con el hecho de que la misma constitución opera por ellas como un primer código que sujeta derechos a leyes, cuestión esencial para el espejismo constitucional de la codificación. Ocurría en España en el tiempo en que se codifica y ocurre igualmente por Latinoamérica. Pero ya vemos que en ningún sitio parece que falte quien sepa detectarlo y acusarlo. Joaquines Costas no sólo hay en España afortunadamente.

Constituye (la presunción de conocimiento de la ley) un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia.

Joaquín Costa, 1901

13. Visitada también América y antes de despedirnos, lector o lectora amigos, extraigamos juntos conclusiones. Tengo y propongo una, aunque nada original. El rey, aquel rey que primero fue cónsul, luego emperador, más tarde incluso república y siempre estado, el legislador soberano que se nos ha dicho, este rey ha quedado no sólo desnudo, sino inconsciente además de estarlo, en aquel estado de autismo absoluto, de absolutismo autista, que Joaquín Costa diagnosticaba y advertía. Oigamos su grito. Es la voz ingenua que, como en el cuento, denuncia desnudez e inconsciencia. El rey está desnudo y no lo sabe. De nosotros, público incrédulo, habla la fábula. Nos la han relatado más veces y no sólo en Europa, sino también en América. ¿Quién la escucha?

Ha vuelto a contarse recientemente entre nosotros pareciendo que no se atiende. Me refiero al discurso doctoral de Paolo Grossi, de 1991, en la Universidad Autónoma de Barcelona sobre el *absolutismo jurídico* aplicado a la codificación ⁽¹⁸⁸⁾, el mismo achaque de absolutismo que delatara Costa y al que llegaron otros por sí mismos. También por América ha aparecido, y en medios precisamente constitucionales, el concepto e incluso el término de absolutismo para calificar la posición del código respecto a fuentes, para descalificarla. No es un veredicto nuevo, pero vuelve a ser emitido porque sigue el delito produciéndose, reproduciéndose. Puedo atestiguar que la recuperación del juicio por parte de Paolo Grossi fue recibida entre la perplejidad y el escepticismo de una primera audiencia de juristas, de quienes, por serlo, saben de sobra que el *Código Napoleón* es un producto final de algo tan jurídico, con sus declaraciones de derechos y sus constituciones, como la revolución francesa, y a quienes, por una educación española, tampoco se les escapa que gente tan ilusa como Joaquín Costa resultan cualquier cosa menos demócratas.

Desnudo e inconsciente no anda solo *Napoleón*, sino toda una estirpe de *Napoleónidos*. Locos andaban, andábamos, todos cuantos pertenecemos a progenie tan endógena. Tampoco nos asustemos. *Napoleón* es texto. *Napoleónidos* son textos. ¿Qué hacemos? No es cosa de vestir al desnudo ni tampoco parece que de enterrar a los muertos. Estos textos, desnudos e inconscientes, no están avergonzados y siguen además vivos. Están, eso sí, como en suspenso. Están, estamos, suspendidos. Es la calificación final, la descalificación definitiva, que merecemos y que por fin en la cara recibimos. Somos nosotros los descalificados.

El constitucionalismo codificador, aquel que se dobla en codificación, resulta que es absolutismo, su especie más refinada. Lo es el sistema de unidad de fuente en la ley o de una pluralidad determinada únicamente por esta fuente, por su admisión concesiva

⁽¹⁸⁸⁾ P. GROSSI, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona 1991; texto original en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 64, 1991, pp. 5-17; versiones alemanas en las *Tübinger Universitätsreden. Reihe der Juristischen Fakultät*, 3, 1992, y en *Rättshistoriska Studier*, 19, *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, 1993; inglesa en los *Italian Studies in Law. A Review of Legal Problems*, 2, 1993.

y controlada de otras, unidad también en suma. Conteniendo lo primero, inventándolo realmente, el *Titre préliminaire* del *Code Napoléon*, el *Título preliminar* del *Código Napoleón*, representa la construcción más jurídica del poder más absoluto que se haya dado en la historia. Esto representan todos los *Códigos Napoleónicos*, toda nuestra estirpe. Mido mis palabras, los adjetivos como los sustantivos. Digo construcción más jurídica y poder más absoluto.

Es un *titre*, es un título, en el que se encierra esta especie de constitución, la que identifica el derecho con la ley, la que otorga en exclusiva a la ley el poder de identificar el derecho, poder constituyente del derecho mismo. El título preliminar del código civil es más que código y más así que constitución. Y lo es de modo que no casa con los principios y las formas constitucionales, con sus derechos y sus procedimientos. Suele reconocerse un valor constitucional del código por otro orden menos discordante de razones, porque constituiría una esfera garantizada de libertad y autonomía privadas⁽¹⁸⁹⁾, pero esto queda en un segundo plano para el mismo título preliminar, para este capítulo fundamental, que pone ley sobre libertad. Esto es la constitución para el código, para el sistema jurídico que así se funda.

Estamos ante una concepción y una práctica jurídicas que, por pertenecer a época constitucional y por ser constitucional materialmente, sólo por esto, no van a serlo formalmente, esto es, para el derecho mismo, realmente. Que codificación con título de fuentes pueda seguir entendiéndose como expresión paradigmática o al menos emblemática de constitución, que pueda todavía pensarse que hay vinculación necesaria o al menos conveniente entre una cosa y la otra, entre codificación y constitución⁽¹⁹⁰⁾, sólo significa que nos hemos instalado y nos sentimos cómodos en el universo napoleónico del derecho, en esta forma que se nos ha dicho de tiranía.

(189) Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín 1993, p. 133.

(190) B. CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)*, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 52-85. Dado que, concluyendo, retorno a cuestiones que he tratado y debatido en anteriores ocasiones, sigo sirviéndome de remisiones propias para evitar repetirme y para ahorrar también referencias.

Las cosas son comprensibles. Pueden serlo. Puede comenzar por no extrañar, por no tener por qué hacerlo, que en tiempos preconstitucionales, en la España de los años en los que en Francia se promulgaba el *Code Napoléon*, el título de fuentes no tuviera una mala acogida por estos otros lares. El código francés realmente es un producto postrevolucionario, vástago de la revolución en el sentido de ser imposible antes y factible sólo después. Pero no fue efecto inmediato. La cultura jurídica tradicional de pluralidad de fuentes, desde la jurisprudencia letrada a la costumbre rústica, conspiraba fuertemente contra la ocurrencia reduccionista. Ni siquiera en el mismo caso de Francia fue fácil llegar a este concepto de identificación entre derecho y ley ni mucho menos aún resultó fácil establecerlo ⁽¹⁹¹⁾.

Tras revolución y todo, ya costó allí, en la propia Francia, llegar a la misma concepción más sencilla, por más absolutista, del *Titre préliminaire* del *Code Napoléon* ⁽¹⁹²⁾. Y costó imponerla tras una revolución que había comenzado por reconocer la premisa de los derechos y que ahora se resolvía en el establecimiento de un orden jurídico bajo principio de ley y no de derecho en tal sentido ⁽¹⁹³⁾. Tuvo que batirse todavía con fuertes resistencia en su mismo medio ⁽¹⁹⁴⁾. Su propia táctica de silencio, su presunción suma de ley que hace abstracción de otras fuentes, hubo de responder a la constancia de estas mismas dificultades. El *Code Napoléon* ignoró como fuente no sólo una costumbre que seguirá resistiéndosele ⁽¹⁹⁵⁾, sino también una jurisprudencia que ya estaba poniéndose en

⁽¹⁹¹⁾ J.G. LOCRE, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, París 1807-1814, I, pp. 155-236; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París 1827 (reprint 1968), I, *Titre préliminaire*.

⁽¹⁹²⁾ Jean Louis HALPERIN, *L'impossible Code Civil*, París 1992.

⁽¹⁹³⁾ André Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973.

⁽¹⁹⁴⁾ Eugene WEBER, *Da contadini a francesi. La modernizzazione della Francia rurale, 1870-1914*, Bolonia 1989, traducción que tengo a mano.

⁽¹⁹⁵⁾ Louis ASSIER ANDRIEU, *Le peuple et le loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, París 1987. Y una sociología de época que interesa más a Francia: Frédéric LE PLAY, *Campeños y pescadores del norte de España*, ed. José SIERRA ALVAREZ, Madrid 1990.

cambio a su servicio ⁽¹⁹⁶⁾. Son cosas que, como fuentes, ni menciona. La justicia sólo se considera como aplicación pura de ley. La costumbre se nombra solamente para calificarse como buena la que concuerda con ley. A ésta así se reducen. El prototipo prefirió el silencio sobre otras fuentes para que su voz de fuente única no encontrase la interferencia ni siquiera del propio eco.

Como luz de fuente única, pudo irradiar hacia el exterior, lo que aquí nos interesa. Producida una idea luminosa por simple, ya puede encandilar. Lo hizo en España en época preconstitucional. Un poder de ley que dentro de la pluralidad de fuentes, entre jurisprudencia letrada en un extremo y costumbre rústica en el otro, buscaba afirmar su posición, no vería con malos ojos unas proposiciones tan sencillas acerca de su capacidad, una capacidad aquí, en dicha España, no constituyente, pero al menos, para el intento, dirigente. Porque el *Código Napoleón*, título preliminar inclusive, fuera entonces, en época preconstitucional, inviable, porque la primera versión española lo resultase, no se perdía por ello su virtud de revelación de la ley como fuente, una fuente aquí, en tal España, no única, pero al menos, para sus deseos, principal. La recepción, aquella primera introducción, no olvidemos que fue oficial.

Creadas aquí también unas condiciones de tipo constitucional, tampoco extrañará la deriva de unos proyectos, su empeño por comenzar a añadir puntualizaciones que revelan ante todo inseguridad, una falta de confianza de la ley en sí misma. Que la ley no se invalida por costumbre. Que su ignorancia no es excusa. Eran cosas entendidas en el *Código Napoleón*, el modelo genuino, señor de sus silencios, y cuya declaración explícita se piensa necesaria por unos secuaces, siervos de sus proclamaciones. El poder de imponer la ley por virtud exclusiva de su promulgación y frente a viento y marea de costumbres contrarias y jurisprudencias resistentes estaba ya declarado. Con los añadidos superfluos, lo que se nos dice, lo que de hecho se reconoce, es que había leyes ignoradas por costumbres arraigadas y por doctrinas conservadas, que un derecho existía fuera del que la ley identificaba y fuera incluso de su alcance, de sus

⁽¹⁹⁶⁾ J.L. HALPERIN, *Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa*, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, pp. 133-156.

mismas posibilidades, de su propio poder, de su presunción en suma.

La propia ley temía y no podía dejar de temer a lo que ella calificaba de ignorancia del derecho, a lo que ella así expulsaba del universo jurídico. Dicho de otro modo, aquellas mejoras del modelo, del prototipo, revelan por parte de la misma ley una conciencia de que la sociedad no es receptiva a ella, de que así ésta, la ley, puede que constituyera un puro ejercicio de poder sobre aquélla, sobre la sociedad. Era una constancia que ni siquiera escapaba al *Code Napoléon*, al caso original, pese a su aparente impasibilidad.

El miedo fundamental parece ser a la costumbre. « ¿Puede darse un axioma más pernicioso? » que el de su consideración como fuente, vimos que se preguntaba el primer codificador español, el de 1821. La respuesta negativa estaba clara desde el inicio. La costumbre sería la fuente más nefanda. Y no es para menos. Constituye un derecho de hecho frente al derecho de ley que el código encarna. Deja por sí misma en evidencia el autismo de unas presunciones. Es un miedo el del código a la costumbre que en España finalmente hemos visto que se pierde, pero por disposición de ley y sin abandonarse su concepto más contrario, tal parece ser su fuerza, tal es siempre su presunción. La defensa de la costumbre aquí también seguirá siendo, por sí misma y por sus voceros, ataque al código, como la viceversa. Defender código y atacar costumbre podrá ser, podrá seguir siendo, una misma cosa ⁽¹⁹⁷⁾. Es mérito real del primero, del código, que la problemática constitucional de la segunda, de la costumbre, como fuente genuinamente democrática, esté hoy tan perdida como para no vérselo ni en las raras ocasiones en las que se le mira ⁽¹⁹⁸⁾.

La jurisprudencia tampoco consigue afirmarse como fuente ni porque unos principios constitucionales de prevalencia de los dere-

⁽¹⁹⁷⁾ Antonio GORDILLO, *La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del Derecho en el Código civil español*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 21, 1992, pp. 387-523.

⁽¹⁹⁸⁾ Mercedes CARRERA, *Las fuentes del derecho y la Constitución: la costumbre*, en Gemma FAJARDO (ed.), *Las fuentes efectivas del Derecho español tras la Constitución de 1978*, Alzira 1992, pp. 207-219.

chos sobre la ley puedan estar requiriéndolo ni aunque, en virtud de ello, surja una especializada, la jurisprudencia constitucional, superponiéndose en efecto a ley (199). Es todavía y es siempre el peso del código. El título preliminar del *Napoléon*, este modelo de modelos, había sentado sabiamente el canon de un ninguneo, de ignorar la costumbre, de no nombrarla siquiera como fuente que pudiera contraponérsele, convirtiendo en delincuente al juez que la mirara, cegando la fuente y cegando a la justicia para cualquier otra cosa que no fuera la ley. Otros códigos comenzaron a mencionar la costumbre para asegurarse precisamente de su inexistencia o de una existencia que, del mismo modo que la jurisprudencia, sólo de la ley recibiera ya vida. Andaban con esta inseguridad sobre todo respecto a ella, a la fuente más indomeñable, la costumbre. El empeño más constante es el de su negación como fuente del derecho independiente y autónoma, con su propia vitalidad, con existencia no vicaria.

El mismo código que, por establecer una premisa de derechos, pudiera haberse replanteado las cosas respecto a esa libertad que es la costumbre no sujeta a ley, opta por el silencio. Me refiero al portugués. Se entiende que su campo y por tanto su premisa son de derecho privado, de derecho que así se tiene por individual. No alcanza a este extremo de libertad de costumbres, a esta traducción social que interesa a las fuentes y afecta a la ley. Reconocimiento de derechos como libertades y reconocimiento de la costumbre como fuente son cosas que pueden guardar relación, pero que se desconectaron. En el caso español, la admisión final de la costumbre tampoco es que se produjera por consideración a derechos, aunque los mismos derechos pudieran aquí defenderse sintomáticamente mejor en el campo del fuero, con su impronta consuetudinaria, que en el del código, con su tara legislativa (200).

La ley, por mucho que lo presumiera, no lo cubría todo. La eventualidad ha de llegar a preverse. Para la falta de ley, el código portugués, porque reconozca derechos, no prevé expedientes muy

(199) Félix M. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid 1992.

(200) B. CLAVERO, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones: La primogenitura de la libertad*, en autores varios, *La reforma de la Compilació: El sistema successori*, Barcelona 1985, pp. 9-37.

distintos a los de otros códigos que hacen la previsión. Da entrada a la interpretación de la misma ley, « analogía con casos previstos en otras leyes », y se la da a unos principios, « los principios del derecho natural conforme a las circunstancias del caso ». Resulta, como en otros códigos, un mecanismo de bloqueo de la costumbre, de cierre de esta libertad. Así de hecho lo que se hace es abrir entrada a la jurisprudencia, a una doctrina judicial, y cerrársela a la costumbre, a esta libertad.

La primera, la jurisprudencia, puede sujetarse a ley de forma que no cabe con la segunda, con la costumbre, aunque el mismo *Código Napoleón* no dejara de intentarlo con su categoría de « buenas costumbres » que inspiran las leyes y se acomodan a ellas. La jurisprudencia puede servirle mejor. Desde momento temprano se ha admitido la presencia distinta de este otro elemento, de la jurisprudencia, con el riesgo inclusive de que se sobreordenase a ley por tener sus principios, su doctrina. No es cosa que se rechace. Su misma entrada suele producirse por esta vía precisamente de principios que, por serlo, no pueden reducirse a una función supletoria.

Es la jurisprudencia quien concreta. Por ella se determinan unos principios dichos de derecho natural o generales del derecho sin más. Ella conoce también, conforme a principios, unas buenas costumbres. Ella identifica. Lo hace ya con los derechos individuales conforme al mismo código en el caso del portugués o de conformidad con la constitución en otros casos, ya también, como podrá fácilmente ocurrir una vez que no se especifica de este modo por este artículo de fuentes en el mismo caso de Portugal, con una idea menos constitucional o más arcaica del derecho natural, dejándose perder en su caso la singularidad⁽²⁰¹⁾. Puede resultar al final *Napoleónico* hasta el código portugués.

En todo caso ha solido entrar de hecho, más o menos reconocible, no la costumbre, sino la jurisprudencia. Respecto a ambas, en cuanto que fuentes, la pauta del prototipo era el silencio, con aquel anatema del juez que no se ajustase a ley, pero la jurisprudencia,

(201) José Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez anotado*, Coimbra 1894, I, pp. 5-26, como mera indicación, pues es tema que precisa estudio propio y que aquí sólo nos ha importado por recepción ajena. El nuevo código civil portugués, de 1966, tiene título primero *Das leis, sua interpretação e aplicação*.

como haberla hayla incluso bajo este sistema como el comentarista del proyecto de 1851 ya asumía perfectamente, esta fuente acaba asomando cabeza y aún alcanzando un reconocimiento de este carácter poco franco que quiere siempre asegurar su sujeción a ley. La fórmula de « los principios generales del derecho » que acaba adoptando también el código español sigue siendo entrada a la jurisprudencia, más inmediata a la judicial, más mediata a la doctrinal.

En lo que respecta en particular a la jurisprudencia, puede estar a estas alturas profesionalizada una justicia y organizada una universidad como dependencias estatales. Ahí se forman unos principios; así se fraguan⁽²⁰²⁾. Entre la formación universitaria y la profesión judicial, entre estas funciones estatales cuando no más llanamente políticas, el código puede confiar en que unos tales principios, por serlo, por reconocerse, no van a invalidar el imperio de la ley, el principio primero. Puede explicarse esta extraña ubicación final de lo que se dicen principios y además generales. Tampoco tiene por qué extrañar.

La ley no está finalmente sola como en el modelo primigenio, como en el prototipo. Otras fuentes parece que finalmente la acompañan. Mas no nos engañemos. Por esta vía, por la senda napoleónica, nunca llegamos a un sistema de pluralidad de fuentes, a una corrección de la unidad, a una rectificación del absolutismo de la ley. No es éste el punto en el que hemos desembocado. Son cosas muy distintas un sistema de pluralidad de fuentes y un régimen de previsiones supletorias. En éste, la fuente que dirige y rige el sistema sigue siempre siendo la ley. El derecho sigue a disposición suya. Lo están las otras presuntas fuentes. No las hay realmente ni en rigor caben. El sistema sigue en realidad siempre siendo de fuente única con un despliegue de elementos complementarios más o menos controlado de hecho, pero siempre así bajo un control de derecho que es control de ley. No cabe una decodificación de fuentes, una superación de la codificación a partir de ella misma. Luego tendremos comprobaciones.

⁽²⁰²⁾ B. CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 21, 1992, pp. 37-87.

El establecimiento de un sistema que pone en manos de la ley este poder sobre el derecho, que así le entrega los derechos, no ha sido fácil en ningún sitio, pero nadie lo diría a la luz de la historiografía. Tampoco hay por qué extrañarse. La historia del derecho que se cifra en la codificación no sólo es producto suyo, de la codificación misma, sino también y antes elemento de la propia imposición, agente suyo. En esta historiografía no tenemos ciencia histórica, sino cultura jurídica o más bien política, de un componente del mismo fenómeno codificador. No es el único factor importante para la imposición del título preliminar sin necesidad de figurar en su articulado. Hemos tenido testimonios. No vamos ahora a extrañarnos de que nuestro mismo asunto de los problemas constitucionales que la codificación enfrenta y arrumba no hayan estado en la agenda de una historia jurídica.

¿Y qué decir de América, de esa vena abierta de sus códigos? Todo lo dicho le casa y algunas cosas en superior medida. Hemos tenido hasta una réplica del caso portugués por el caso colombiano. La frustración constitucional es compartida. Y lo es sobre todo el planteamiento del código que prescinde de constitución, que no frustra porque defrauda, que no llega a frustrar porque antes defrauda. El modelo americano, el chileno, resultó un verdadero deuterotipo. Si remodelaba piezas del prototipo, y no se limitaba a colocar algún que otro accesorio, era por obtener unas mismas prestaciones en un medio diferente por más adverso. Un modelo americano de concepción propia no existe. El concepto del derecho, como su lengua, era de importación y lo era a propósito, por intentar no verse y pretender cegarse realidades propias. Se quería la apropiación de una historia, la adopción de un modelo. No habrá para América conclusiones diversas que para Europa, pero hubo consecuencias más serias.

Con mayor razón puede decirse que el código no es en América el derecho, que no lo representa finalmente por su negativa a reconocer la existencia real de cosas como la costumbre, aquí más presente y aquí más negada ⁽²⁰³⁾, pero con la mismísima razón puede añadirse que el código, su título preliminar, es también acá el

⁽²⁰³⁾ Rodolfo STAVENGAHEN y Diego ITURRALDE (eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México 1990.

derecho sobre el derecho, sobre constitución inclusive. Es la norma que confiere poder de disposición del derecho, del derecho todo, del derecho de todos y de todos los derechos. Es este principio, no de derecho, sino de poder sobre el mismo. Algún código, como el argentino, ha creído preciso detallarlo. Y más lo reafirma ulteriormente la historiografía propia. Que la beligerancia de una historia del derecho a favor de la codificación sea por aquí todavía del máximo grado ⁽²⁰⁴⁾, no es un fenómeno ajeno al mismo empeño de mantenimiento de dicho poder, de imposición de esta cultura. La cuestión en América no es distinta que en Europa, pero resulta agravada.

Mas tenemos en América una excepción a nuestras conclusiones, a todas y a cada una de ellas, ya al terror pánico de la costumbre, ya a la confianza solapada en la jurisprudencia, ya al apoderamiento de la ley sobre el derecho, ya incluso al servicio rendido al código por parte de la historiografía. Se trata de Luisiana o en general de los Estados Unidos. Parece que el título preliminar no siempre produce un mismo resultado, que no se convierte necesariamente en constitución, en la constitución sobre la constitución. Faltando esto, fallan todas las secuelas.

El código no despliega tal efecto, no consigue entronizar la ley como fuente única, o ni siquiera como fuente de fuentes, cuando existe un contexto precisamente constitucional, propiamente tal, esto es, cuando hay un sistema de pluralidad de fuentes por consi-

⁽²⁰⁴⁾ Hemos podido detectarlo al recurrir a la segunda mano. La piedra de toque puede ser la crítica de Alberdi a Vélez Sarsfield, al código argentino, que hemos visto. El ambiente historiográfico negativo para el primero resulta tal que Alberto ROCA, en lugar citado, puede acabar tranquilamente hablando de «las majaderías de Alberdi respecto a Vélez Sarsfield», con la disolución consiguiente de la posición constitucional que aquí nos importa. El tratamiento de Joaquín Costa, piedra de toque equivalente, por parte de la historiografía española de la codificación, puede ir, con algunos momentos incluso de aprecio, de la ignorancia a la descalificación, moviéndose también regularmente en el medio de dicha disolución constitucional que es lo propio del código, mas el sesgo es éste, el del objeto, sin mayor pronunciamiento por lo general, como cabe igualmente ver en la manualística. Pero el planteamiento militante más sesgado respecto a la codificación de ámbito hispano ya hemos visto que no se produce ni en España ni en América, sino en Italia, y tampoco propiamente en terreno de historia del derecho, sino en escuela de derecho romano.

deración de derechos ⁽²⁰⁵⁾. Cuáles fueran estos derechos o dejaran de serlo es cosa importantísima, pero no para este punto. Luisiana tiene el código que más francamente admite la esclavitud, más aún que el argentino, aunque no lo haga en sede de título preliminar, sino en el libro de personas, de modo así más eficiente; pero también es el caso del código que no puede escapar a un contexto constitucional de derechos, bien que socialmente todavía más restringidos de lo que la misma existencia de esclavitud implica ⁽²⁰⁶⁾. El propio derecho de personas del código de Luisiana es un dechado de discriminaciones. Pero existir, los derechos, unos derechos por encima de ley, existían y así con ellos existía la conveniencia e incluso la necesidad de costumbre y de jurisprudencia como fuentes autónomas.

El contexto federal, siendo constitucional, rige para la posición de unos derechos por encima de unas fuentes y para la determinación de su propio alcance. La admisión expresa de la costumbre como fuente por el título preliminar del código de Luisiana implica potencialmente el reconocimiento de la autonomía del derecho indígena, pero esto se neutraliza por un orden constitucional, el federal, de discriminación étnica ⁽²⁰⁷⁾. Existiendo un constitucionalismo, no reduciéndose la constitución a un código entre otros, el título preliminar del civil no resulta la norma que cubre esta función realmente constitucional de identificación y ordenación de fuentes. Para casos como el de Luisiana no basta con mirar al código. El derecho no se encierra entonces de este modo. El federalismo lo impide.

El sistema federal, con su variedad de estados, podía estorbar la codificación estricta por el pluralismo consiguiente de una fuente, de la fuente única para la codificación genuina, de la ley, pero no es por esto por lo que exactamente la impedía. Hemos visto codificar a estados latinoamericanos de este carácter federal sin dificultades

⁽²⁰⁵⁾ B. CLAVERO, *Derecho débil (Manifiesto sencillamente federal)*, por publicarse en *Revista Española de Derecho Constitucional* y, versión resumida italiana, en *Filosofia Politica*.

⁽²⁰⁶⁾ Jack P. GREENE (ed.), *The American Revolution: Its Character and Limits*, Nueva York 1987.

⁽²⁰⁷⁾ R.A. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought*, pp. 287-323.

finalmente excesivas o sin que parezca que el federalismo fuera en su caso realmente el problema. El obstáculo proviene de un presupuesto de pluralidad mayor, aquel que implica un reconocimiento de derechos que se sustenta y mantiene con el propio federalismo. Si no es el caso, no hay problema constitucional para la codificación. Siéndolo, existe. Es caldo de cultivo de una pluralidad de fuentes, más que pluralidad de una fuente, de signo indudablemente constitucional.

El caso suizo nos ha ofrecido un ejemplo de codificación factible, con título preliminar y todo, en un medio federal, habiendo debido con ello sacrificar los propios principios de arranque más legalistas ⁽²⁰⁸⁾. El caso alemán no resulta tan significativo a unos efectos constitucionales ⁽²⁰⁹⁾, aunque también, por federal, era ejemplo ⁽²¹⁰⁾. El mismo caso español no es que fuera tan distinto, aunque su desenlace resulte más confuso. A partir de unas bases materialmente federales, pero formalmente no reconocidas ⁽²¹¹⁾, ha intentado embarcarse en el modelo más clásico para desembocar en el más barroco. La diferencia de fondo está, no en la estructura federal, no en esta constitución, sino en el tejido jurídico, en este código. En una lugar, en Suiza, se deriva hacia el imperio del derecho, de los derechos, y en otros, en Alemania como en España, hacia el imperio de la ley, de las leyes ⁽²¹²⁾. Por unas latitudes podrá haber pluralidad de fuentes mientras que por las otras no se sale de la unidad ni aun cuando se admita, junto a la ley, otras fuentes.

Aparte historias de casos, el constitucionalismo sustantivo, el que tiene derechos por principios, es, debe ser, terreno de abono de una variedad de fuentes: ley, costumbre y jurisprudencia, la ley

⁽²⁰⁸⁾ Pío CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 Bundesverfassung*, Basilea 1986.

⁽²⁰⁹⁾ Michael JOHN, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989.

⁽²¹⁰⁾ M^a Victoria LOPEZ CORDON, *El pensamiento político-internacional del federalismo español (1868-1874)*, Barcelona 1975, pp. 367-376.

⁽²¹¹⁾ B. CLAVERO, *Entre Cádiz y Bergara: Lugar de encuentro de la Constitución con los Fueros*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 205-282.

⁽²¹²⁾ Pedro CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987, pp. 49-69, para Suiza, con capítulos luego tanto alemán como español.

como decisión, decisión democrática, la costumbre como libertad, libertad social, la jurisprudencia como cultura, cultura de los propios derechos, cultura de democracia y también y sobre todo de libertad. Resulta que el mismo sistema de derechos, este sistema constitucional, puede al final, como al principio, requerir, no unidad de ley, sino pluralidad de fuentes, y que es el sistema de códigos, otra cosa entonces, el que reclama dicha unidad, con mayor o menor despliegue de accesorios y complementos, pues no en rigor de fuentes.

Pero este otro sistema, el sistema de códigos, usualmente se entiende, sigue entendiéndose, como una modalidad y además nada inferior del primero, de un sistema así constitucional. El modelo de la codificación, una vez impuesto, resiste incluso frente al establecimiento ulterior del sistema constitucional como sistema de derechos. Así hoy ocurre en tierras de códigos, aunque más en las europeas que todavía en las americanas. La implantación de constituciones de derechos, de normas constitucionales planteadas bajo esta premisa de libertades, no comporta el abandono de constituciones de códigos, de su sistema. Coexisten y se interfieren en perjuicio esto normalmente de lo primero, de los derechos, de las libertades.

Resiste realmente la ley como fuente única o como única fuente de fuentes, fuente única siempre al cabo. Esto sigue comunmente entendiéndose como cosa propia y característica, consustancial, de la idea codificadora, mientras que la codificación suele a su vez antojarse todavía lo propio, respecto a la idea de constitución, algo así consustancial. Las mismas constituciones contribuyen habiendo requerido normalmente codificación; no previendo luego, cuando aceptan la premisa de los derechos, el desmontaje de unos códigos; no concibiendo en suma, ni antes ni después de los derechos, otra fuente que la ley. Ya sólo por esto no es que resulten constituciones muy constitucionales.

Para no enredarnos con las palabras, convendrá a mi entender que introduzcamos dicha distinción entre dos géneros de sistemas o dos géneros si se quiere, pues así lo han sido, de constituciones, tal diferenciación entre constituciones por una parte de códigos y constituciones por otra de derechos, sistemas constitucionales realmente distintos y más bien incluso incompatibles, aunque conozcan desde luego solapamientos. Son de naturaleza diversa. En las latitu-

des de códigos, por virtud de la codificación, por su concepción de fuentes, la misma constitución no es constitución o lo es sólo materialmente y no formal o realmente.

En latitudes de codificación, la constitución no representa, no viene representando, principio de reconocimiento de derechos sustantivos y primera consecuencia de formas procedimentales, sino norma que, al igual que la ley, es de determinación política. Puede incluir tales cosas, pero por disposición y a disposición de un poder dígase constituyente, aunque tampoco raramente legislativo sin más. Es un poder que, incluso cuando sienta fundamentos, se concibe y ejerce de modo resolutivo, decisorio, y no de forma declarativa, obligada, a partir de unos derechos. Así se entiende que los derechos mismos se encierran en texto y se rigen por texto, los textos que registran decisiones, la constitución y las leyes. Así resulta la constitución un código entre otros, una manifestación entre otras de la codificación, no escapando en nada realmente a su título de fuentes. Este es preliminar verdaderamente. Es entonces constitución, la constitución en clave y en suma.

El sistema constitucional de codificación está hoy comenzando a abandonarse por imperativos sustancialmente constitucionales, por reconocimiento ante todo de derechos, pero la retirada se está haciendo de la forma más vergonzante, en el sentido de más reticente, que dificulta la suelta de lastre⁽²¹³⁾. No me atrevería a decir que la historia de constitucionalismo de códigos y codificación de constitución, este sistema constitucional sucedáneo, sea cosa que esté definitivamente pasando y desapareciendo.

Fácilmente se reconoce hoy que los títulos preliminares de los códigos civiles versan sobre objeto, el de las fuentes del derecho, materialmente contitucional, pero difícilmente se admite que además lo hacen de modo formalmente no constitucional. Y aunque nos quedemos en la primera observación, ¿por qué a continuación tampoco se extrae la consecuencia de que esta materia debiera llevarse a constitución e integrarse bajo sus principios de derechos? ¿Por qué permanece en el código? ¿No tendrá que transformarse expresa y radicalmente de efectuarse el traslado? ¿No se mantiene,

⁽²¹³⁾ B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, pp. 98-128.

de no hacerse, un reducto de ley como fuente sin más del derecho, una reserva de poder político sobre el ordenamiento jurídico, que es capaz de resistir frente al mismo embate constitucional de los derechos? Ahí tenemos todavía unos títulos preliminares que no acaban de ser reliquias. En ellos, la costumbre y la jurisprudencia se silencian aunque las haya, se disimulan aunque estén a la vista o se miran, si no queda más remedio, como espejos que reflejan no otra cosa que la ley. No siempre su imagen está tan desnuda, pero unas vergüenzas andan ya siempre al aire. Normalmente ni se miran. Para una perspectiva que se pretende constitucional, para esta visión hoy convencional, la costumbre especialmente ha quedado fuera de observación, aunque también usualmente acompañada en su extrañamiento por la jurisprudencia en general o por la jurisprudencia ordinaria allí donde existe una constitucional concentrada. Como en los mejores tiempos napoleónicos, la ley sigue imperando, si no ahora en solitario, con la compañía apropiada para ella de otras fuentes de concentración de poder como dicha misma jurisprudencia constitucional.

Al aire unas vergüenzas, si no se ven, tal vez no sea porque no quiera mirarse, sino porque una costra, toda una coraza, que se presume de cultura jurídica, de derecho, y que lo es realmente política, de poder, produce ceguera e incapacidad, toda una atrofia generalizada del sentido visual y de la sensibilidad sin más. Es por pérdida de capacidad, por sordera, por lo que seguramente, aun prestándose oídos, no se escuchan, siguen sin escucharse, voces que, como la de Joaquín Costa ayer o la de Paolo Grossi hoy, observan sencillamente, observan con ojos abiertos y sin anteojeras ni antiparras, con ojos para ver, sin anteojeras para mirar a derecha y a izquierda y sin antiparras para distinguir al frente y en lontananza.

Observan cosas como que el imperio de la ley no es imperio del derecho o que es incluso su impedimento, que la jurisprudencia sujeta a ley no merece el nombre de prudencia ni de virtud alguna o que la libertad ha de serlo de costumbre antes que de ley o de ninguna otra cosa. Y observan que la costumbre libre y la jurisprudencia capaz existen, pero que la ley amaga y no cede. Ven vivo a *Napoleón* y vivitos a los *Napoleónidos*, a toda una progenie. Si son cosas que normalmente no se observan, no basta con orientar las anteojeras, limpiar las antiparras y aguzar, con toda esta mecánica, la

vista. Hay que desprenderse de la ortopedia, de toda esta costra, de toda una cultura inservible como jurídica, como cultura de derechos, porque es política, cultura de poderes. Habrá que curarse y recuperarse para andar y moverse por los propios medios.

14. El síndrome de *Napoleón* no cesa entre los *Napoleónidos*. Es lo suyo. Un ejército de títulos preliminares, todos estos oficiales, y de códigos cumplidos, toda esta tropa, no se rinde ni capitula. No voy a pasar finalmente a exponer, como debiera, el estado actual en España y en América de la cuestión del concepto de derecho que trajera la codificación, toda esta batería. Me faltan textos y conocimientos. Pero voy a intentar ofrecer una instantánea de este momento porque no quede el paradigma colgado y perdido en el tiempo. Está vivo y entre nosotros. Llegamos al final de un largo recorrido que ha avanzado menos de lo que se ha movido. En buena parte continuamos, hemos estado siempre, en el mismo sitio.

En 1974 se ha promulgado en España un título preliminar más cuidado y construido: *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*. Se compone de cinco capítulos: *Fuentes del derecho*, *Aplicación de las normas jurídicas*, *Eficacia general de las normas jurídicas*, *Normas de derecho internacional privado* y *Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional* ⁽²¹⁴⁾. Nos interesa el inicial y en particular sus párrafos primero, tercero, cuarto y sexto: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»; «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre»; «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informa-

⁽²¹⁴⁾ Los títulos preliminares y demás textos normativos de este último capítulo es cosa que ya cito por ediciones manuales sin otra garantía que la común de difusión, acceso y confianza generales. No conozco centro ni biblioteca capaz de satisfacer necesidades primarias de información y documentación sobre el derecho latinoamericano, sobre los derechos latinoamericanos, que no sólo son además los codificados. Lo digo como excusa de ignorancia.

dor del ordenamiento jurídico»; « La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho ».

Hay todo un capítulo, el quinto, dedicado a los derechos forales, a *los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional* que ahora se dicen, con novedad así de lenguaje, pero menos, bastante menos, de tratamiento. No la tiene en lo que respecta a fuentes, manteniéndose sustancialmente el régimen de 1888. Con todo ello y tras todo lo visto, no hará falta mucho comentario. Las fuentes son las que eran y están donde estaban: ley, costumbre y principios generales. La costumbre se sujeta expresamente no sólo a ley, sino también, con la expresión napoleónica más contraria a libertad, a la moral y al orden constituídos y representados así por ella, por la ley. Debe además la costumbre probarse como si fuera, conforme al entendimiento de la misma codificación, hecho y no derecho. Y viene luego esa paradoja de unos principios que son finales y que aquí expresamente se salvan como tales, como principios. La cuadratura del círculo corresponde resolverla como ya sabíamos a la jurisprudencia, a una jurisprudencia expresamente centralizada y jerarquizada y con ello también, como fuente, políticamente domesticada.

Y la ley es la ley, sin premisa de derechos ni forma de parlamento. Cuando se produjo este nuevo título preliminar, en España no existía constitución. Vino luego, en 1978, pero conforme a la pauta de no asumir directamente esta responsabilidad fundamental y estricta de las fuentes, no replanteando expresamente el asunto, dando de hecho por supuesto que lo suyo es la ley, su producción mediante parlamento, y el resto, cosa de código, de otros códigos. Pluraliza su fuente, pues permite autonomías territoriales con capacidad legislativa, integrándose los derechos forales en este sistema de tendencia federal, pero no pluraliza las fuentes. Esto ni siquiera se lo plantea. No lo concibe como tarea que pueda serle propia. Pero algo también hace.

La constitución a estas alturas trae realmente otro entendimiento de fuentes pues introduce una fuente de fuentes, de todas ellas, que ya no es la ley. Son, como sabemos, los derechos, de los que el derecho, todo el derecho, debe traer causa. La constitución de

1978 sienta en España esta premisa. Mas el caso siempre es que no acaba de extraerse la consecuencia. Ahora la misma constitución comienza a hacerlo, pero de una manera muy limitada, introduciendo garantías judiciales para los derechos y no replanteando el ordenamiento jurídico, el ordenamiento todo, a partir de los derechos mismos. Se establece ahora en particular una jurisdicción constitucional que, por serlo, es ante todo jurisprudencia de derechos sobre ley⁽²¹⁵⁾. Mas de hecho, aun con todo este nuevo contexto, el texto de fuentes podrá seguir siendo el título preliminar, título de derecho⁽²¹⁶⁾. No parece sino que los problemas constitucionales que han venido planteándose frente a la concepción napoleónica del orden jurídico, respecto a la compatibilidad entre código y constitución, acabaran finalmente por disiparse sin más. El asunto está enquistado.

La continuidad no es nada inocente desde luego. No lo es la irresponsabilidad de la constitución y la responsabilidad del código. Entrando en juego dichas garantías de derechos y manteniéndose la identificación entre la ley y el derecho, dicha jurisprudencia constitucional, jurisprudencia de una jurisdicción nueva de estos objetivos, pero vieja por su carácter también centralizado y jerárquico, puede encontrarse en apuros y recurrir todavía a la superposición del código como norma de fuentes, como este derecho de derechos, por encima de la propia constitución. Puede perfectamente sobre todo entender que así debe seguir infiriéndose la regla general de identificación y aplicación del derecho, que puede así seguir el derecho equivaliendo a la ley, que imperio de la ley e imperio del derecho pueden así seguir siendo una misma cosa, un mismo principio constitucional. Está presente y operativo el título preliminar del código civil, su concepción del derecho, de modo que puede todavía sobreordenarse a constitución y con ello a derechos. Sigue vivo. No es texto muerto⁽²¹⁷⁾.

⁽²¹⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993.

⁽²¹⁶⁾ Manuel PONS GONZALEZ y Manuel Angel DEL ARCO TORRES, *Título Preliminar del Código Civil (Concordancias, comentarios y jurisprudencia)*, Granada 1990.

⁽²¹⁷⁾ B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid 1988, pp. 89-94, con las

Razones constitucionales ahora se ofrecen para revitalizarse el paradigma que sigue siendo napoleónico. « Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido », el cual, tras constitución de derechos, no se piensa que pueda ser otro que el definido por el código civil, por su título preliminar, con la primacía entendida de la ley. Y esto, se añade ahora, es así en consideración de « la dignidad de la ley, emanada de la representación popular », de esta soberanía, lo que no está desde luego en el código, pero sí en la constitución. Es una nueva motivación con la que pueden mantenerse todavía unos principios genuina y rancia-mente napoleónicos. « El sometimiento de Juez a Ley » constituiría la máxima garantía de los derechos desde el momento en que las leyes son democráticas, debidas no sólo a procedimiento parlamentario, sino también a sufragio universal. El código ni su título preliminar mínimamente cumplen el requisito, pero es argumento que, como la ley, ya se sabe que no tiene efecto retroactivo. Ahora se trata de afirmar la autoridad de unas leyes que cubra en general a la ley, este objetivo napoleónico a fin de cuentas.

Es argumento que rige, pero no con el valor que se le presume, no con su presunción. La motivación democrática también es aplicable a otras fuentes y la posibilidad no quiere ni discutirse. Como se nos ha dicho y repetido, la costumbre es también democracia y es, puede ser, más libertad que la ley. Si derecho son los derechos antes que las leyes, no parece que deban ser unas manifestaciones de representación popular lo que prive. Los mismos derechos no son tales, no son libertades, si se siguen haciendo depender de ley, de manifestación democrática ahora, y si no va en cambio introduciéndose y asegurándose la dependencia contraria, de las leyes respecto a los derechos. A estos efectos una jurisprudencia constitucional, jurisprudencia de derechos, conviene también no sólo como doctrina especializada judicial y profesionalmente, sino además y ante todo como cultura social que pueda así crearse por toda la justicia y por una justicia menos entonces profesionalizada, no centralizada ni jerarquizada. Son posibilidades constitucionales, sólo posibilidades,

referencias de los argumentos constitucionales que ahora siguen, que son de fundamentos de sentencias de 1988 del tribunal constitucional español.

pues unas realidades jurídicas siguen presididas por el paradigma napoleónico.

El paradigma sigue operando y pesando cuando una jurisprudencia constitucional puede entender todavía que una ley ordinaria, el título preliminar del código civil, mantiene un valor constituyente del derecho, que la determinación más constitucional compete así a una norma no constitucional. Es lo que sigue realmente entendiendo toda una doctrina, todo un adoctrinamiento. Se entiende que una ley en particular puede fijar la posición de la ley en general y de otras posibles fuentes, que puede definir así el derecho. Y el entendimiento se produce sin que salte a la vista ninguna contradicción, ni siquiera la más patente del verdadero sinsentido que supone la existencia de una especie con tal valor sobre su propia categoría. Es la operación y es el peso de toda una cultura, de la cultura que se tiene por jurídica en el espacio y en el tiempo de la codificación.

El espacio es también América y el tiempo es aquí también el nuestro. El mismo título preliminar español actual ha tenido algún eco directo por América Latina, aunque nuevamente escatotípico. En Costa Rica se ha producido también una renovación reciente del título preliminar del código civil, quebrándose su tradición especialmente negativa para con cualquier fuente que no fuera la ley. Ha sido en 1986, adoptándose el nuevo estilo español, su estructura y enunciado de capítulos, suprimiéndose el quinto, el de materia foral, y siguiéndose orden y tenor de artículos, con adaptaciones. La primera es constitucional, reducida al mínimo. Artículo primero: « Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico ».

La limitación que se ve de este título de fuentes al derecho privado no se efectúa por consideración a la constitución, pues se registra expresamente su prevalencia también en esta sede, sino por desconfianza a unas fuentes menos controlables políticamente, como en particular la costumbre. La disposición sobre ella es prácticamente la española. Artículo tercero: « El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya

sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo », se entiende que no sólo legal, pues ésta ya está salvada. Es un reforzamiento de defensas frente a la costumbre a este nivel general más materialmente constitucional, aunque el modelo ya ha ofrecido una buena batería de ataque frente a cualquier veleidad de autonomía o primacía suyas. Es una admisión tan peculiar que, igual que las decimonónicas, se resuelve, como fuente, en exclusión.

Por el nuevo modelo adoptado, el español, por su capítulo foral, se ha tenido ante la vista una posibilidad de mayor consideración de la costumbre, pero esto ya hemos dicho que se excluye como si el supuesto de fondo sólo fuera español. En España además, con la constitución de 1978, se ha establecido un sistema de autonomías regionales que, si no bastan de por sí para superar el régimen de ley como fuente, permite al menos su participación de forma que las comunidades o territorios de tradición foral puedan desarrollar su propio derecho mediante procedimientos también políticos. A esto tampoco se mira cuando posteriormente se copian fórmulas españolas.

El apartado específico de la costumbre puede seguir teniendo en América Latina una importancia especial. En 1992, se produce en Guatemala una renovación, no del código civil o de su título preliminar, sino de la ley orgánica judicial. Presenta un capítulo inicial de fuentes que responde también a la influencia: título primero, *Normas generales*, capítulo primero, *Preceptos fundamentales*. Artículos primero a tercero: « Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco »; « La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, establecida conforme a ley, la complementará. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada »; « Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario ».

La disposición del artículo segundo sobre la costumbre es literalmente la española, sin intentar trasladarse tampoco otras fórmulas, ni la foral ni la autonómica. El texto en sí es el mismo, pero su significación es superior. Es mucho mayor su alcance de carácter

no sólo sociológico y antropológico, en un país de mayoría indígena como Guatemala, sino de índole también jurídica, con una constitución que reconoce finalmente costumbre como es caso igualmente de Guatemala. Pues conviene saberse que, conforme a una tendencia que está difundándose durante la última década por América, la actual constitución guatemalteca, de 1985, procede a un reconocimiento de derecho indígena.

Artículos cincuenta y nueve y sesenta y seis de la constitución de Guatemala: «Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres»; «Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos». Es un reconocimiento constitucional no sólo parece que de costumbres, sino aparentemente también de costumbre, de la costumbre como fuente. A ello ha seguido dicha admisión por la ley orgánica judicial que se resuelve en su contrario, que puede sin problemas resultarlo.

Solamente se admite la costumbre por defecto de ley y además se le excluye si contraría a la moral y al orden asumidos como base de la propia ley. Debe además probarse, como si para la propia codificación, conforme a sus criterios, no fuera en definitiva derecho, siguiera sin serlo. La justicia conoce ley y se debe a ley, no a costumbre. Así es como sigue definiéndose la misma jurisprudencia que se admite, conforme a ley. Esta, la ley, no cede poder, el poder de disposición sobre el derecho, sobre el derecho potencialmente todo, que la codificación le ha conferido. Seguimos sin salir del universo del título preliminar del código civil. Hay una apertura a la costumbre, pero bajo unas condiciones que siguen siendo napoleónicas. Y el caso guatemalteco es representativo de la situación actual de la materia de fuentes en los estados latinoamericanos que están procediendo al paso importante de reconocimiento constitucional de derechos indígenas. Unos títulos preliminares neutralizan. Su misma renovación ayuda.

Perú es país cuyas constituciones de este siglo, de 1920, 1933, 1979 y 1993, reconocen una presencia indígena, aunque no en forma de derecho propio. Actualmente, desde 1979 o más en concreto

desde una ley « de comunidades nativas » de 1974, este reconocimiento se produce en términos de un derecho agrario especial de garantía constitucional y formación legislativa. El texto vigente, de 1993, añade una admisión de costumbre que viene a reducirse a justicia o, más bien, prevención penal: « Las actividades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece la forma de coordinación de dicha jurisdicción especial » con la justicia ordinaria (artículo ciento cuarenta y nueve). Constitución y ley, también la ley, prevalecen expresamente sobre cualquier otro tipo de fuente. La misma constitución contiene ahora esta declaración taxativa de jerarquía normativa (artículos cincuenta y uno y ciento treinta y ocho).

En cuanto a registro constitucional de presencia indígena, en esto al menos, Perú es un caso pionero y constante. Perú también ha renovado en más de una ocasión durante nuestro siglo su código civil, en 1936 y en 1984. Estos códigos usan *Título preliminar* sin otro epígrafe general identificativo y con articulado de numeración propia, no corrida con el resto del código. El de 1936, más extenso, se presenta dividido en cuatro capítulos: *De la ley*, *De la acción judicial*, *Del derecho internacional privado* y *De la aplicación de la ley*.

Ambos títulos preliminares, por no mencionar a la costumbre, no lo hacen ni siquiera para sentar que no puede derogar a ley. Artículo primero de 1936: « Ninguna ley se deroga sino por otra ley ». Primer párrafo del artículo primero de 1984: « La ley se deroga sólo por otra ley ». Es el comienzo en ambos, sin mención como digo de uso ni desuso, de costumbre. Aunque la palabra realmente se menciona en 1936, pero con otro significado y a otro afecto, los más adversos precisamente a la libertad de la costumbre. Artículo tercero: « No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres ».

El derecho, según el código, es la ley sólo completada en su caso por unos principios. Artículos vigésimo primero y vigésimo tercero de 1936: « Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes »; « Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho ». Artículo

octavo de 1984: « Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano ». En 1936 se interponía una referencia a constitución. Artículo vigésimo segundo: « Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera ». Una declaración tan explícita al efecto dentro del código falta en 1984. Artículo séptimo: « Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda ». Y es un inciso de conocimiento éste último que también indica que la norma jurídica se presume siempre legal. No cabe para el código la consuetudinaria. Ni siquiera aquí se le nombra. La constitución lo hará a continuación, pero también reafirmará la posición de la ley como fuente.

No es ella, la constitución, sino éste, el código, quien realmente establece el paradigma, quien lo sigue estableciendo. Lo hace, lo sigue haciendo, el título preliminar. Bajo la ley y en su marco cabe todo, hasta la costumbre, mas sin ella y fuera de ella no cabe nada. Es el entendido de los mismos reconocimientos constitucionales de costumbre o de su realidad. La ley habrá de proveer. Será la ley quien concrete en su caso el reconocimiento, quien conceda así derecho, quien retenga así poder. Como la ley priva en todo caso, cabe lo mismo también sin necesidad de previsión constitucional.

En Costa Rica, en este país que ha renovado su código en 1986 como hemos visto, se había reconocido por ley ordinaria de 1977 un derecho indígena, el derecho de los indígenas « que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad », según definición de su primer artículo, sin plantearse antes ni luego la elevación del reconocimiento a la constitución propia y tampoco posteriormente, como ha podido verse, su reflejo en el código civil, en un código que, aceptando costumbre, la rechaza realmente como fuente autónoma, según también hemos visto. La misma ley no se planteaba la cuestión de la admisión de esta fuente, la costumbre, por efecto del reconocimiento de un derecho, el derecho indígena, el cual así puede reducirse a titulación de tierras e incorporación de comunidades de régimen, ambas cosas, civil común. La ley, su código, impera.

En casos como el peruano y el costarricense se da hoy un nuevo

elemento. Al registro constitucional o legislativo de la presencia indígena se ha sumado últimamente un reconocimiento de derecho de carácter internacional, de un valor potencialmente constitucional. La Organización Internacional de Trabajo ha adoptado en 1989 un convenio « sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes » para dicho propósito ⁽²¹⁸⁾. Reconociéndose un derecho, se reconoce una fuente, la costumbre, por encima así virtualmente de la misma ley, con subordinación solamente a derechos fundamentales o derechos humanos: « Dichos pueblos (los indígenas y los tribales) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos » (parágrafo segundo del artículo octavo de dicho convenio).

Costa Rica en 1992 y Perú en 1993 han ratificado este convenio sin que ello se haya visto en ninguno de los dos casos acompañado del planteamiento de una reforma consecuente de la constitución o, lo que sería de inmediato más preciso al propósito, del cuestionamiento consiguiente del código, de su título preliminar ante todo. Ni siquiera se ha apreciado la necesidad de unas iniciativas de este alcance por causa de esta incorporación al derecho nacional del convenio internacional con tal pronunciamiento sobre fuentes. Lo que no parece inocente. Unos compromisos internacionales, igual que los constitucionales, pueden resultar enervados por un derecho que sigue identificándose en lo sustancial con la ley, con esta fuente.

Alguna jurisprudencia constitucional también puede emerger por estos lares a favor de la costumbre frente a ley haciéndose valer al efecto el derecho internacional. La constitución actual de Costa Rica, que data de 1949, ha sido últimamente reformada en 1989 para la introducción, que ahora nos interesa, de un par de novedades: principio de prevalencia del derecho internacional sobre la ley nacional (artículos séptimo y ciento cinco) e institución de una jurisdicción constitucional (artículo décimo). Esta ya ha tenido ocasión de pronunciarse en conflicto entre costumbre y ley, entre costumbre indígena y ley nacional, mirando para su resolución, no a

⁽²¹⁸⁾ Magdalena GOMEZ, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México 1991.

una constitución que guarda silencio sobre el particular, sino al derecho internacional de valor también así constitucional, a dicho convenio en concreto de la Organización Internacional del Trabajo. La costumbre debe entonces prevalecer, aunque a la hora de la verdad del fallo, esto significa que la ley debe aplicarse con ductilidad, mirándose a las costumbres, y no que éstas prevalezcan como fuente salvo tan sólo, según dispone el convenio, derechos fundamentales o derechos humanos⁽²¹⁹⁾. Una posición parece mantenerse. La ley no se destrona. *Napoléon* rige.

La constitución actual de Perú conoce una jurisdicción constitucional, pero no reconoce un derecho internacional por encima de la propia ley. Ya hemos visto la posición de expresa supremacía que ocupa como fuente la ley junto a la constitución misma. No cabe una entrada prioritaria de la costumbre tras la ratificación del convenio a la que Perú igualmente ha procedido como ya he señalado. Es la situación más común entre otros estados que, además del par dicho, Costa Rica (1992) y Perú (1993), también han ratificado hasta el momento: México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1992) y Argentina (1992). El orden constitucional actual de México, de Bolivia y de Argentina no admite derecho internacional por encima de ley nacional, mientras que la constitución de Colombia, de 1991, adopta en cambio el principio hoy más acreditado de prevalencia del derecho internacional de derechos humanos (artículo noventa y tres), en el cual podría entenderse comprendido el reconocimiento de derecho indígena que, a lo que ahora nos interesa, lo es de una fuente, la costumbre, aunque en este caso existe una seria resistencia de la doctrina constitucional, de su cultura de ley⁽²²⁰⁾. *Napoléon* dicta.

No son ya escasas tampoco las constituciones, los textos constitucionales nuevos o reformados, que, además de los casos también ya dichos, los de Guatemala (1985) y Perú (1993), reconocen por sí

(219) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 1786 de 1993, documentación comunicada por Rodolfo Piza y Fabián Volio en el taller del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, sobre *Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*, reunido en Guatemala los días 7 y 8 de marzo de 1994.

(220) Carlos LLERAS DE LA FUENTE, Carlos Adolfo ARENAS CAMPOS, Juan Manuel CHARRY URUENA y Augusto HERNANDEZ BECERRA, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá 1992.

mismas en algún grado derecho indígena: Panamá (1972), Ecuador (1979), Canadá (1982), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992) y, en trance de ultimar en 1994 la reforma, Bolivia; pero esto no significa en caso alguno, en ningún caso, que la misma constitución reconozca la costumbre como fuente autónoma ni que revise así la posición de la ley respecto a otras fuentes. En ningún caso, en ninguno de ellos, se plantea, por efecto de tal reconocimiento constitucional, la cancelación del título preliminar del código civil en cuanto que sede tradicional de esta concepción legalista del ordenamiento. Ni siquiera tampoco se le revisa a dicho efecto. Es un núcleo que parece enquistado. Con toda la distancia de tiempo y de espacio, con todo el desarrollo de derecho constitucional y de derecho internacional también de por medio, *Napoleón* resiste.

No voy a completar el panorama, pues ya he dicho que me faltan conocimientos ⁽²²¹⁾, pero miremos finalmente el caso chileno, ya que Chile ha sido quien creara un deuterotipo para América, un modelo americano. No admitía la costumbre, pero ha tenido que venir a hacerlo por la presencia indígena precisamente. De 1993, así de reciente, es la ley chilena « sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas » que les reconoce un derecho admitiendo unas costumbres. El artículo más específico al propósito, que es el quincuagésimo cuarto, admite esta fuente, la consuetudinaria, « siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República », de concepción naturalmente legalista. Otro artículo previo de esta ley, el séptimo, ha reconocido en términos más generales « el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales » con unas limitaciones de términos más familiares: « en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público ». Chile está también ahora en trance de ratificar el convenio referido de la Organización Internacional del Trabajo. Su orden constitucional actual no admite preva-

(221) El estadillo ofrecido es a fecha de la referida reunión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de principios de marzo de 1994. *Derecho indígena en América* citado se ocupa obviamente del asunto, pero tampoco contempla distintamente los casos, unos casos que además desbordan a los estados, comenzando por no dejarse recluir en sus fronteras, las fronteras de los códigos.

lencia de derecho internacional sobre ley nacional. ¿Hace falta comentar en este contexto las previsiones de la ley sobre fuentes? *Napoleón* impera.

Seamos, sigamos siendo, prosopopéyicos. *Napoleón* sigue vivo y coleando incluso en estas aparentes actas de defunción, en las legales como en las constitucionales e incluso en las internacionales por cuanto que dependen de planteamientos nacionales. Los *Napoleónidos* están vivos y activos. Y no se tome la figura como prosopopeya primaria de dictaduras militares ocasionales, sino como imagen construida de absolutismos jurídicos estructurales. Hablo de derecho formal y no de poder bruto. La doctrina jurídica latinoamericana en general, inclusive la más constitucional, se mantiene actualmente, respecto a novedades de fuentes que implican novedad de derechos, en una posición que recuerda a la prensa oficial española de la época revolucionaria francesa, silenciando y ninguneando⁽²²²⁾. Y no hace falta a estas alturas que añadamos nada sobre una historiografía jurídica que hace también derecho al hacer cultura, el derecho y la cultura ya sabidos.

El reconocimiento internacional, constitucional, legislativo o acumulado de derecho indígena y con ello de costumbre y de la costumbre más ajena a ley no es ocurrencia de algunos casos, sino algo que está planteado y que comienza a cundir a lo ancho de América, como puede verse. Unas novedades de fuentes hay por aquí y están a la vista, pero más a la vista de texto que de derecho. Y ni siquiera textualmente las novedades acaban de implantarse. Porque lleguen tratados internacionales y reformas constitucionales o leyes especiales reconociendo realidades ajenas y derechos extraños, por esto, un régimen de fuentes no acaba de alterarse. Ya he dicho que unos títulos preliminares, los títulos que vienen fungiendo de constitución para este punto crucial de las fuentes, no se dan por enterados. O no se modifican; o no se hace de modo consecuente; o ni tampoco es que se cancelen, lo que supondría desde luego la mayor de las consecuencias, o la consecuencia simplemente.

⁽²²²⁾ Autores múltiples, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, México 1988-1989; Héctor FIX ZAMUDIO, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México 1988; Germán J. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*, México 1989.

La ley sigue rigiendo. Incluso comunmente si algún derecho indígena se atiende, viene a ser por la razón y en la medida en que alguna ley lo haga, porque la ley lo disponga. La ley es quien puede. Hay casos como el de México, con reforma de constitución y ratificación de convenio, con ambas cosas como se ha dicho, el cual, sin autonomía de costumbre ni tampoco de jurisprudencia, puede estar en todo pendiente de desarrollo legislativo, de esta activación precisa, y manejándose además proyectos que resultan inconsecuentes con el trastocamiento de fuentes de constitución y convenio, como si la propia ley pudiera seguir rigiendo en exclusiva y disponiendo con autonomía, sin causa previa de derecho⁽²²³⁾. Sigue siendo por lo común única fuente, fuente si acaso y no siempre de otras fuentes, la ley.

Parece el tunel del tiempo. Es el éxtasis del derecho, de un determinado entendimiento suyo, de una concreta cultura jurídica o más bien, con todo, política. No es que volvamos siempre al mismo punto. Es que nunca realmente lo abandonamos. No se ha logrado, si es que se ha querido, salir. Por enmienda de constitución, la presunción de ley no desaparece del derecho. El *Código Napoleón* no impera durante el siglo XX, no está imperando actualmente, menos que en su época clásica. No es en menos emperador el código por unas repúblicas, las americanas, que por una monarquía, la española. El poder de la ley sobre el derecho, el verdadero poder que es éste sobre los mismos derechos, no acaba de cederse. La dinastía de los *Códigos Napoleónidos* es la que sigue imperando. Tenemos siempre, por final o por principio, el poder de la ley, el derecho así como poder, el poder entonces del derecho.

Seamos hasta el final prosopopéyicos. Sigue el imperio de *Napoleón* mediante generaciones de *Napoleónidos*, tanto antiguas como nuevas. No sólo sigue nuestro título rigiendo más bien impasible como ley de leyes, como derecho de derechos, como norma general en el capítulo más constitucional que haya, en éste de las fuentes, sino que también y sobre todo sigue la correspondiente cultura política imperando convencida de ser jurídica, la más jurídica, y constitucional, la más constitucional, o la constitucional sin

⁽²²³⁾ Información a la fecha indicada, marzo de 1994, de Magdalena Gómez, que no es lo único que le debo como ya dije.

más, como si otra no cupiera de este género, como si la novedad de la constitución no tuviese por qué acusar la vejez del código, como si no hubiese de provocar la obsolescencia definitiva de su título preliminar, del derecho que representa, de su cultura.

Es realmente, como ha sido, un problema de presunción y de presunción ante todo cultural. La reforma de un texto cual la constitución que funciona como primer código, precisamente como código, no basta para rendir una presunción tamaña. Menos la alcanzan medidas equivalentes o sucedáneas. Ni una costumbre ni una jurisprudencia propiamente constitucionales, jurisprudencia y costumbre de derechos individuales y de libertades sociales, está situándose por estos lares, por los latinoamericanos, junto a una ley que a su vez, con extrañamientos como el indígena, tampoco es que sea precisamente democrática. Unos órdenes constitucionales con premisa mayor de derechos, presunción así inferior de ley y cabida entonces potencial no sólo para jurisprudencia, sino también para costumbre, estos replanteamientos constitucionales que se están produciendo también ahora por Latinoamérica, se ven notablemente debilitados o incluso completamente neutralizados por el régimen que mantienen y la cultura que alimentan unos títulos de fuentes, títulos realmente preliminares, títulos materialmente de lo más y sustantivamente de lo menos constitucionales.

Napoleón sigue realmente vivo a través de su progenie y reproduciéndose con ella. Están vivos los *Napoleónidos*. Aún imperan. No van a ser sus propias criaturas, como el derecho reducido a ley o como la constitución reducida a código, quienes derroquen la dinastía, esta estirpe tan prolífica. Una sola fuente no es la vía procedente para la autonomía necesaria, constitucionalmente necesaria, de otras fuentes, para su garantía y para su efecto de multiplicidad de derechos, de los derechos de todos y de todas individual y socialmente, para esta fuente constitucional de fuentes. Si no hay cultura de costumbre, si no la hay de jurisprudencia, si no son ambas reconocidas constitucionalmente de forma que puedan producirse y desarrollarse como fuentes autónomas sobre la base común de derechos, seguiremos en la cultura de ley, en su concepto del ordenamiento, en unos códigos, en un título, en unos artículos reductivos cuando no ignorantes de derechos, en este universo de poderes satisfechos.