

CÓDIGO COMO FUENTE DE DERECHO Y ACHIQUE DE CONSTITUCIÓN EN EUROPA

BARTOLOMÉ CLAVERO

L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de Citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.

Code Civil, 1804, art. 7.

La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Code Civil, 1994, art. 16.

SUMARIO: 1. SEDUCCIÓN DE ESCRITURA: CÓDIGO COMO SIGNO DE DERECHO.—2. DICHA DE *NAPOLÉON*: CÓDIGO COMO SURTIDOR EXCLUSIVO DE FUENTES EN PLURAL.—3. DESDICHA DE *NAPOLEÓN*: CÓDIGO COMO CUENCA DESBORDADA DE AFLUENTES EN LIBERTAD.—4. PASMO DE EUROPA: CÓDIGO COMO NUDO DE INCOMUNICACIONES.

1. SEDUCCIÓN DE ESCRITURA: CÓDIGO COMO SIGNO DE DERECHO

Código es vocablo que significa en origen formato de libro alcanzando empleo vario con esta acepción genérica durante una larga tradición jurídica de recurso nutrido a tal forma de reproducción aun con toda su resistencia no menos inveterada frente al riesgo aparejado de reducirse el ordenamiento a escritura. Tradicionalmente se entiende que el derecho, por conocer principios trascendentes a determinación social, no puede recluirse en libro ni estabularse en documento, pero también se viene practicando la materialización escrita

del orden dado con el fin de franquearse acceso y facilitarse manejo en medida conveniente para mantenerse control y procurarse eficacia al tiempo.

Durante un lapso de siglos, el término ha singularizado prácticamente en solitario una obra concreta que venía de antiguo, el *Codex* de disposiciones imperiales al que prestara patronímico Justiniano (1). Al contrario que la *Biblia*, otro apelativo para libro, acabaría conociendo competencia en sus mismos dominios jurídicos con respecto a la propia denominación. El nombre de código se hace bastante característico dentro del mundo del derecho aún no llegándose nunca a la exclusiva. Y acabará privando. Código es apodo del que se ha usado y se usa para indicar libro, serie de libros o lo equivalente en otros soportes gráficos, como ahora los informáticos, con contenido latamente normativo, ya de ley, ya de jurisprudencia o ya también de costumbre o similar, cual el de la ética de profesiones jurídicas o de otras diversas moralidades corporativas. En el terreno del derecho y aledaños, el campo del uso acaba siendo realmente dilatado.

¿Equivale código a libro o sucedáneo, como ahora el cederrom? Si así fuera por estas alturas nuestras de finales de milenio, no parecería de interés excesivo interrogarse sobre el término o el interrogante al menos no tendría especial envidia para el derecho. Preguntarnos por el pasado, el presente y el porvenir del código sería como hacerlo acerca de la suerte pretérita, actual y futura del libro y equivalentes o simulacros, sobre unas formas materiales de producción, presentación, recreación y divulgación de textos. Si tiene hoy un alcance distinto, por jurídico, la incógnita del código, pues la hay, es porque en algún momento de una historia interesante al presente y así a tiempo venidero el vocablo de marras se ha distinguido por sí mismo en este terreno del derecho.

Código ha sido y podrá seguir siendo objeto de un amplio uso, aplicándose indistinta e indiscriminada o imaginativa y figuradamente, pero esto no quita que conozca alguna acepción más específica en cuya virtud nos interrogamos, pues lo hacemos, en sede jurídica por él y no exactamente por ninguna otra cosa semejante ni en otro foro cualquiera. La problemática más genérica del libro y equivalentes, con toda su vastedad, presenta por supuesto su interés propio, dado que no resulta indiferente al derecho la forma ni el formato como se hace vivo o ni siquiera es inocente su soporte, ayer la piedra, el bronce y el pergamino, luego el papel, el cliché y la película, ahora la aleación de discos y dis-

(1) Valga remisión de entrada a un manual no por todos, sino por sí solo, pues registra y acentúa precisamente la irreductibilidad tradicional del derecho a materialización escrita heredada ni sincrónica: PAOLO GROSSI: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995 (hay edición española), págs. 154-159.

quetes o también el internet más intangible. Algo evidentemente tan importante como la presunción de que el ordenamiento escapa a inscripción e imagen por responder a principios independientes de determinación e ingeniería sociales, cualesquiera que los mismos en concreto fueren, no deja de verse afectado por prácticas documentales y librerías naturalmente proclives a una identificación superior entre derecho y escritura. La forma ya se sabe que incide en la materia y viceversa.

Momento histórico de mayor confianza en el libro como cauce del ordenamiento de lo que fuera tradicional, cual es indudablemente el siglo XVIII europeo, conoce al tiempo un auge del valor preceptivo de principios irreductibles no menos pujante por más debatido a esas alturas entre configuraciones encontradas de derechos que se dicen naturales como ordenamientos o ya también como libertades. En lo que toca a la forma libraria de orden normativo, estrictamente a esto, no parece haber por entonces material que innove (2). Aún no tenemos, en el setecientos, la acepción determinada de código que hoy plantea interrogante, pues lo provoca. No existen todavía ni unas palabras ni unas cosas, ni toda la constelación de derivados presidida por un verbo como codificar ni todo el despliegue de manuales comprendido en un sustantivo como codificación, el conjunto de conjugaciones y declinaciones que pudiera acusar verdadera novedad en dicho terreno concreto de la presentación gráfica del derecho. Código, en el XVIII, aún no se carga del sentido que lo ha significado por sí como vocablo.

Codificar y codificación no significan hoy meramente, si la acuñación de palabrotas se me permite, librificar y librificación, la acción de recoger el derecho en libro y el resultado de la recogida. Si así fuese, no hubiera habido necesidad de neologismos, fueran esos u otros, los derivados de código, de libro o también de documento y de escritura, como documentar y documentación o escriturar y escrituración si se hubiesen aplicado al caso. Con el peso que ha tenido la Biblia en la tradición europea del derecho, pudieran haber sido dichas palabras incluso bibliificar y bibliificación. Pues *Corpus* era nombre desde tiempos medievales para la compilación que incluía el *Codex*, también podía haberse tratado de corporificar y corporificación. Pero no. No es así. Dada la tradición del término en el mundo más específicamente jurídico así como el empeño último de desplazar el *Codex* tradicional con pieza de carácter similar por reunir normas de determinación política, cual la imperial, sería la raíz de código la que se significara para la empresa y las producciones codificadoras y

(2) PIO CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán 1998 (hay edición parcial y previa española), págs. 135-139: «Perché le codificazioni borghesi non si possono considerare il coronamento della produzione legislativa dell' Assolutismo».

codificadas, y no otra cosa, no algo que mereciera ni recibiese otro género de nombre.

Código tampoco será cifra, libro en clave, sino intencionalmente al menos todo lo contrario, escritura franqueada, la que contenga y ofrezca de modo suficiente y claro el derecho comenzándose por el abandono decidido del latín como lengua jurídica. Codificar será en el campo del derecho revelar y no ocultar. Parece idea sencilla y cosa asequible, mas el caso es que el invento ni redondo ni incipiente aún no existe en dichos tiempos setecentescos. La ocurrencia, que no se ha dado durante siglos, de que el ordenamiento debiera arreglarse y ofrecerse de modo suficiente en forma de libro, dijérase también código, está viva ya en dicha época junto con una práctica animada y nutrida de manifestación de derecho por escrito (3). Mas no hay palabra ninguna que se signifique ya por entonces levantando así acta de un cambio. En el XVIII todavía se carece de las expresiones derivadas porque no se tiene la novedad de una carga profunda de sentido en la acción y las resultas de presentarse el derecho. Cuando ello ocurra identificándose la tarea y el producto con el término de código, surgirá bien elocuente toda la constelación semántica. No resultará entonces lo mismo codificar, esta nueva actividad, que cualquier otra práctica de documentar o escriturar el ordenamiento.

No es ningún misterio cuándo alcanza curso fluido el nuevo vocabulario entre las diversas lenguas europeas que imperan con su empleo por escrito a efectos normativos. Es en el siglo XIX. Ocurre hacia principios de la centuria con ocasión y como efecto de la Codificación francesa, la napoleónica, una mayúscula no por tamaño, sino por alcance. Ahí se forja la acepción nueva de Código y así el léxico flamante. El primer poder de este libro es el semántico comenzándose por su propio nombre. La lengua es cosa significativa y por ella me guío. Adopto entonces resueltamente una perspectiva que me consta nada pacífica o ni siquiera habitual en la historiografía jurídica, ya no digo en la menos especializada, pero creo tener la intención fundada (4). Pa-

(3) GIOVANNI TARELLO: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976. Nunca se ha editado la parte del siglo XVIII de HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munich, 1973-1988, cuyos volúmenes sobre el XIX ofrecen la información más amplia para la materia a la que vamos. Sintetiza el mismo H. COING: *Europäisches Privatrecht*, Munich, 1985-1989 (hay ed. española), vol. II, págs. 7-23.

(4) B. CLAVERO: «Codificación y Constitución», en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, págs. 79-145 (= *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, págs. 61-128), con rebotica de bibliografía dispensable en este momento reflexivo que también explica el abuso de otras remisiones a obra propia ahorrándome repeticiones por centrarme en lo que estimo esencial. Ahora es el Departamento de Teoría e Historia del Derecho de la Uni-

ra el Código eludo ahora toda una prehistoria porque tal la entiendo. Comienzo con el siglo.

Desde inicios del XIX Código resulta término cargado de sentido no por la forma de libro suficiente o ni siquiera de texto manejable, como tampoco por el modo y el grado como la misma presentación incida en el derecho al hacerlo en su acceso, manejo, control y eficacia. Hay carga en la profundidad de unas entrañas por el valor y la fuerza que desde entonces cobra Código como fuente del derecho, esto es, según el significado de la metáfora, como generador y dispensario de orden normativo mismo y no sólo de estancia y acomodo, haciéndose con la capacidad por sí mismo y no pasiva ni derivadamente. Es fuente de derecho en sentido creativo y no solamente en el cognoscitivo. A ello, pues resulta entonces lo nuevo, y no a otra cosa, responde la novedad misma, si no de una palabra nuda, de todo su despliegue semántico (5). El resto, de darse, es característica menos, si algo, definitiva. Tendremos comprobación sobrada.

El acontecimiento adviene por las latitudes de Francia sin recluirse en ellas. Fragua desde 1789, desde una revolución; cuaja en 1804, en tiempos de Napoleón, y a continuación, acto bastante seguido, crece y se reproduce por la geografía de buena parte de Europa y América conociendo ulteriormente una expansión todavía mayor. Es a partir de entonces, de la coagulación y el fermento napoleónicos, y no con anterioridad ni por sucesos posteriores, cuando la expresión y su constelación se significan por sí mismas en el terreno del derecho. Nuestro término se carga de sentido en 1804 por virtud del Código Civil que primero se dice de los franceses y luego se bautiza también como Napoleón, el *Code Napoléon* así sin posesivo, como nombre propio, y por gracia de toda su insigne progenie (6). No parece que se tenga una experiencia prece-

versidad de Florencia bajo la dirección de Aldo Schiavone quien ha tenido la iniciativa de un congreso, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, y adoptado el acuerdo de confiarme una ponencia, *Codice come fonte del diritto*. Algo más que medio título debo y agradezco. El estrambote de *achique de Constitución en Europa* es de mi cosecha, como también la orientación que anuncia, lo que por supuesto no habría que añadirse para un centro de libertad intelectual acreditada como este florentino.

(5) Buena evidencia léxica presta el epistolario del primero entre los apóstoles del *Code* como *Pannomion* de determinación presente sin necesidad de tracto histórico, JEREMY BENTHAM: *Complete Works*, vols. 6-8, Oxford, 1984-1988, J. R. DINWIDDY y STEPHEN CONWAY (eds.): *Correspondence of Jeremy Bentham, 1798-1816*, estando el asunto de los *Codes* presente desde un inicio por suscitarse desde Francia para acabar haciendo su aparición, tras alguna otra expresión como *Code-Manufactory*, nuestra neología: «the case (it may be called) of *Codification*» (vol. 8, pág. 468, carta de junio de 1815 al zar de Rusia).

(6) *Code Civil des Français. Édition originale e seule officielle*, París, 1804; reprint, 1982. Los artículos que más en particular van a interesarnos realmente se promulgan en marzo de 1803,

dente conduciendo, como fruta madura de cultivo moroso, a este determinado producto, según suele en cambio imaginarse la historiografía incluso más especializada en el derecho (7). No hay tal a lo que alcanzo. Como es de sobra conocido y en seguida comprobaremos para ver de precisarlo, la idea de base del Código identifica derecho con ley, dirección del ordenamiento con determinación política. Pues bien, ni siquiera esta ocurrencia de partida existe como tal en unas vísperas (8).

La que suele en cambio representarse como historia de la codificación de arranque anterior e incluso profundo en el tiempo y de andar pausado a lo largo de un buen número de décadas o hasta de siglos resulta más bien efecto de retroproyección de la fuerte imagen que arroja, comenzando por la denominación de género, el propio Código Napoleón (9). Hay cantidad de cuerpos normativos y de propuestas compilatorias de otros tiempos ostentando hoy con el nombre la cualificación que no recibieron de nacimiento ni pudieron y generando así la impresión de que existe un arduo y esforzado periplo para ley y jurisprudencia hasta llegarse al logro de la Codificación mayúscula o sin más (10). Todo esto no es historia, ocurrencia pretérita, sino historiografía, producción actual.

La historiografía comúnmente adoptada o también producida entre juristas constituye uno de tantos capítulos de invención de tradición por legitimación al cabo de lo que para el caso fuera en su momento revolucionario (11). Pues lo

pero nos podemos permitir referirlos al año del Código. Se le impone el nombre de *Napoléon* en 1807; lo pierde en 1814, y lo recupera en 1852. La progenie bastará con aludirla, pues, como explicaré, interesará menos.

(7) ANDRÉ JEAN ARNAUD: *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París, 1969; G. TARRELO: *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia 1988 (hay ed. en español), págs. 123-139.

(8) B. CLAVERO: *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, voces *Montesquieu* y *Beccaria* en índice de autores para el contraste debido frente a la suposición contraria aún imperante de existencia de la identificación en unas vísperas no por sí tales, sino por lo que luego ocurre y vamos a ver.

(9) Para muestrario reciente de iniciativa nada extrañamente, por lo que veremos, francesa, *Droits. Revue français de théorie, de philosophie et du culture juridiques*, 24, 26 y 27, 1996-1998, *La codification*.

(10) Señalo un solo ejemplo significativo entre tantísimos posibles por provenir de quien nos ha hecho la advertencia. El panfleto contra el *Codex* y demás compilación de Justiniano debido a FRANÇOIS HOTMAN: *Antitribonian ou Discours sur l'estude des lois* (1567), París, 1603, reprint 1980, concluyendo reclama un par de *beaux volumes en langage vulgaire et intelligible* que pudieran sustituirla. P. CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, págs. 203-204, recoge el fragmento bajo el siguiente epígrafe: «La strategia codificatrice degli umanisti francesi». Para acopio de evidencias, bastaría con repasar manualística.

(11) Para un debate interesante a nuestro asunto, P. CARONI y GERHARD DILCHER (eds.): *Norm und Tradition. Welche Geschitlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, Colonia, 1998.

que sí hay antes de 1804 es 1789, una revolución que crea condiciones para la novedad del Código, tan sólo esto todavía. El mismo invento del género con su valor de fuente, significándose por esto, es cosa de fase avanzada en el curso de la revolución francesa o incluso de hora postrera y hasta ajena para ella, el episodio napoleónico. De aquí, ni de antes ni de luego, creo que conviene en concreto partirse. Así que, si me acompañan, procedemos.

2. DICHA DE NAPOLÉON: CÓDIGO COMO SURTIDOR EXCLUSIVO DE FUENTES EN PLURAL

La acepción nueva, la que va a hacerse propia y característica del Código, la definitoria del mismo, se pone notoriamente de manifiesto en el Título Preliminar que sirve de encabezamiento al *Napoléon*, el principal, el civil, o que en realidad se lo presta a toda la Codificación napoleónica, también a los Códigos mercantil, penal y procesales o judiciales. La noción es tan novedosa como simple, esto al menos aparentemente. Según los pronunciamientos contenidos entre la medida docena de artículos de tal Título Preliminar, el ordenamiento se identifica de entrada con la ley, *la loi*; con la aplicación de ésta, la justicia; y la conducta conforme a derecho, con el ejercicio de libertad bajo un orden público y unas buenas costumbres, *l'ordre public et les bonnes moeurs*, que se presumen representados por la Codificación misma como manifestación eminente de la ley. No hay otro criterio en el Código o ninguno expreso para identificar esas categorías.

Si sobre dicha concreción hubiera duda, se despeja en el mismo cuerpo del Código entre los artículos 1131 a 1135, los cuales requieren causa para la licitud del contrato considerando ilícito lo prohibido por la ley así como lo contrario a buenas costumbres y orden público; confieren valor de fuente al acuerdo contractual equiparándolo expresamente a ley entre las partes si se conforma con la legislación, con sus formalidades y no con otras consideraciones, para dicho efecto que resulta de respaldo de libertad; y amplían a equidad y costumbre en comandita con la ley, *l'équité, l'usage ou la loi*, los criterios para integrar el alcance del compromiso contractual. En la Codificación entera y así en el orden privado de familia, propiedad, sucesiones, contratos y mercado, con su negativo penal, la ley no sólo es marco, sino guía. Orden público, buenas costumbres y la equidad misma son cláusulas de seguridad cumpliendo la doble función de ampliar dirección de ley sobre libertad y de impedir la supresión de ésta por aquella. El contrato, esta forma de libertad, es ley y esta forma de ordenamiento, la ley, no puede desconocerlo. No cabe así para el Código que llegue al extremo de identificarse totalitariamente con el derecho. Ley es también el contrato.

El cuerpo del Código y la Codificación toda ponen también de relieve un modelo social, el de un patriarcalismo bastante moderado, ni dinástico ni vitalicio, nada feudal ni señorial entonces, abierto a juego de libertad en materia sobre todo de disposición de propiedad y particularmente en el ámbito mercantil bajo previsión regular de la legislación con su dependencia, la justicia, en el entero orden privado. El ordenamiento público, el de las instituciones políticas, no sufre en cambio la subordinación. Factura ley y justicia o produce así Codificación no para sí mismo, sino para la sociedad civil (12). Unos poderes crean un ordenamiento que no se les aplica y establecen una justicia que no les alcanza entonces. Dejan espacio contractual para que la libertad también pueda ser generatriz de derecho, pero no lo permiten judicial para que la misma se vindique, defienda y ampare frente al ejercicio propio, el de los poderes políticos.

En términos más generales, esto quiere decir que hay presunciones injustificadas sobre la Codificación y su identificación entre derecho y legislación. No es tan simple como a primera vista aparenta. Ni siquiera un principio de imperio de la ley resulta lo genuino del fenómeno codificador si el mismo no se entiende estrictamente circunscrito a un orden privado conforme a un determinado paradigma normativo de libertad limitada y reducta por patriarcalismo familiar y apoderamiento político, también por esto segundo. Los poderes públicos no conocen sobre sí entonces Códigos ni apenas leyes. La Codificación es derecho de producción política para consumo privado. Así, con todo, ha podido justamente entenderse que representa como modelo normativo no tanto alguno constitucional de libertades como uno absolutista de poderes (13).

Y porque hubiera imperio sectorial de la ley, no había principio de legalidad, cosa distinta. Ya no sólo se trata de presidencia legislativa, sino de que unas instituciones públicas se ajusten a ley, lo que no ocurre, o de que unos derechos privados sólo puedan ser regulados por ella, lo que tampoco se da. No hay principio de legalidad en el Código ni siquiera para el orden privado. La justicia puede requerir moralidad adicional al contrato como hemos visto, a lo cual cabe añadirse que la propiedad queda sujeta no sólo a ley, sino también a reglamento en manos de poder ejecutivo. El artículo 544 la define como dere-

(12) ANDRÉ JEAN ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973; ALFONS BÜRGE: *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991, págs. 3-149; P. CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, págs. 71-75.

(13) P. GROSSI: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998 (hay ed. española de algún capítulo).

cho libremente disponible salvo uso prohibido por leyes o también por reglamentos, *par les lois ou par les règlements*. La libertad privada queda así sometida o resulta así sometible a toda una trinidad de poderes definitorios del Estado, al legislativo, al ejecutivo y al judicial, pero es también importante que la misma fuera tomada en cuenta o que incluso se le tuviese por incancelable. Con todo ello, con la posición de la propiedad y del contrato, la autonomía privada de la voluntad o de la necesidad, porque esté garantizada, tampoco es principio para el Código.

El concepto de Código no se cierra sino a última hora, hasta tal punto no viene dado por evolución anterior. Hay todo un empujado y tortuoso camino entre 1789 y 1804 para la propia confección y despacho de lo que acaba siendo el Código Napoleón, inclusive lo que termina constituyendo su Título Preliminar. Enfilándose la recta final, todavía se debate esta clave de la concepción y puesta en práctica de la Codificación toda. Aprobándose lo que será tal título, el preliminar, aún se debate la capacitación de la justicia para interpretar ley habiéndola y arbitrar en equidad faltando, con la posibilidad entonces de atención tanto a costumbre como a jurisprudencia (14). En cuanto que todo ello, lo implícito como lo explícito, fuera reconducible al orden público del modelo asumido, puede tener cabida, como luego en parte se confirma, pero cubre mejor las aguas del edificio en fase de construcción la identificación inicial exclusiva entre justicia y aplicación de ley, permitiéndose así más claramente de entrada la dirección normativa sobre la libertad. Habrá leyes tanto imperativas como dispositivas y disponibles por determinación de la ley misma. Ocurre en el propio seno del Código.

Es la opción final ya descrita, la que entroniza ley como fuente sin reducir a ley el ordenamiento o ni siquiera permitir esto segundo. Lo cual no significa que se abra espacio propio e independiente a otras fuentes. Las referencias finalmente mantenidas a orden público y buenas costumbres o también la que luego se añade a equidad no abren posibilidades de arbitrio en el orden judicial, como tampoco de albedrío en la conducta social. Pero libertad cabe y tiene su sitio. Justicia y derecho se identifican con la ley por arranque y no por resultados. Queda con la ecuación cerrada para sí misma la categoría de Código como fuente o más bien, con todo y por lo que todavía veremos, fuente de fuentes, inclusive libertad, por dispensa y como presupuesto de la misma ley (15).

(14) P. A. FENET (ed.): *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, 1827, reprint 1968, vol. VI, págs. 21-24.

(15) JEAN LOUIS HALPÉRIN: *L'impossible Code Civil*, París, 1992, págs. 273-276; UGO PETRONIO: «La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione», en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, págs. 83-115; ALBERTO SCIUMÉ: *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Turín, 1998, págs. 31-32.

¿No se ha producido realmente la novedad del Código como fuente durante el transcurso anterior de la revolución? Algo hay, pero insuficiente cuando se llega sin el concepto establecido hasta un momento tan postrero para ella. Código penal existe desde 1791 bajo el supuesto de que el derecho y la justicia consisten en ley para este concreto campo de los delitos y las penas, lo que no parece empero haber bastado para instaurarse el concepto. Entonces incluso ya existe todo un programa codificador por mérito del ordenamiento orgánico de la justicia de 1790, pues hace previsión de una reforma legislativa conducente a un manual general, *code général*, otro procesal, *code de la procédure civile*, y el penal, *code pénal*, especificando que éste se realizará «de manera que las penas sean proporcionales a los delitos y no perdiendo de vista la máxima de la declaración de derechos», la *déclaration des droits de l'homme* de 1789, en su artículo octavo: «La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias. Nadie puede ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente», por justicia sujeta a ley (16).

¿No está aquí ya, desde un inicio de la revolución, el concepto de Código como fuente y así incluso un principio de legalidad con vinculación además impecable a canon de constitucionalidad en cuanto que garantía de libertad? La pieza penal madrugaría entonces para confirmarlo (17). Mas no parece que esté tan claro nada de esto. La incertidumbre mantenida hasta 1804 puede justamente acusarlo. La misma conexión constitucional con la legalidad como garantía que más podría haber contribuido a asentar la idea de Código resulta problemática. Cuando el referido ordenamiento de la justicia se refiere a la reforma legislativa conducente a la pieza principal, el *code général*, puntualiza que habrá de hacerse por los legisladores, *par les législateurs*. No es requerimiento gratuito. Así se excluye la jurisprudencia y también algo más. La misma declaración de derechos de 1789 se refería, en su artículo sexto, a una doble vía ciudadana de determinación de la ley, la directa y la representativa, soslayándose así enseguida la primera para una legislación decisiva.

A efectos judiciales, la vía directa tiene su traducción en el jurado, sobre lo

(16) J. B. DUVERGIER (ed.): *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État, 1788-1830*, París, 1824-1831, vol. I, págs. 361-377, *décret sur l'organisation judiciaire*, arts. 19-21 del título segundo, colección también para *déclaration* y, pues ahora sigue, *constitution*.

(17) ROBERTO MARTUCCI: *La Costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791. Alle origini del processo accusatorio: I decreti Beaumetz*, Milán, 1984; PIERRE LASCOURMES, PIERRETTE PONCELA y PIERRE LENOËL: *Au nome de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, París, 1989.

que guarda por su parte silencio la declaración y por la suya reserva dicha ordenación de la justicia, reduciéndosele con todo al campo penal para apreciación del hecho y no confiriéndole así relevancia ninguna para la determinación del derecho (18). El problema constitucional es entonces el de la erección de un poder legislativo en sede parlamentaria para la tipificación negativa de conductas sociales sin contrapeso igualmente ciudadano en el momento de una justicia ya reducida a función de ley. Puede entenderse que un código penal no bastase para producir el concepto de Código en un contexto constitucional. Sólo cuando éste viene a menos en tiempos napoleónicos cabe la concepción del Código como fuente para un orden además tan sólo sectorial, sin imperio equivalente ni similar de la ley ni de reglamento en el orden político.

Para el planteamiento judicial de 1790, la justicia en el orden civil se presta aún menos a sugestión de Código puesto que, aun no acogándose en este campo la institución del jurado, se pone un fuerte acento en la instancia de la conciliación y en la opción del arbitraje como mecanismos constitucionales sin sujeción necesaria a ley ni la una ni el otro. *Code général* era entonces una incógnita que no hay por qué despejar identificándolo como modelo con el *Code Napoléon*, aunque sólo fuera porque éste resulta fruto de un momento bastante menos constitucional. La referencia al respecto de la Constitución de 1791 que incorpora tanto la declaración de 1789 como el orden judicial de 1790 apunta significativamente en una dirección más pasiva de compilación que activa de generación del derecho: *Code des lois civiles communes à tout le Royaume*. Demos en fin a cada cual lo suyo. No adjudiquemos a historia ni a revolución lo que es obra de Napoleón con los cambios sensibles que produce en los órdenes tanto legislativo como judicial permitiendo la identidad inicial entre derecho y ley (19).

Napoleón es sabidamente un prototipo. La concepción que se forma con su Título Preliminar va a constituir modelo o a servir tanto incentivo como inspiración para una variedad notable de Codificaciones en las que no siempre se adopta de entrada la identificación aparente entre derecho, justicia y ley, reconociéndosele juego expreso a otras fuentes como la costumbre o la jurisprudencia e

(18) ROBERT BADINTER (ed.): *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París, 1989; ANTONIO PADOA SCHIOPPA: *La giuria penale in Francia. Dai «philosophes» alla Costituente*, Milán, 1995; B. CLAVERO: *Happy Constitution*, págs. 74-83.

(19) MICHAEL J. FITZSIMMONS: *The remaking of France. The National Assembly and the Constitution of 1791*, Cambridge de Massachusetts, 1994, págs. 100-108 y 212-222, apreciando el momento menos legalista; B. CLAVERO: «La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, págs. 604-645, debatiendo la imputación de *Napoléon* a la revolución.

incluso ubicándose a la persona cual sujeto de derechos en el mismo capítulo inicial, con la posibilidad de que la libertad entonces concorra y hasta prevalezca como principio entre las fuentes. Pero esto último no sucede salvo en la actualidad como veremos. No conozco variante pretérita de Código que afecte al paradigma porque, aceptando principios, ceda realmente en la determinación del ordenamiento. En cuanto al sujeto, comienza siempre por presumirse una identificación masculina y nacional de *la persona* no equivalente así ni siquiera de entrada al individuo sin más. Y el patriarcalismo, aun moderado, hace el resto. Lo característico resulta entonces que sea la ley quien determine tanto sujeto como ordenamiento ya directamente, ya también de forma vicaria, por admisión o tolerancia de otras fuentes, como de principios en su caso igualmente dependientes.

No es ahora cuestión de hasta qué punto se logra objetivo o en qué grado se mantienen usos y doctrinas o libertades y principios al margen incluso de la Codificación, lo cual ocurre en mucha mayor medida fuera de Europa. Ahora importa la concepción de un sistema de fuentes a disposición como tal enteramente de la ley aunque no siempre sea la legislación lo que rija ni se imponga. Como la costumbre y la jurisprudencia, las libertades y los principios, no son cosas por entero erradicables, en todos los casos, incluso en el francés (20), el Código no es definitivamente fuente en singular, sino fuente de fuentes en plural, subordinando o marginando lo que entonces parece el resto. Lo decisivo en suma no es que el ordenamiento se identifique por completo con la legislación, lo cual ni cabe, sino que la Codificación lo considere a su disposición y así se tenga la disponibilidad por legítima hasta el punto de pasar por expresión de constitucionalismo. A lo que ahora estamos, pues a esto de la constitucionalidad acudiremos luego, hay una auténtica variedad de menús entre preliminares o equivalentes de las distintas y no tan dispares Codificaciones dentro de un mismo paradigma de imperio factible de la ley con juego de libertad en la esfera privada, aparte también de que el éxito del Código nunca sea tanto como se presume (21).

(20) LOUIS ASSIER-ANDRIEU: *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, París, 1987, págs. 89-218; CHRISTOPH BERGFELD, «Frankreich», en FILIPPO RANIERI (ed.): *Gedruckte Quellen des Rechtsprechung in Europe, 1800-1945*, Frankfurt am Main, 1992, vol. I, págs. 405-461; JEAN HILAIRE: *La vie du droit. Costumes et droit écrit*, París, págs. pp. 35-49 y 83-100; MATTHIAS GLÄSER: *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1996.

(21) B. CLAVERO: «Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, págs. 81-194; CARLOS PETIT: «El Código inexistente», I, «Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo xix», y II, «Por una arqueología de la civilística española», en *Anuario de Derecho Civil*, 48, 1995, págs. 1429-1465, y 49, 1996, págs. 1415-1450; MARTA LORENTE: *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, en prensa.

Y no dejemos de advertir lo que para tiempos y latitudes de Codificación es la ley, norma a disposición concretamente de poder o poderes políticos sin requerimientos especiales de precedencia de derechos ni de procedimiento por representación. Ofrecía ejemplo el mismo Título Preliminar del Código Napoleón identificando de entrada derecho con ley y punto, esto es, sin expresión alguna de premisa de libertad ni requisito de parlamento. Así también se entiende que el reglamento pudiese equivaler a ley, como se comprueba en el artículo de la definición de la propiedad. El Código no conoce ni reserva legislativa ni jerarquía normativa en el ordenamiento de determinación política que sin tantos escrúpulos es el derecho para él. No hay así identidad estricta ni rigurosa con la ley desde ninguna óptica que pueda decirse constitucional.

Ley o equivalente mediante, lo que intenta ponerse a disposición de poderes políticos sin credenciales de dicho género constitucional es la batería de las fuentes y así el ordenamiento. El Código es ley y lo es por ley que como fuente él mismo entroniza incluso en el caso de atender e integrar costumbres (22), o también en el que pueda caracterizarse por contribución de la jurisprudencia cual doctrina y de la justicia cual aparato (23). No deja de ser ley y de disponerse así por ella del resto de las fuentes porque algunas de entre éstas reciban una consideración que pudiera acercarse incluso a la equivalencia (24). Codificación mediante, es ley lo que ya determina. Las mismas variantes más diversificadoras entre Códigos dependen menos del propio planteamiento que del medio cultural e institucional donde recaen y operan. Hasta con Napoleón sucede (25).

(22) C. PETIT: «The Code and the Goats: Western law in less-western cultural context. On the Code of Property of Montenegro 1888», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 20, 1998, 3-4, págs. 212-224. Es caso también parcialmente *more-western*: PABLO SALVADOR: *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985; ENCARNA ROCA I TRÍAS: «El Código Civil, derecho supletorio», en B. CLAVERO, P. GROSSI y FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (eds.): *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990, vol. II, págs. 535-572; B. CLAVERO: «Nativism and Transnationalism. Spanish Law after the Civil Code», en CLAES PETERSON (ed.): *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, Lund, 1993, págs. 25-35.

(23) MICHAEL JOHN: *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989; HANS SCHULTE-NÖLKE: *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main, 1995.

(24) P. CARONI (ed.): *L'unification du droit privé suisse au XIX^e siècle*, Friburgo, 1986; el mismo, *Saggi sulla storia della codificazione*, págs. 78-90, con valoración más favorable respecto a fuentes, bien que mi conocimiento para contraste no va mucho más allá del texto traducido en su momento, *Código Civil Suizo aprobado en 10 de diciembre de 1907*, Madrid, 1908, y siendo materia frecuentada por P. CARONI: *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basilea, 1996.

(25) Por la revolución habida, *Napoléon* puede promulgarse con alcance derogatorio general (J. B. DUVERGIER, ed.: *Collection complète*, vol. XIV, págs. 526-528, *loi contenant la réunion*

Insisto en todo esto porque usualmente se ofrece la imagen contraria. No observo diferencias sustantivas en materia de fuentes entre el prototipo *Napoléon* y la serie de Códigos que por Europa y por América le siguen a través de un siglo largo, así por latitudes europeas hasta el Código suizo (26). No se parte de una cerrazón en ley para ir abriéndose con principios y otras ocurrencias sin capacidad entonces de dirección. Tal misma forma legalista a ultranza de arranque del movimiento codificador nunca ha existido. Como expresión de Codificación, nunca se ha dado la identificación entre ordenamiento y legislación sin más. Desde aquel origen napoleónico el modelo resulta complejo viniéndose en otros casos a formulaciones más francas de la admisión de otras fuentes, inclusive libertad, bajo determinación de la ley.

Es ley cualquier Código que responda al concepto con todas sus variantes y no otra cosa aunque pueda adoptar el mismo nombre. No se comete petición de principio con la advertencia. Codificación es idea y realidad que se debe al *Code Napoléon* y su progenie, al Código que se caracteriza y define por la entronización de la ley como fuente de fuentes. En la categoría no entran los manuales normativos que pueden recibir la denominación sin llegar a significarla entonces ni deber representarla hoy al no asumir la concepción legislativa no identificada exacta ni necesariamente con la parlamentaria. Precisamente los regímenes más parlamentarios, cual el británico, son los menos codificadores, los refractarios incluso a la Codificación con mayúscula. No es que se trate de parlamentos privados de poder legislativo, sino de sistemas jurídicos que no les confían la materia nodal de fuentes, la cual se considera como propia de tradición políticamente indisponible y así administrable por jurisprudencia y costumbre. Por ello no se tiene de parte de poderes capacidad codificadora en tales casos precisamente más parlamentarios y probablemente más constitucionales (27).

des lois civiles en un seul corps des lois sous le titre de Code civil, de 21 de marzo de 1804, art. 7, con expresión agregativa el título de la ley que ya no tiene la significación vista en 1791, antes de que existiera el Código), mientras que al extenderse por territorios italianos *Napoleone* a menudo se presenta por ediciones oficiales *colle citazioni delle leggi romani*, significando *leyes romanas* derecho de tracto nada legalista, aun conociendo también la cláusula derogatoria al menos en promulgación *pel Regno d'Italia*, Milán, 1806, reprint 1989.

(26) En España se cuenta con un buen material de toda esta movida tanto para Europa como para América e incluso para otras latitudes gracias a la colección de *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos* que se ocupó de ir ofreciendo traducciones sobre la marcha como la dicha del Código suizo: B. CLAVERO: *Legislación universal para pueblos modernos, 1868-1914*, en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (ed.): *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997, págs. 31-55.

(27) B. CLAVERO: «Imperio de la Ley y Rule of Law», en *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996, págs. 285-346 (= *Happy Constitution*, págs. 181-236).

Existe el uso postrero de denominar *preley* el preliminar del Código, sea norma exenta o título que lo encabece, lo que sienta el concepto con sus diversas modalidades dentro del paradigma característico de identificación del derecho con la ley más otras eventuales fuentes admitidas o sufridas por la legislación misma (28). Resulta una buena denominación la de *preley* también por lo que implica de negativo en el sentido de que cancela o al menos suplanta Constitución. El concepto de Código se basta para fundar ordenamiento desde el instante y en la medida en que permite la identificación de derecho y justicia con ley y por lo tanto consigo mismo (29). Esto no se produce de un modo necesariamente absoluto también por la razón de quedar espacio eventual en el orden político para Constitución, pero de esta forma queda excluido de la dirección constitucional, de esta presidencia, todo un resto que es el grueso, la Codificación en suma. Resulta un punto ciego porque la propia escisión se asume sin mayor problema, como expresión de independencia entre derecho público y derecho privado, por la doctrina y por la historiografía jurídicas (30). Así es posible históricamente la producción y reproducción del fenómeno codificadorio, la misma existencia del Código como fuente de fuentes, nunca como fuente a secas.

3. DESDICHA DE NAPOLÉON: CÓDIGO COMO CUENCA DESBORDADA DE AFLUENTES EN LIBERTAD

En Francia sigue hoy vigente el Código Napoleón sin existencia social o al menos jurídica de su modelo de base entre patriarcal y mercantil. Para mantenerse en una sociedad que no es la suya originaria, la misma Codificación ha tenido que someterse a tratamiento precisamente legislativo, a importantes re-

(28) ALESSANDRO GIULIANI: *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Turín, 1999, que forma parte del *Tratatto di Diritto Privato* dirigido por PIETRO RESCIGNO como preámbulo sobre la base de tiempo largo que más seduce a juristas dificultándoles en el caso la visión del momento histórico del Código.

(29) Debida a ROBERTO BONINI: la *Premessa storica* de dicho mismo *Tratatto* dirigido por P. RESCIGNO, vol. I, Turín, 1982, págs. 43-155 (con edición también exenta: *Disegno storico del diritto privato italiano. Dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942*, Bologna, 1980), ofrece ejemplo de exposición sin cabida ni posibilidad, por alto y retroproyección del Código, para la problemática constitucional.

(30) No sólo por los títulos ilustra la serie de CARLO GHISALBERTI: *Storia costituzionale d'Italia, 1848-1948*, Bari, 1976-1977; *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari, 1979; *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, 1985.

formas mediante leyes, al juego de su propia fuente primordial. Orden público y buenas costumbres son categorías que se han transformado también profundamente para el mismo Código por haberlo hecho los valores a los que responde la ley. Los principios son a estas alturas otros.

No resultan además ahora ningún enigma. Y muestran capacidad directiva. Son principios de libertad que puede así elevarse pues no se reduce al ámbito del mercado y cercanías. Ya opera en materias neurálgicas para el sujeto como la de familia. Puede ser general. Una jurisprudencia se ha sumado respondiendo igualmente a libertades. Mas la ley sigue rigiendo como fuente o así también en el caso como fuente de fuentes o al menos lo pretende. El Código Napoleón ya celebró su primer centenario desbordado en cuanto a novedades de leyes afectando al modelo social de base (31), pero manteniéndose todavía bastante firme el control mismo de la ley como fuente. Ya operaba abiertamente la dispersión normativa, pero todavía legislativa, aunque no complementaria, sino rectificatoria, de la Codificación (32), que luego se llamará *decodificación* como fenómeno de inflación de ley que se entiende negativo. Ahora veremos si lo resulta tanto.

De momento advirtamos que el paradigma normativo del Código no se cancela porque venga cediendo e incluso desaparezca su modelo social para la misma perspectiva de la legislación. La Codificación ha generado toda una cultura del derecho que entroniza la ley como fuente en medida superior incluso. Para bien o para mal, el Código era menos legalista que sus exégetas y operadores durante el XIX (33). El caso es que está identificado con ley y derecho. Y no parece que haya cambiado decididamente de posición ni parte de la jurisprudencia ni un buen grueso tanto de la política como de la enseñanza del derecho todavía hoy en Francia. Aún se intenta mantener la entronización de la ley en sentido lato incluso cuando, según vamos a comprobar y sopesar, viene a afirmarse la libertad como principio para el propio Código.

Una exención muy inferior ahora de los poderes políticos respecto a legislación o un principio así prácticamente de legalidad en un medio que es por fin además de vocación democrática viene a reforzar la posición respectiva de ley y de libertad. Las libertades proponen, las leyes disponen y hay resultas pro-

(31) AUTORES VARIOS: *Le Code Civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, París, 1904, reprint 1979.

(32) JUDITH F. STONE: *The Search for Social Peace. Reform Legislation in France, 1890-1914*, Albany, 1985.

(33) Para tomas de conciencia entonces y hoy problemáticas, *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, *Gény e la scienza giuridica del Novecento*; MARIE JOELLE REDOR: *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, París, 1992.

blemáticas realmente para ambas. Los *Codes* se multiplican y parifican (34). Si *Napoléon* parece que impera, puede ser por el arraigo de una cultura legalista que ya no le concede empero la primera ni la última palabra. Priva su imagen, un reflejo no muy fiel a estas alturas de cara a un segundo centenario. Aunque sea otra la impresión que todavía ordinariamente se ofrece, tal vez el Código haya llegado ya a ceder en su posición de fuente e incluso de fuente de fuentes. Puede que éstas ya no se encuentren bajo su control ni siquiera en casos donde el mismo ha sido más efectivo. Francia puede resultar aún de lo más ilustrativa.

Francia no es más que un caso hoy entre tantos para el asunto de la Codificación. Ser prototipo no garantiza ningún predicamento ni dominio para los restos. Porque su arranque fuera paradigmático, no va a resultar igual y siempre su presencia a lo largo de toda una historia pasada y por venir. Puede ser sin embargo Francia todavía significativa. Cabe en efecto que ilustre, como también que sirva para suplir ignorancia y salvar de apuro. No tengo conocimientos ni tendría espacio para considerar particularizadamente una muestra holgada de casos en los que sigo dependiendo de los estudios existentes sin llegar a confiarme (35). Puestos a seleccionar, quedémonos con uno solo que puede además decirse genuino. El Código Napoleón se produjo en Francia y mantiene en ella resistiendo con él, si no otras cosas, la ley como fuente o al menos finalmente su imagen. Puede ser un buen laboratorio donde aquilatar su valor en nuestro momento. Vayamos en fin al grano. ¿Representa hoy el Código en general el mismo sistema normativo, ya que no igual modelo social o tampoco al fin político, que hace un par de siglos? Acudamos en particular por una respuesta al más fiable indudablemente de los testigos incluso por más interesado, cuál otro mejor en suma que el Código Napoleón mismo y su Título Preliminar mismísimo.

(34) Encuentro entre libros y cederromes unas decenas de Códigos vivos en el sitio de internet de una editorial especializada, www.dalloz.fr. Junto a los ya aludidos, *Civil, de Commerce, Pénal, de Procédure Civile y de Procédure Pénale*, y por aludir, *de la Santé Publique y de la Propriété Intellectuelle*, figura una serie en la que ya prevalece el derecho no privado, yendo desde los Códigos *Administratif, Électoral, de la Fonction Publique, des Collectivités Territoriales, de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Habitation, de l'Environnement, de la Route, de la Communication, de la Consommation, du Sport, du Travail, des Procédures Collectives, de la Sécurité Sociale, de la Mutualité, de Justice Militaire, des Procédures Fiscales* o el *Mégacode des Impôts*, hasta los de *la Famille et de l'Aide Sociale, Rural, Forestier, des Baux et de la Copropriété, des Sociétés y des Assurances*. Importa ahora tan sólo el panorama que se ofrece. No he comprobado la cronología ni qué títulos son oficiales y cuáles editoriales.

(35) No comparto el optimismo bibliográfico de P. CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, pág. 78.

Acudamos a una versión del Código realmente al día de estos fines nuestros de milenio, lo cual significa que no sólo tenga incorporadas todas las reformas expresas hoy vigentes, sino que también intente la integración de otro derecho que incida actualmente en sus disposiciones. Centrémonos en los puntos más definitorios de su paradigma de identificación en arranque de ordenamiento con ley por hacerse para el momento de la verdad de la justicia, y observemos también los pasajes consecutivos que interesan a la posición resultante de los derechos de libertad. Son los artículos cuarto a sexto, los últimos del Título Preliminar, y los primeros del libro de derecho de personas, desde el séptimo hasta la serie de los decimosextos, pues son varios. Veamos lo que hoy se encierra en esta sucesión de presuntos principios de un entero ordenamiento, según la propia pretensión, y no sólo de su rama civil o de la privada, según la denominación (36).

La justicia debe producirse conforme a ley sin poder excusarse por pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia. Un principio que originariamente mira a lo que manifiesta, esto es, al imperio de legislación, ahora aparece debido a otro distinto, el de «un deber de protección jurisdiccional del individuo», y ello no porque se produzca alguna reforma, pues los artículos últimos del Título Preliminar están intocados desde 1804, sino por haberse pronunciado una jurisprudencia interna, la misma justicia obligada a ley. He aquí un aparato interpretativo que viene realmente a superponerse al texto legislativo. Basta su debida agregación para que el efecto se produzca. Y dicha justicia no resulta ser ahora la única. Cuando otro artículo a continuación dispone que la misma no puede desempeñarse por vía de disposición general con el mismo propósito original de la sujeción a ley, el aparato de interpretación ahora añadido incluye registro de existencia de la Corte europea en Luxemburgo cuyas determinaciones pueden tener dicho alcance general llegando incluso a sobreordenarse a ley doméstica.

Sigue el artículo final de los preliminares, sexto del Código, vedando derogación de leyes interesantes a orden público y buenas costumbres por medio de convenciones entre particulares, por este juego de libertad cuya especificación ya nos consta. El acento en lo que se nombra originariamente, la ley, pasa en el aparato interpretativo a situarse sobre lo que no se mencionaba entonces, la libertad, abriéndose notabilísimamente su margen o, dicho de otro modo, estre-

(36) Para todo lo que sigue respecto al momento actual, hago uso de GILLES GOUBEAUX, PHILIPPE BIHR, XAVIER HENRY y GUY VENANDET (eds.): *Code Civil*, París, 1999, págs. 28-68, la edición *Mégacode*, pues hay otra manual de los mismos responsables y la misma editorial, Dalloz, sin el volumen de aparato que aquí interesa. Excuso ahora citas al detalle, pues con la referencia de artículos en texto no hay pérdida.

chándose ahora resueltamente el espacio del orden público y las costumbres buenas para los presupuestos de la Codificación y toda otra legislación. Si no es moral de libertad, también la moralidad adicional por vía de justicia puede así neutralizarse ahora. Ya no es la ley la que determina tales categorías.

Tampoco lo hacen algunos principios que puedan ahora resultar inciertos o decirse descomprometidos. Es en la libertad o en un despliegue de libertades como derechos donde se cifra ahora el mismo orden público. Y conocen un sujeto de entrada que no resulta el originario, pues lo es la «persona humana» acreedora ante todo de «dignidad», con unas cualificaciones que así apuntan a todo individuo, lo cual no era desde luego *la persona* como sujeto de derecho en el patriarcalismo familiar del Código primitivo. La jurisprudencia francesa y la europea, también la del Consejo de Europa en Estrasburgo, abundan en esta línea tendente a la posición como principio, no de régimen de ley, sino de sujeto de libertad. Concurren y apoyan, pues tampoco dejan de comparecer como orden efectivo, las convenciones internacionales en desarrollo de la declaración universal de derechos humanos.

Los primeros artículos del libro de personas interesan a la posición del sujeto respecto al derecho, lo que, facilitando las cosas, era originariamente a la ley. En origen se supone que los derechos civiles son los resultantes del Código, como los políticos se dice que son los derivados de la ley correspondiente, la constitucional como una más, añadiéndose que todo francés es sujeto de los primeros. Es lo que siguen diciendo en sustancia, conforme en parte a redacción de 1889, unos mismos artículos, el séptimo y el octavo (37). Mas las cosas ahora no pueden resultar tan dóciles en un extremo tan clave. El mismo lenguaje cambia. El sujeto originario en masculino, *tout français*, ahora puede cubrir más de un género. Y diga lo que diga el mismo Código, ya no cabe entender subordinación tamaña de derechos a leyes. Todo esto lo pone de relieve no sólo un aparato interpretativo de matriz judicial, sino también unas reformas legislativas que han venido modificando o añadiendo artículos. Por encima de las leyes y para ellas mismas, tienen entrada derechos incluso impensables originariamente para el Código. No es momento de tratarlos en particular, sino de advertir el cambio de posición.

En el título primero del libro de derecho de personas hay ahora unos capítulos segundo y tercero tratando del individuo y su cuerpo por virtud de una ley sobre bioética de 1994 (38). Advirtamos tan sólo el pie de entrada: «La ley ase-

(37) Para contraste de versiones no vigentes, sirve una edición manual sin otro aparato: JEAN VEIL (ed.): *Le Code Civil. Textes antérieurs et version actuelle*, París, 1997.

(38) *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 1994, *Législation*, págs. 406-416: *Loi relative au respect du corps humain* de 29 de julio reformando los Códigos.

gura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado contra su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida» (artículo decimosexto, encabezando la serie subnumerada hasta el 16.12). He aquí todo un principio de posición del individuo por encima del ordenamiento como acreedor de dignidad y así también, según el propio entendimiento cultural, de libertad, pudiendo cobrar en el seno del Código un sentido superior al de la misma norma de procedencia. En la ley suelta cabe todavía entender la dignidad como crédito para la protección del Estado sin implicación de libertad. Codificado el principio, cabe que produzca por puro contraste la subversión radical de un Título Preliminar que sigue en sustancia sin tocarse, además de la cancelación definitiva del patriarcalismo que ya viene seriamente enmendándose (39). *La personne*, todo individuo, no es lo mismo que *tout français*, el sujeto primitivo que sigue también literalmente constandingo. En el Código mismo puede así la persona venir a ocupar el lugar tradicional de dicha otra figura, el varón de nación francesa como sujeto de derecho conforme éste a la determinación de la ley y no a su propia existencia o por ser humano vivo tan sólo (40).

Por encima del mismo Código y mediante pronunciamiento así finalmente suyo, puede ahora sintonizarse de mejor forma con toda la jurisprudencia de derechos como libertades, ya francesa, ya europea y también internacional, o con toda la cultura social que está alimentando realmente un cambio de para-

gos Civil, Penal y el de Propiedad Intelectual, *Code de la Propriété Intellectuelle*, acompañada el mismo día por otra relativa *au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humaine, à l'assistance médicale à la procreation et au diagnostic prénatal* reformando a su vez el de Sanidad Pública, *Code de la Santé Publique*. Son leyes que pasan control previo de constitucionalidad sin cuestión de incidencia por alteración de fuentes en el Código Napoleón de rango formal al fin y al cabo meramente legislativo: *Recueil de Décisions du Conseil Constitutionnel*, 1994, págs. 100-105.

(39) El único cambio producido a través de los años en el Título Preliminar del Código Napoleón toca al artículo primero respecto al punto preciso de quién promulga la ley, una figura que pasa de Primer Cónsul a Emperador y de Rey a Presidente de la República, un Jefe del Estado en suma, con lo que ni siquiera habría alteración de haber existido dicha expresión en origen. J. VEIL (ed.): *Le Code Civil. Textes antérieurs*, opta por no cronometrar esta concreta sucesión de cambios superficiales para el Código, no digo que a otros efectos. Tampoco se han tocado desde 1804 el artículo 544, el de definición de la propiedad, ni la serie del 1113 al 1135, los de causa, licitud e integración del contrato, sin perjuicio de que su entendimiento se haya trastocado igualmente de raíz. Para enmiendas del patriarcalismo, basta confrontar las partes correspondientes del Código en el tiempo. Sólo limitándonos a la sucesión entre reformas y la combinación menos controlada entre textos, hay ahí toda una arqueología que no es ahora el momento de explorar.

(40) B. CLAVERO: *Happy Constitution*, págs. 29-40. *Tout français*, el sujeto que consta literalmente hoy como en 1804, sufrió un eclipse entre 1893 y 1927 porque su artículo, el octavo, se aprovechó para unas disposiciones generales sobre la nacionalidad que ahora, renovadas en 1993, se sitúan en el primer capítulo de un título primero bis de este libro de personas.

digma más difícilmente o de peor modo producible, por su misma base libertaria, a través de la legislación, salvo si ésta de entrada se limita a reconocer y garantizar. Hay costumbre en el origen de la renovación de la jurisprudencia judicial pudiendo mediar la no judicial, la doctrina. Por vía consuetudinaria antes que por ninguna otra han cambiado a los efectos civiles no sólo de contenido, sino también de posición por liberarse de ley, categorías como la de orden público, la de costumbres buenas y no perversas o las de moralidad, licitud y equidad en los contratos que hemos visto ulteriormente registradas en el Código. No es mala dirección la que con todo esto se perfila tocando a fuentes, a nuestro asunto nuclear. Si partimos de la persona, de su dignidad y derechos como premisa constituyente, por delante y encima de la ley ha de situarse de alguna forma y en algún grado costumbre y jurisprudencia, también la primera en cuanto que ejercicio más expedito de libertad.

Con la credencial verdaderamente constitucional de la primacía de la persona y una dignidad propia que cabe entender de libertad, dicho artículo decimosexto puede resultar en realidad el primero de un Código que deja con ello entonces de serlo. Sigue siéndolo por supuesto entre la mayúscula que viene ostentando y la minúscula que acaba mereciendo en medio de las aguas revueltas de la herencia de un pasado y la esperanza de un futuro. El Código sigue siendo manual para la preparación de juristas, si ya menos para la práctica del derecho. Se basta todavía para reproducir mentalidad. Por lo usual se edita como si todavía presidiera ordenamiento y cultura, reproduciendo de entrada el Título Preliminar irreformado sin arropamiento suficiente de la jurisprudencia que lo subvierte. Orden y mentalidad se resienten no respondiendo siempre ni de la mejor forma derecho y doctrina en Francia al propio momento constitucional, ya no digo al social. El Código o al menos su Título Preliminar, resulta hoy en cuanto tal una ficción, pero nada inocente, pues se encuentra operativa. Incide en cultura y en ordenamiento.

En el mejor de los casos, hoy el Código ofrece cauce para afluentes que son los que aportan caudal y energía; en el peor, es un lastre que empantana y contamina; en todo caso, afea el paisaje. Imprime sesgo. Distorsiona vistas. Puede desvirtuar y aún contrarrestar novedades. Ya no es la fuente primordial, fuente de fuentes, por mucho que sus propias reformas legislativas hagan el esfuerzo de mantener apariencias. En todo este complejo panorama, lo que nos interesa es el cambio solapado de base conducente de las leyes a los derechos como primera identificación del ordenamiento. El Código se subvierte en el mismo punto cardinal de su valor como fuente. Ya no reparte ni siquiera juego entre fuentes. No es él quien lo hace, sino una jurisprudencia de derechos que escapa incluso al control de la justicia francesa, no digamos de la legislación.

¿Estamos ante la *decodificación* que ya operaba por aquellos tiempos del primer centenario? ¿Asistimos a la exasperación ahora de la inflación normativa que afecta al Código de modo neurálgico por ser de su misma madera legislativa y así, sustrayéndole materia para innovación e incluso contraposición de planteamiento, alcanzar el efecto de descentrarlo sin tener la capacidad de sustituirlo? Es en suma lo que suele entenderse con el tópico (41), pero el fenómeno actual me parece que resulta todavía de mayor envergadura e incluso de otra naturaleza. El tiempo no pasa en vano. El segundo siglo de vida ha podido traerle al Código algo todavía peor para él, pero no por ello para nosotros. En nuestras latitudes codificadoras y adicionalmente constitucionales, pues es Constitución lo que en ellas llegara durante el siglo XIX a sumarse por subordinación a Código y no a la inversa, quizás no estemos ahora tan sólo, como viene repitiéndose, en la edad de la decodificación, sino en una fase distinta, la del *Codice disincantato*, del *entzauberte Gesetzbuch*, del Código deslucido y sin gracia, incapaz ya de seducción, permitiendo, con el desencanto y los años, lucidez y soltura (42). Cabe que la Constitución ahora se reponga, lo que resultaría buena nueva para nosotros, esto es, para el sujeto.

Experimentamos por supuesto desde hace algo más de un siglo una decodificación legislativa, aquella que no responde al modelo social resistiéndose el político, pero hay también en las últimas décadas por estas latitudes otra que puede decirse constitucional. Es la decodificación que ante todo importa al asunto básico de las fuentes, a dicha subversión radical del Título Preliminar del Código. Puede ser la auténtica por nuclear y la definitiva por irreversible con independencia de que lo advierta ni admita. Responde a pautas irreductibles a ley, así incatalogables bajo premisas de Codificación. Asume principios literalmente incodificables e incluso inconstitucionalizables, no reducibles a Constitución que se considere también ley todo lo cualificada que se quiera (43). Se trata de lo confeso por el actual artículo decimosexto del Código francés, de su subversión radical del sujeto codificado. No hace falta repetirlo para apreciar el alcance.

La subversión del mismo Código, la definitiva decodificación, no viene por leyes ni tampoco en el caso por la *preley* que pudiera ser, no su Título Pre-

(41) NATALINO IRTI, con presentaciones de LUIS ROJO y AGUSTÍN LUNA: *La edad de la decodificación*, Barcelona, 1992, título ya afamado.

(42) P. CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, págs. 99-134.

(43) GUSTAVO ZAGREBELSKY: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, 1992 (hay ed. española); JUAN LUIS REQUEJO: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, 1995; ENRICO SCODITTI: *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Nápoles, 1999.

liminar eventualmente reformado, sino la Constitución, pues la francesa ni siquiera contiene un catálogo de derechos comprometiendo a la legislación. Presenta una remisión a tradición que por vía jurisprudencial se identifica al efecto con la declaración de derechos de 1789 interpretada ahora de manera necesariamente anacrónica comenzándose por algo tan básico como que *homme*, el sujeto de derechos, signifique también mujer (44). Y a esto se suma una circunstancia no menos decisiva a efectos prácticos. Es igualmente por medio de jurisprudencia como se produce la cobertura europea de derechos de libertad desbordando definitivamente el planteamiento del Código como fuente. Lo cual no interesa por supuesto tan sólo a Francia, o además a otros casos sin catálogo de valor constitucional propio de derechos ni tampoco Codificación en sentido estricto como el de Gran Bretaña (45). Ambos supuestos, con todas sus peculiaridades respectivas, resultan sintomáticos en el seno de una Europa cuya integración jurídica por encima de las Constituciones de los Estados viene produciéndose no tanto por la vía intergubernativa e interlegislativa de tratados y directrices como por la jurisprudencial de derechos (46).

Abundan leyes en Francia reconociendo y garantizando libertades, planteando también el reto de la conjugación entre un principio de legalidad que impone norma general y el de constitucionalidad o juridicidad que antepone libertad individual, resultando un encaje especialmente difícil cuando, como en el caso, la Constitución propia sostiene más lo primero que lo segundo. En todas las latitudes constitucionales y codificadoras, en las que conocen y mantienen ambos componentes del ordenamiento, el desafío está planteado y no se resuelve por yuxtaposición entre espacios de derechos y de leyes mediante la presunción de que exista sin mayor problema conjugación al ser de por sí garantía de libertad el principio de legalidad (47).

Sólo por mantenerse sin reforma sustancial todo el Título Preliminar del Código Napoleón, debe predicarse dicha cuadratura del círculo entre ley y li-

(44) B. CLAVERO: «Les Domaines de la Propriété, 1789-1814. Propiedades y Propiedad en el laboratorio revolucionario», págs. 274-276, 287-290 y 359, por notas, en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, págs. 269-378.

(45) Para una exposición actualizada especialmente oportuna en un caso respecto al que persisten los estereotipos más anacrónicos incluso entre especialistas, COLIN R. MUNRO: *Studies in Constitutional Law*, Londres, 1999, págs. 173-214 y 333-356.

(46) J. H. H. WEILER: *The Constitution of Europe. «Do the new clothes have an emperor?» and other essays on European integration*, Cambridge, 1999 (hay ed. parcial y previa española), págs. 3-218.

(47) NICOLAS MOLFESSIS: *Le Conseil Constitutionnel et le Droit Privé*, París, 1997; PIERRE CAMBOT: *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, París, 1998.

bertad precisamente para salvedad de esta segunda, para predicación y, en la medida entonces de lo posible, salvaguardia de los derechos ignorados en origen, pero esto sólo supone acuse de que el problema existe y además a la contra del régimen de fuentes literal y aparentemente establecido como es todavía regla bastante común en las latitudes de derecho codificado. Francia realmente ilustra. Hoy por hoy, los derechos y las leyes no casan en latitudes de Constitución y Codificación, en las de ambas divisiones normativas (48). Falta el encaje de fuentes ante libertades que se sitúan por encima.

El reto lo plantea la anteposición constitucionalmente debida de la persona como individuo sin cualificación de entrada y así de la libertad como fuente del derecho por encima de cualquier otra, inclusive la ley, lo que para el *Code Napoléon* se ha producido en 1994. Ahora Francia no ha sido pionera. Dentro del espacio europeo al que ahora acudiré, la cuestión se encuentra claramente planteada por vía jurisprudencial respecto a Codificación y bajo imperativo de Constitución al menos desde 1958 en Alemania (49). El reto es común. Todos los Estados constitucionales y particularmente los europeos, dada la jurisprudencia que comparten, conocen la necesidad y afrontan la dificultad de producir y construir un derecho precisamente constitucional de persona en singular por encima e incluso desplazando en su caso, el de que se tenga también Codificación, el derecho codificado de personas en plural (50). No se trata tan sólo de atender libertades, sino de concebir el sujeto de quien son atributos, este extremo que afecta radicalmente, por subordinarla, a la materia de fuentes. Ya tendría que constituirse así en título preliminar del ordenamiento como no ha dejado de mostrarnos el mismo caso francés.

(48) Es el extremo que me viene especialmente preocupando desde *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra Costituzione e Codice*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, págs. 95-129 (= *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, págs. 15-57) o, contrastando el momento preconstitucional que estoy ahora también contraponiendo sin descender a detalle ninguno, desde las consideraciones finales de *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán, 1990, vol. I, págs. 153-171. La secuencia de publicación invierte la de escritura. Y mi obra anterior sobre *Código* la tengo hoy por un tanto deficiente, lo que también es motivo para sintonizar autocríticamente con P. CARONI: *Saggi sulla storia della codificazione*, págs. 99-100.

(49) El registro canónico, que no he compulsado, remite como punto jurisprudencial de partida a *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 26, págs. 349-359, de 14 de febrero de 1958.

(50) Pues el tema me desborda, me limito a la indicación solitaria de una lectura española por sugerente al propósito: E. ROCA I TRÍAS: *Familia y cambio social. De la «casa» a la persona*, Madrid, 1999.

4. PASMO DE EUROPA: CÓDIGO COMO NUDO DE INCOMUNICACIONES

Comencé aludiendo a una resistencia inveterada frente a la reducción de derecho a libro haciendo impensable el Código pese a nuestra suerte de narrativa que imagina un proceso antiguo de compilación finalmente codificadora no se sabe bien por qué en unas latitudes y no en otras. Las hay donde las libertades del individuo y éste mismo como sujeto fueron abriéndose paso entre los principios tradicionales manteniéndose un tracto, como es el caso de Inglaterra desde las postrimerías del siglo xvii y de Gran Bretaña toda más tarde. Otras latitudes contrapusieron a continuación novedad a tradición con formulación legislativa que pudo conducir al invento del Código. Aquí estamos en una situación un tanto incierta. ¿De dónde viene y por donde se encuentra nuestro derecho?

No importa ahora cuáles fueran los principios tradicionalmente interpuestos frente a derecho escrito. Interesa el momento mismo del Código. Cuando el orden jurídico viene a remozarse, entre los siglos xviii y xix, con la novedad del individuo como sujeto de libertad y así principio de derecho, entonces la Codificación rompe con la tradición de irreductibilidad a escritura, con toda ella. Sacrificando así la propia premisa constituyente, el Código puede hacerse fuente, la fuente de fuentes. Resulta una hipoteca a tenerse en cuenta si queremos entender las dificultades que hoy afrontan la idea y la práctica de la Codificación todavía viva y coleando. No nos hagamos ilusiones. Código con seguridad ha sido y todavía cabe que sea sumidero de Constitución.

Del Código lo que se pregonan son virtudes. Ahorremos constatación y notas. Constituyen tópicos de cultivo y curso legales, doctrinales y hasta consuetudinarios. Es cultura entre juristas. Así de la Codificación se asume que ofrece generalidad y certeza al ordenamiento e igualdad y seguridad consiguiente al individuo frente a la legislación dispersa y de cara a otras fuentes aún menos fiables. También se asegura que favorece democracia por facilitar el acceso al derecho. Son virtudes y se le presumen. Es falacia en la medida misma de la envergadura del sacrificio que se implica para los derechos de libertad. Se arguye además que la Codificación supone garantía de la separación constitucional de poderes, pues evita que se interfieran legislativo y ejecutivo por parte del judicial gracias a la identificación entre ordenamiento, ley y justicia. Pero no hay constitucionalismo serio que hoy adopte tales corolarios más bien napoleónicos.

Estamos en las mismas respecto a Código y Codificación. Quienes padecen con ello indefensión ante poderes son el individuo, sectores sociales extensos y comunidades enteras, las que no cuentan con Estado para dotarse del pro-

pio Código u optar por un sistema menos impositivo de ordenamiento. Certeza y seguridad puede haberlas, mas generalidad e igualdad no caben salvo si damos por buenas las abstracciones y seguimos apartando la vista de sus efectos. La historia de la Codificación, de su particular imperio de la ley y de su peculiar distorsión del constitucionalismo podríamos planteárnosla algún día desde la perspectiva de las víctimas que forman además mayoría. Lo resultan quienes como individuos no tienen para ella reconocimiento en cuanto que sujetos de libertad, aunque fuera de entrada tan sólo contractual, y también cuantas comunidades no cuentan bajo su égida con poderes admitidos para responsabilizarse de su propio ordenamiento concurriendo y articulándose con otras, para esta dimensión colectiva de ejercicio de libertad que también interesa al individuo porque afecta igualmente a sus derechos. Es la historia que estoy ahora intentando respecto a humanidad no europea (51).

Por Europa como por otras geografías Código de ley riñe con derecho de libertad hasta extremos de incompatibilidad. Si aceptamos la privación, resulta la Codificación, cómo no, el mejor método de establecerse el ordenamiento. Si despreciamos y hasta olvidamos tamaña sustracción, no entenderemos el empecinado repudio por latitudes de características constitucionales. Pese a Ásterix, los ingleses y no los romanos serían los locos para los galos. Entendamos la insania ajena comprendiendo la propia. La cuestión mayúscula del Código no es de pura forma, sino de verdadero fondo, esto es, dicho con la metáfora, de fuente, no otra cosa que el modo no necesariamente de poderes como se determina el derecho mismo. Allí donde éste comienza por identificarse con libertad, el Código con mayúscula no cabe. Aquí donde llega tal misma concepción constitucional que mira a la identificación del sujeto antes que a la producción del ordenamiento y a la consideración de poderes, pierde espacio vital. Carece entonces de lugar como fuente que no sea receptiva de otras fuentes dependientes de libertad, lo contrario precisamente de lo que le caracteriza y define, de lo que sigue comúnmente sobrentendiéndose cuando de Código se habla y la mayúscula se presume. Tampoco hace falta documentarlo.

Mas el Código goza de predicamento por latitudes que tienen la experiencia y no falta quien le defienda por donde no se le practica. Ofreció ayer seguridad y certeza frente a la irreductibilidad tradicional del derecho a libro y las promete hoy de cara a la dispersión normativa que Europa acrecienta y participa. Ha sido ambición y fuerza de Estados entendidas como signo y logro de Naciones queriendo ahora extenderse al ámbito europeo sin descuidarse tam-

(51) B. CLAVERO: *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, 2000, que integra *Ley del Código* con correcciones, adiciones y modulaciones.

poco el flanco cultural del reinvento de tradición (52). El Código tiene crédito, lo cual a estas alturas de mi argumento no extrañará que se me antoje parte del problema y no de la solución. Traería, quién lo duda, certeza al derecho y seguridad al individuo en el mismo curso presente de la integración problemática del espacio jurídico europeo. Pero hay también y siempre contrapartida cuando la libertad se confía al ordenamiento sin reserva de derecho. El argumento a favor del Código opera haciendo abstracción del gran problema de la interposición, por precedencia, de los derechos incodificables, de este presupuesto hoy obligado en un medio constitucional cual es también actualmente sin género alguno de dudas el común de Europa.

No falta oposición a la mera idea del Código europeo. Suele comenzar marcando distancias entre latitudes no codificadas y las codificadas, entre Gran Bretaña y Francia, como si fueran culturas en cuanto que jurídicas, con la manida distinción entre *common law* y *civil law*, poco menos que extrañas, teniendo que convivir ahora en Europa, lo cual de paso puede legitimar como seña de identidad continental la más legalista, la que se quiere de *droit civil* desde antiguo (53). Pero hay a nuestras alturas un derecho europeo común precisamente de libertades poniendo en entredicho para ambos casos y todo el resto la bondad del Código. Y si por toda Europa no se coincide desde luego en el punto actual, ya se confluye en una evolución que apunta a combinación de fuentes, como jurisprudencia y legislación, bajo presidencia de libertad que también la requiere de costumbre, todo esto que se arriesga o incluso sacrifica por el régimen del Código.

Es cuestión entonces la cabida de la Codificación en el horizonte común; dicho mejor, dada la presumible denegación de capacidad alguna, la del espacio restante para los códigos definitivamente, ya sin remisión, con minúscula. La respuesta no estaría dada ni siquiera para el penal, para su ámbito que más se presta al imperio práctico de ley (54), si la ciudadanía participara por medio

(52) REINHARD ZIMMERMANN: *Roman Law and European Legal Unity*, en el colectivo *Towards a European Civil Code*, La Haya, 1998, págs. 21-39. Noticia de bibliografía sobre la reinvencción de tradición para una Codificación europea se ofrece en *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 19, 1998, págs. 166-169, como complemento a la traducción de ROLF KNÜTEL: «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994, 2, págs. 244-276, revista también comprometida, sin necesidad a mi entender para su objeto, en la operación historiográfica o manipulación al fin política. Para el debate, no se olvide P. CARONI y G. DILCHER (ed.): *Norm und Tradition*.

(53) PIERRE LEGRAND: *Sens et non-sens d'un Code Civil européen*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 48-4, 1996, págs. 779-812.

(54) *Forum: Codifying Crime, Finding Government*, sobre el caso británico, *paper* de LINDSAY FARMER y *comments* de MICHAEL LOBBAN y MARKUS D. DUBBER: en *Law and History Review*, 18, 2000, págs. 397-444.

no sólo de parlamentos, sino también de jurados que alcanzasen por contrapeso de poderes igualmente a la determinación del derecho, como ya lo está haciendo nada raramente, con su sobreordenamiento a legislación, una justicia de legitimidad más problemática al efecto como la profesional o asimilada de jurisdicciones internacionales, europeas o también domésticas (55).

El Código mayúsculo parece en todo caso que se encuentra desahuciado y que resulta irrecuperable pese a oficialidad selecta y tropa dispuesta ofreciendo buenos servicios de portavoz y abogacía por interés al cabo propio. Recodificación mayúscula se quiere, algo que con la vanagloria y la añoranza no cabe y además se dificulta incluso para la minúscula. La ambición del Código rompe el saco del derecho, su recipiente. El propio caso del *Code Napoléon*, el que será siempre prototipo y nunca ya pionero ni menos aún paradigma, constituye buena prueba de la frustración definitiva. Su dudoso activo histórico es indudable pasivo actual. El término mismo está bien cargado. Si lo que estamos persiguiendo ahora por Europa no es ya exactamente Código con mayúscula (56), será mejor entonces el abandono del nombre para evitar equívocos y también, pues caben, tentaciones. No olvidemos que estamos entre constitucionalismos vulnerables por Códigos, como tampoco que en el Parlamento Europeo se acaricia y alimenta la idea sin conciencia o expresión suficientes de reservas constitucionales (57). Se quiere Declaración, Constitución y Código, toda la serie que comienza presumiendo y concluye apoderando. Presume la determinación política como vía de los derechos y apodera con capacidad normativa más que constituyente de alcanzarse así a fuentes.

No cunda sin embargo la pesadumbre ni prenda la melancolía. Todo lo dicho no basta para darse por liquidado el asunto. Tenemos todavía las minúsculas si no las confundimos ni dilapidamos con las mayúsculas. Códigos también se han llamado libros no apoderados, manuales normativos, depósitos de derecho, que reciben la imposición del nombre sin verse éste acompañado por la gracia de la investidura de fuente. Queda la experiencia variadísima, inclusive por Gran Bretaña, de manualización normativa o receptación jurídica sin Codificación legislativa en el sentido mayúsculo. Y el reto con todo es nuevo o tal

(55) MAURO CAPPELLETTI: *Le Pouvoir des Juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, París, 1990, comprendiendo, págs. 23-114, *Des juges législateurs?*; también *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bolonia, 1994 (hay ed. española).

(56) FRANZ WERRO (ed.): *L'europeanisation du droit privé. Vers un Code civil européen?*, Friburgo, 1998.

(57) ANTONIO GAMBARO: «“Iura et leges” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo», págs. 1003-1004, en *Europa e Diritto Privato*, 1998, 4, págs. 993-1018.

me parece, pues no conozco modelo para códigos de leyes con premisas de derechos y la precedencia entonces consiguiente de costumbre y jurisprudencia o para codificación conjunta y estable del complejo. Códigos planteados en medios federales no codificados sin merma por razón de federalismo o incluso con ganancia de constitucionalismo, supuestos de esta conjugación que no se da por Europa y que mejor podría en principio controlar la ley como fuente, tampoco es que ofrezcan hoy modelo atractivo. Aun pudiendo equiparar la costumbre, comienzan igualmente por desconocer la precedencia de sujeto con libertades respecto a fuente con poderes (58).

No concluyo todavía sin referirme a ese último punto que es primero y por serlo. Vengo haciendo alusión reiterada al asunto del sujeto de derecho porque lo juzgo clave para la misma cuestión de fuentes. Si el mismo es, como en el patriarcalismo incluso moderado del Código primitivo, el varón con determinadas cualificaciones comenzando por la de nación, la ley puede imperar en este campo privado. Así pudo. Si es en cambio el individuo y punto para unas libertades y garantías primarias, para una base de partida, lo cual hoy se tiene desde el momento en que se suscriben y adoptan en serio las convenciones internacionales de derechos, entonces no cabe el Código como fuente (59). Entre uno y otro extremo transcurre la historia del *Code Napoléon*, ayer estrella del ordenamiento y ahora extraño en el paraíso. Es astro que ha perdido gravitación y satélites, órbita y firmamento, no sólo el par primero de encanto y atractivo propios.

Situemos y comprendamos la Codificación en su contexto propio, el de una determinada desviación de la historia constitucional cuya seña de identidad resulta de entrada la concepción del individuo como sujeto de libertad más y antes que ninguna otra pauta sobre poderes y así sobre fuentes. Para este mismo extremo de la capacidad determinante de ordenamiento que denominamos con la metáfora, si no se comienza por atender y precisar la cuestión del sujeto, si

(58) A. N. YIANNPOULOS (ed.): *Louisiana Civil Code. 1999 Edition*, Nueva Orleans, 1999, cuerpo que sigue arrancando no por sujeto, sino por fuentes, y equiparando hoy de entrada *legislation* y *custom*, ley y costumbre, pero no identificando junto a ellas jurisprudencia, con todo su valor efectivo más arraigado y su interés constitucional más aquilatado por aquellos lares.

(59) La edición utilizada *Mégacode* incluye ordenamiento internacional de derechos interesando al Código no sólo por las referencias del aparato interpretativo de los correspondientes artículos, como hemos visto, sino también en un catálogo de disposiciones que se reproducen cual *Appendice* así nada apendicular. Y entre los *Codes* referidos de la editorial Dalloz figuran compilaciones de derecho europeo igualmente subversivas en potencia de la categoría de Código, inclusive un *Code Européen des Personnes* con «les principaux textes du droit communautaire applicables aux personnes physiques» en este espacio común debiendo también acoger jurisprudencia que se sobreordena.

presumimos para el caso por ejemplo que *homme* significaba también mujer y así virtualmente cualquier individuo ya desde 1789, desde un origen constitucional propio y comunicable a otros arranques más o menos revolucionarios, si procedemos así inventándonos tradición constitucional mediante este género de presunciones, la historia del Código, con el imperio sectorial de la ley que representa, resulta ininteligible quedando de hecho intacto su predicamento o resultando todavía recuperable. De este modo se accede al mantenimiento de una imagen aún operativa de la Codificación como seña de identidad de toda una cultura jurídica no sólo francesa. Legalismo y judicialismo serían siempre manifestaciones de *civil law* y de *common law*, de unas tradiciones que producirían desde antiguo división en Europa, y no contingencias históricas además recientes en lo que interesa al valor creativo de la ley, lo que causa el problema y no puede traer la solución por más que se pretenda (60).

No parece que quepa despejarse futuro con Código. He aquí entonces una clave para la posibilidad de Constitución ahora en Europa. Hay en ella historias que se han librado, como otras que lo han padecido y están recuperándose del trance, pero no consiguen olvidarse del Código todavía en caso alguno, ni aquí donde existe ni allí tampoco hacia donde se quiere extender o implantar. Así se afecta del modo más neurálgico al constitucionalismo y no precisamente como realización o complemento. Vale también la viceversa de que no cabe historia ininteligible ni análisis solvente del fenómeno codificadorio, con su reducción del derecho a ley como fuente de fuentes, sin el contexto constitucional cuyo principio es en cambio de libertad. Pero nada de ello quiere decir que las piezas encajen de modo que la Codificación con mayúscula suponga o resulte una variedad pasable de constitucionalismo entre otras. Porque sea criatura de tiempo constitucional y se haga posible o se facilite por revolución constitucional, no por ello el Código es elemento constitucional. Bloquea incluso la posibilidad de constitucionalismo al impedir la primacía de derecho de libertad.

Porque las Constituciones escritas no tengan por costumbre responsabilizarse y ocuparse de la entera materia de fuentes, como si la ley tampoco dejara de encandilarlas con la ventaja de que pueden dejarle el trabajo sucio de haber Codificación, no vamos a ignorar que toda ella, pues la metáfora remite a la determinación de derecho, resulta propia del constitucionalismo, del sistema cu-

(60) Así, con la presunción personal de existencia del sujeto constitucional sin acepciones como la de sexo desde un origen revolucionario y con el efecto generalizado de minusvaloración de hipotecas históricas no liquidadas del todo, MICHEL TROPER: «The concept of citizenship in the period of the French Revolution», en MASSIMO LA TORRE (ed.): *European Citizenship. An Institutional Challenge*, La Haya, 1998, págs. 27-50.

ya primera cuestión es la de los derechos de libertad y la primerísima la de los sujetos, el individuo y también, con independencia de que se constituya Estado o se predique Nación, la comunidad o las comunidades donde se socializa y desenvuelve el mismo titular de libertades. De aquí, de estas premisas constitucionales, deriva la necesidad de una pluralidad de fuentes no regida por ninguna de entre ellas dejando definitivamente fuera de órbita al Código con la mayúscula. De ahí proviene la inconveniencia terminante de cualquier monopolio normativo por muy constitucional o incluso democrático que se pretenda.

Todo ello importa a los mismos efectos prácticos de que Europa no se someta a servidumbres históricas que son historiográficas, a la propia invención de tradiciones. Interesa para que no se empeñe en repetir miméticamente la historia normativa de sus Estados, aunque fuera esto como réplica aligerada con codificaciones y similares menos mayúsculas. La determinación ahora europea de sujetos individuales y colectivos, aún ya más débil, puede ser todavía gravosa respecto particularmente a la humanidad exterior y muy en especial a la inmigrante con el cortocircuito consiguiente de la primacía constitucional del individuo sobre derecho y de libertad así también comunitaria sobre ordenamiento, con este efecto lesivo que el Código sin duda facilita. Europa se encuentra ante un reto de Constitución, lo que no es de Codificación. Afronta el desafío de una identificación del derecho que comienza por las dimensiones básicas de los sujetos y de las fuentes en esta precisa secuencia y no a la inversa. Guardándose el orden, no ha de ser clónica la determinación europea con referencia a la de ninguno de los Estados componentes ni tampoco a la común que exista o se imagine entre ellos. Lo pendiente es invención, no reinención, y además de futuro, no de tradición (61).

La cuestión nunca es nuestra en exclusiva, ni italiana ni española, ni francesa ni británica, ni germana ni escandinava, ni de un etcétera donde también se comprende y por tanto se excluye al propósito la identidad europea. Tampoco lo es nuestra en el sentido de la conveniencia de las profesiones jurídicas. La buena prensa indudable del Código debe mucho al empeño interesado y autista de su propia publicística, que no sólo es la privatística, produciéndose como suele, cual ciencia que se presume, a espaldas de la ciudadanía. Miremos alguna vez con las ventanas abiertas, sin cristales engañosamente diáfanos, a los exteriores inhóspitos. Si estamos ante dificultades debidas a exigencias de derechos de libertad, como ocurre desde tiempos de la decodificación legislativa, y si resulta que las complicaciones se acrecientan con democracia de liberta-

(61) RUTH RUBIO: «Equal citizenship and the difference that residence makes», en M. LA TORRE (ed.): *European Citizenship*, págs. 201-227. Insiste justamente en el efecto indeseable de reproducción de exclusiones J. H. H. WEILER: *The Constitution of Europe*, págs. 324-257.

des, como puede suceder luego con la decodificación constitucional, bienvenida sea la complejidad probada del ordenamiento frente a la simpleza presunta del Código. Y no me recato, porque sea parte interesada, en saludar también la tendencia que lo confronta con Constitución (62). El interés es de todas y todos. Esto es asunto ciudadano y constitucional antes que doctrinal ni científico que se diga.

Si Europa, sus Estados integrantes y sus constituyencias ciudadanas no perdiesen de vista la primacía del sujeto para todo su complejo creciente de derecho, ¿qué codificación o codificaciones ya con minúsculas tendríamos? Sería cuestión para más lances, réplicas y debates, para una serie inacabable entre escrituración, documentación, bibliificación, corporificación, librificación, bibliotecación, manualización, micro y macrofilmación, informatización o digitalización, cederromización e internetización, otras ingenierías e imaginerías, según vayan produciéndose, y la repercusión respectiva, en el orden intrínseco y los dominios propios del derecho, de cada una de las diversas incidencias, así como de todos unos efectos acumulados hasta el presente y hacia el porvenir, algunos o tal vez muchos todavía, hoy por hoy, llanamente impensables (63).

(62) Quien principalmente contribuyera al planteamiento de una problemática integrada frente a la tradición historiográfica de tratamiento por separado de Códigos y Constituciones, Giovanni TARELLO con cursos desde 1969 sobre *Le ideologie della codificazione nel secolo xviii* convertidos luego en el primer y único volumen de su *Storia della cultura giuridica moderna*, parte en cambio de la idea de sintonía incluso con precedencia del Código. Quien especialmente advierte y se ocupa de su adversidad para el derecho, PAOLO GROSSI con intervenciones y trabajos desde 1988 reunidos ahora en *Assolutismo giuridico e diritto privato*, no afronta la contradicción constitucional. Quien con intereses constitucionales viene agudamente incidiendo en el desencaje social de la Codificación, PIO CARONI desde al menos «*Privatrecht*». *Eine sozialhistorische Einführung*, Basilea, 1988, no profundiza en dicha clave de la contrariedad, la constitucional, salvo para el caso suizo donde menos la aprecia. Observo un viraje coincidente en línea crítica desde finales de los ochenta, cuando la alegre celebración de un bicentenario más que francés y el pacífico derumbe de un muro no sólo berlinés ni solamente de mampostería, pero no sabría decir ni siquiera a efectos autobiográficos cómo y cuánto influyen en nuestras derivas intelectuales unos acontecimientos presentes ni exactamente cuales. Aun con embarazo de una década, en mi caso creo que, de influir, lo han hecho más el bicentenario americano, el estadounidense, y la Constitución española. Y me refiero siempre, por lo que aquí importa, de cara al Código y sus presunciones inconstitucionales.

(63) *Lexcalibur* por ejemplo es un proyecto de sitio jurídico en internet de índole no sólo informativa, sino también interactiva, con objeto de participación abierta en debates normativos, del cual hasta el momento únicamente se han ensayado simulaciones a cargo del Instituto Universitario Europeo por encargo del Parlamento Europeo. Ante posibles cierres de filas de política y doctrina del Código y como impulso de la interminable serie pendiente, podría ser buen tema el confesadamente prematuro de la inimaginable incidencia de la internetización en el derecho con la creación de foros virtuales bien reales de carácter parlamentario y universitario al tiempo o,

La mía bien o mal pensada, mi intervención de encargo sobre el Código mayúsculo como fuente jurídica y también como achique constitucional, describe una parábola que está llegando a su fin si no lo impiden actitudes tan humanas como la inercia, el embeleco, la ofuscación o el empecinamiento. He ahí una hipoteca felizmente saldada aunque, con la costumbre del pago, no parece sino que nos estemos resistiendo a la liberación.

más y mejor todavía, ciudadano indistinto. Con todos sus inéditos problemas comenzándose por los de seguridad y prosiguiéndose con los de responsabilidad, una nueva articulación entre participación directa y representación política, ¿no vendría a afectar de raíz y cuajo a un elemento cual el Código precedente de tiempo y espacio donde no es que fuera impensable lo primero, pues lo hemos visto en 1789, pero quedó inmediatamente cancelado a los propios efectos de unas previsiones que resultarían codificadoras con la neutralización del sujeto de libertad supuesta a su vez por el Código mismo? Pero toda ésta es evidencia que parece insoportable para juristas no sólo privatistas, fáciles presas de anticuarismo civilistas como romanistas, sino también, por su forma de desentenderse, para constitucionalistas solventes y no digamos ya para la afición, la positivista como la historiográfica.

