

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)

Artikel vom 12. Juli 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0507narvaez.htm>

ISSN 1860-5605

José Ramón Narváez Hernández:

La Democratización del Código Civil en la Historia del Derecho.

Sumario:

1. Intuición y crítica: El Código Civil y la relación con sus usuarios.
2. Los olvidados del Código Civil y la historia del derecho.
3. Multiplicación de sujetos.
4. Casos específicos de no-democracia.
5. Conclusión y crítica: El Código Civil y la relación con sus usuarios.

*“Todo estado de la mente dejado a sí mismo,
toda clausura de la criatura dentro
de su propia mente es, a la larga infierno”*
(C.S. Lewis, *El gran divorcio. Un sueño*)

A las familias Pérez Vargas y Varela Gil.

1. Intuición y crítica: El Código Civil y la relación con sus usuarios.

Vivimos una época en que la incertidumbre por el derecho ha regresado con toda su pesantez: “El derecho ha llegado a dudar de sí mismo. Y el hombre, el profano, a dudar del derecho”¹ Ya Natalino Irti lo ha advertido desde hace algún tiempo, la gran cantidad de disposiciones secundarias han contribuido a crear inseguridad en el destinatario de la ley². 1

Manuel Hespanha con su gran intuición nos habla de “un derecho a la medida de las personas”³. El problema de la ‘comunicabilidad’ del código hacia los que serán sus usuarios “En el plano pragmático, los retos de hoy serían, a su vez, recuperar la intención 2

1 J. CARBONIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, Milano 1997, p. 156.

2 N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999, 4ª ed.

3 A. M. HESPANHA, *Código y complejidad*, en: *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del incontro di studio*, Firenze 26-28 ottobre 2000, pp. 148-163, tema que desarrolla en el capítulo 1.3.

democrática del Código, como derecho que habla a todos...Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva 'revolución jurídica'...si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no está claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizá al revés. La forma más eficaz de superar los obstáculos de la complejidad sea la de construir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normativización también cada día más complejos...un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida.”⁴

Si viéramos al Código Civil como un producto de mercado, como gusta al liberalismo y al neoliberalismo, entonces el Código debería contar con ciertas reglas mínimas de 'calidad' y de acercamiento hacia sus usuarios, se habla de democratización del Código justamente en una apreciación del 'sujeto del Código' digamos que la codificación decimonónica fue discriminatoria y por tanto, no democrática, paradójicamente a lo que se pensaba y debía derivarse de los principios de la Revolución francesa. “Es en la libertad o en un despliegue de libertades como derechos dónde el mismo orden público viene a cifrarse. Y reconocen un sujeto de entrada que no resulta el originario, pues lo constituye la 'persona humana' acreedora ante todo de 'dignidad', con unas cualificaciones que así apuntan a todo individuo, lo cuál no era desde luego la persona como sujeto de derecho en el patriarcalismo familiar del código primitivo”⁵ El código no soportó la jurisprudencia francesa y con la legislación internacional y el derecho público han hecho cambiar el 'sujeto' del Código.

3

Basta un análisis sencillo y literario para darnos cuenta de la irrepresentatividad del *Code*: “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...añadiéndose que todo francés (en este caso) es sujeto (de estos derechos civiles) Es lo que siguen diciendo en sustancia conforme a la redacción de 1889, unos mismos artículos, el séptimo y el octavo. 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...tienen entrada (por reforma legislativa o jurisprudencia) derechos incluso impensables originariamente para el Código” Como sucedió en 1994 con la inclusión de los casos sobre bioética. El artículo 16 actual dice: “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado contra su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”⁶ Hoy por hoy “*la personne* (o sea) todo individuo, no es lo mismo que *tout français*, el sujeto primitivo que sigue también literalmente

4

4 HESPANHA, Código y complejidad (Nota 3), p. 162.

5 B. CLAVERO, Código como fuente de derecho y desagüe de constitución, en: Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000, pp. 69-148, p. 98.

6 CLAVERO, Código como fuente de derecho (Nota 5), pp. 98-99

constando”⁷

El problema se plantea descendientemente en los siguientes términos: Estado legítimo (igual a) Estado democrático (igual a) Garantía de libertades individuales (por lo tanto) Justa conceptualización de la Persona en la Codificación, “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 incluso la ley...El reto es común (para) todos los Estados constitucionales...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 de codificación, el derecho codificado de personas en plural”⁸ 5

2. Los olvidados del Código Civil y la historia del derecho.

La forma Código que ha trascendido en la mayoría de los casos con su modelo reduccionista en el concepto de persona es visto por sus críticos como una fuente de marginación social que origina “desechos” como los llama Arnaud⁹, o víctimas como las llama Clavero: “El código produce víctimas. Las ha causado desde el origen y las causa mientras no se abra otro horizonte de fuentes. Conviene el recuerdo y la advertencia aunque sea difícil o prácticamente imposible el recuento y la cancelación. Quienes padecen ante el Código indefensión no sólo son individuos, sino también sectores sociales extensos y comunidades enteras, las que no cuentan con Estado para dotarse del propio Código”¹⁰ 6

Justamente es una errónea concepción de la persona por el derecho legislado (y sobre todo en el Código), la que hace que el hombre común y corriente vea en el derecho general una carga y a veces un ataque a su persona como lo menciona Clavero “El Código se hace la ilusión de la determinación del individuo por medio de ley en consideración de derecho suponiendo todo esto algo tan efectivo como el establecimiento y asignación del poder político sobre ordenamiento jurídico con perjuicio real para el sujeto. Nos hemos convencido de que la codificación constituye un sistema individualista cuando, mediante su identificación entre derecho de persona y ley de Estado, es el individuo el primero que la sufre”¹¹ 7

El problema general, el cuál, bien podría llamarse ‘proceso de democratización de la ley’ contempla otro proceso interno, quizá el ejemplo más paradigmático es aquél de la 8

7 CLAVERO, Código como fuente de derecho (Nota 5), p.100

8 CLAVERO, Código como fuente de derecho (Nota 5), pp. 105.

9 A.J. ARNAUD, Los desechos del derecho, en: Metodologías y derecho privado, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, no. 22, Universidad de Granada, (1982), pp. 329-344.

10 CLAVERO, Código como fuente de derecho (Nota 5), p. 117.

11 CLAVERO, Código como fuente de derecho (Nota 5), p. 141.

‘democratización del Código Civil’ porque este es el ejemplo más vivo de la falta de democracia legal, tal vez por su esencialidad burguesa, quizá por su marcado interés a cosificar al sujeto jurídico, podría ser por su carácter como defensor de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad. De una cosa estamos ciertos: Debe existir una vía para su democratización, y esto lo sabemos gracias a la historia del derecho que nos muestra una serie de autores alemanes, franceses, italianos y españoles que abogan por la ‘socialización del derecho’ pero sobre todo por la socialización del derecho privado ya que es el derecho que está a la base del mismo derecho público y de los que en un futuro próximo se llamarán ‘derechos sociales’ como el derecho al trabajo¹² o el derecho agrario. Así se llegó a hablar de un ‘Código Privado Social’¹³ en el ideal de poder acercar el derecho a las personas, sobre todo ese derecho que por antonomasia les debía competir, pues es justamente el derecho de los particulares, el que se vive y actualiza todos los días.

Si bien es cierto todo el Código Civil debiera tener por destinatario natural al particular (Privatman): “Cada hombre en singular considerado en sí mismo fuera de las relaciones sociales...cada ciudadano, comprendido el gobernante, que por este hecho le aguardan la libertad y la propiedad, y puede cuidar sus intereses individuales”¹⁴ pareciera que el Código Civil sólo se ocupara de ‘algunos’ o de alguno al que hemos denominado *Persona Total*: “Nos damos cuenta de inmediato que los sujetos de la igualdad, ya en el mismo código, no eran todos los ciudadanos, sino sólo el ‘varón, adulto, mentalmente sano, preferiblemente casado’. Los demás tenían poderes limitados o condicionados que reducían fuertemente la igualdad”¹⁵. *Persona Total* que equivaldría a personalidad plena, la persona total no tiene mancha en el derecho moderno, es el sujeto jurídico por excelencia; Es el ciudadano, el propietario; en el *Ancien regime* existían ya ciudades pero el término al que nos referimos es producto del moderno y propuesto por la codificación.

9

En la democratización se comienza a pensar cuando se vieron todos los problemas que trajo el trabajo industrial “La forma última de reconciliación y de reintegración del elemento individual en el elemento social, es coetánea al desarrollo gigantesco de la grande industria”¹⁶ Entonces se dieron cuenta algunos juristas que no se podía seguir con las mismas reglas de derecho privado y que había llegado la hora de empieza con una

10

12 El contrato de trabajo sobre el cuál se basa el nuevo derecho laboral tiene sus antecedentes en el derecho privado que en un inicio daba algunas soluciones alternativas, justamente faltaba una visión social del asunto.

13 Un trabajo nuestro: J.R. NARVÁEZ, El Código Privado-social (Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil Mexicano de 1928), en: Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México 2004.

14 F. GLÜCK, Commentario alle Pandette, Libro primo, dott. Leonardo Vallardi edit., Milano 1888, p. 479.

15 E. RESTA, Derecho fraterno, igualdad y diferencia en el sistema de derecho, en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, no. 31, Universidad de Granada, (1994), pp.187-207, p. 189.

16 E. CIMBALI, La nuova fase del diritto civile, Utet, Torino 1885, p. 15

‘nueva fase’.

Esta nueva fase que comienza a notarse ya a mitad del siglo XIX en Francia con la escuela de la exégesis y el socialismo jurídico alemán que rápidamente se extendió a Italia; reconsideraría sobre todo el concepto de persona como ser humano en sociedad, más que como sujeto abstracto, receptáculo de derechos “El individuo humano abstracto, considerado hasta hoy como el sólo ente real de la vida como la forma típica de la persona humana, sujeto absoluto de derechos”¹⁷

No por nada ha esta época se le conoce como socialismo científico, el elemento de moda era la sociedad, curiosamente también considerada dentro el derecho privado que se había mantenido al margen y deseterilizado de todo lo que tuviera un dejo de sociabilidad.

El punto era que privado (o particular en el caso del sujeto) habría equivalido a autónomo, a individual, a considerado a parte del grupo, todas estas ideas, aportaciones del moderno en contra de las nociones comunitarias del *Ancien Regime*, era obvio que un día debía saltar la evidencia de que el hombre es social por naturaleza a pesar de que un Código, un sistema, una ideología quisieran cambiar a través de un texto una naturaleza “Debiendo analizar el fenómeno social por venir a la constitución del derecho privado, es oportuno observar que el cuerpo social se distingue en múltiples unidades sociales, las cuales son constituidas o por el individuo o por un conjunto de personas, o un conjunto de patrimonios, o un conjunto de acciones y de utilizaciones, que todas unidas dan por resultado la vida social con su dinámica y el campo inmenso, indeterminado de las relaciones sociales, que son objeto del derecho, de la economía y de la moral. El derecho privado estudia a estas unidades sociales en sus movimientos y gradaciones hasta el individuo. No tiene, no puede tener otro objetivo. Así, después de recoger el derecho privado en medio a las acciones y reacciones de aquellas unidades sociales desde las más complejas a las más simples, acciones y reacciones que constituyen el fenómeno privado-social...El derecho privado en su conexión filosófica no se ocupa solamente de las relaciones y de los derechos individuales. También al individuo puede considerársele como una unidad social, la más simple, pero este viene coordinado a toda una serie de relaciones y de instituciones, a toda una serie de órganos sociales, de tejidos sociales, los cuales funcionan a su vez como unidades éticas independientes, como entes por sí mismos. Como los individuos, también los Estados, las corporaciones, las asociaciones incorporadas, las sociedades, la familia, tienen derechos y obligaciones de derecho privado, en cuanto éstas como sujetos de derecho, como personas independientes entran en acciones y reacciones exteriores, sociales o con otras unidades éticas, o con los individuos.”¹⁸

11

17 CIMBALI, La nuova fase (Nota 16), p.11.

18 VADALÀ-PAPALE, Diritto privato e codice privato-sociale, en: Revista La Scienza del Diritto Privato, I, (1893), pp. 21-22.

3. Multiplicación de sujetos.

Paolo Grossi llama a este proceso de democratización “encarnación de sujetos” Dotar nuevamente al sujeto jurídico de su esencialidad social y humana “Encarnación es una colorida metáfora para indicar su inmersión en la historia, la grande historia de los macroeventos y la pequeña historia de los microeventos cotidianos, y ha convertirse entre sí en factualidad. En tal sentido, el sujeto civilista es completamente descarnado, ya que es el sujeto metahistórico del derecho natural, un sujeto modelo, producido en los laboratorios del setecientos, que abstrae desde cada sujeto de carne y hueso”¹⁹ Así los sujetos no sólo se encarnarán, tomarán forma, sino como el mismo Grossi lo asegura se “multiplicarán”, y justamente esto es la democratización. 12

Hablamos de Código y hablamos de Sujeto jurídico, binomio que necesariamente debe ser discutido dentro de la historia del derecho “En una época como la nuestra, así convulsiva, así mutable e indeterminada, caracterizada por la tendencia a la desmaterialización de las relaciones y de un gusto palpable por el virtual, repensar una cuestión históricojurídica vivida, en su totalidad a la sombra de un monstruo sagrado (el Código) que hacía del sujeto y de su voluntad el centro ordenante del universo jurídico, puede revelarse útil y en ciertos casos, hasta iluminante. Esto, sobre todo, si se descubre que aquél monstruo sagrado está todavía vivo y es vital, modificado pero no disuelto”²⁰ A pesar de la evidente desaparición del ser humano dentro el Código Civil, éste sigue rigiendo y sigue diciendo quién es y quién no es persona, por tanto una tarea indispensable será aquella de crear un marco que permita al derecho privado que se creé incólume e invulnerable de mancharse “con el fango de la sociedad” como lo repite en sus conferencias Paolo Grossi. 13

4. Casos específicos de no-democracia.

Las implicaciones entre la forma-código y los ‘destinatarios’ en su relación con el ‘redactor’ del código y que a veces conlleva a una especie de ‘código del código’ muchas veces querida por el mismo legislador y que crea una serie de relaciones entre política, lenguaje, código e individuos, y en dónde, como dice Paolo Cappellini, resulta “un tema fundamental aquel de los destinatarios de la codificación”²¹. 14

En pocas ocasiones se ha dado espacio a una de las partes principales de la relación legislación-sujetos de derecho, por considerarse dos momentos diferentes uno aquél en el que se elabora una ley, proceso el cuál culmina con la promulgación de la misma y en un 15

19 P. GROSSI, *La Scienza del Diritto privato*, Giuffrè, Milano 1988, p.127

20 M. SABBIONETI, *Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto*, en: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no. 30, tomo II, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 858-867, p. 867.

21 P. CAPPELLINI, *Il Codice Eterno, la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, en: *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del incontro di studio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, pp. 11-68, p. 18.

segundo momento los casos en que esa ley será citada en un tribunal a favor o en contra de una persona, pero queda un momento intermedio en el cuál existiría un derecho específico del potencial usuario de la ley “La idea, en concreto que el código cree un derecho nuevo en el usuario, un derecho de conocimiento recabable sin mediación directamente de la ‘lectura’ de las normas que la legislación hecha códigos propone, y por tanto, en otras palabras, de tener una identidad comunicativa total (o tendencialmente tal) con el legislador (justamente un territorio ideológico de extracción iluminista que parece tendiente justo a la innovación codicística entendida como ‘forma’, características retenidas mágicas).”²² La falta de democratización se convierte así en sacralización legal, mitología jurídica, sectarismo cultural, superstición legislativa y encriptamiento de ley.

En este sentido, de apertura del texto legal, podemos observar algunas referencias directas a los usuarios/destinatarios del Código de modo general por lo que respecta al idioma utilizado y de modo particular por lo que respecta a la llamada *teoría de la ley*, representada en tres preceptos fundamentales del título preliminar del Código Civil: El primero referente a la publicación de la ley, el segundo a la renuncia a las leyes civiles particulares, y por último la ignorancia de la ley. 16

Un verdadero sistema democrático tendría en cuenta el idioma de sus leyes en relación a los idiomas (sin caer en la distinción/discriminación entre idioma-dialecto) que se hablan en su territorio, aún más, un régimen democrático que se plantea el problema de los destinatarios/usuarios del Código, no escatimaría esfuerzos en traducciones²³, quizá en esto pensaba Suiza cuando elaboró tres versiones diferentes del Código Civil y del Código de las Obligaciones. Tal vez alguno tenga el escrúpulo de valorar el problema de las minorías y el gran consumo de energía que representaría pensar en la infinidad de traducciones o adaptaciones que estas posteriormente podrían exigir, modismos, los famosos *slangs*, pero si hablamos de minorías mayoritarias habrían algunos pueblos indígenas a considerar en Latinoamérica y una gruesa cantidad de latinos y chicanos en Estados Unidos dispuestos a tener cierta representación en el mundo legal. Y todas estas variantes son cuestiones que no van olvidadas porque son parte de las promesas de la democracia y además se irán acentuando con la globalización²⁴. 17

El planteamiento es simple: si el Código es para todos, ¿porqué no puede ser leído por todos? Es una contradicción y una posición iluminista pensar que ciertos individuos no es 18

22 CAPPELLINI, Il Codice eterno, (Nota 20), p. 33

23 Nótese que el punto neurálgico entre derecho estatal/soberanía y derecho democrático/pluralidad plantea una diatriba entre unidad nacional/idioma único y participación ciudadana/diversidad lingüística.

24 Problema que intuyó Roland Robertson y que Giacomo Marramao suele explicar como una acentuación artificial de diferencias inducidas por el global, comunidades imaginadas como las llama Benedict Anderson, como lo es la misma comunidad global. Aquí se plantea la diatriba moderna de homogeneización/respeto de las tradiciones, en este caso de los lenguajes. Porque, así cómo sería ilógico e injusto anhelar que todos habláramos inglés, así sería ilógico e injusto que una comunidad o minoría retomara dialectos perdidos para construirse una identidad artificial.

necesario que lean el Código, o no es necesario traducirlo porque no lo leerán. Una discusión sería sobre los destinatarios del Código, dice Pietro Rescigno, sólo puede ser válida cuando se llega a estos “perfiles humildes” en donde se pone en evidencia el problema del idioma del Código “en países que hablan una pluralidad de lenguas y la problemática de interpretar no ya la totalidad de las normas, sino cada singular norma”²⁵ Creemos que es necesario y justo que este trabajo sea hecho.

En cuanto a la publicación de la ley, Marta Lorente expone el tema en una obra que apareció en estos últimos años²⁶. Como bien lo señala la autora, el problema de la publicación de la ley tiene que ver con otros como el de la generalización de la ley, la autoridad de la ley, los tiempos de promulgación de la ley, principio de legalidad, etc. (y que podrían englobarse bajo el fenómeno de *imperio de la ley*). Todas ellas cuestiones planteadas por el derecho moderno y que se encuentran a la base del llamado Estado de Derecho. La idea es asegurar lo que será derecho por lo que se llega a establecer una fecha concreta en que la ley comenzará a regir derogando las leyes precedentes. Una vez publicada la ley, es válida para todo gobernado bajo esa ley, esto otorgaría cohesión, fuerza y certeza sobre el derecho vigente. Pero la solución no es así de simple. Sin disquisiciones profundas la publicación significaría hacer ‘accesible el conocimiento una ley’ cuestión que se convirtió más en una formalidad que una realidad, por eso serían innumerables los ejemplos de leyes que han llegado al conocimiento de unos cuantos, o que han aplicado escondidamente o que simplemente han sido letra muerta.

19

Ahora veamos el caso del Código Civil, que en este punto, como en algunos otros, se la da de constitucional, ya desde su primera versión francesa: “La promulgación deberá tenerse conocida en el territorio en el que aplica, un día después de la misma...” (artículo 1 *Code Civil*) con días de más o alguna aclaración sobre la autoridad que promulga, pero la regla es más o menos la misma en los diferentes códigos. Porque el interés era uno sólo en el *Code* y parece ser que así se extendió a sus influencias: Abolir el antiguo régimen, esto significaba no sólo promulgar una nueva norma sobre relaciones civiles, sino ‘la norma’, y ya sabemos de la fórmula mágica que hizo confundir el término ley con el de derecho, así no sólo se estaba publicando una ley, se estaba publicando el derecho civil. Aquí no caben argumentaciones sobre la falta de democracia del Código y de su artificialidad, la publicación de leyes, la publicación del Código Civil es mera “exigencia administrativa”²⁷ por un lado, pero por otro, es la petulancia de saberse ‘constructores del sistema de derecho privado’, quizá por esto sea más preeminente para los gobiernos dar a conocer al

20

25 P. RESCIGNO, *Discussione*, en: *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti del incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000, pp.171-177, p.173. La discusión la abre en este sentido, una de las primeras tareas por atender es la relación del Código Civil y la democracia.

26 M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, en: *Boletín Oficial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001.

27 LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado* (Nota 26), p. 222.

exterior el Código que a los mismos gobernados²⁸.

Entendámonos, porqué para leer el Código se necesita un código (es decir, un sistema especial aparte para descifrar el mensaje encriptado en un texto específico) y esto no era previsto por el codificador francés, ni los subsiguientes codificadores que pretendieron hacer del Código un texto accesible a todos, no digamos ya que no es accesible para un gran número de personas que ejercen la profesión de abogado, porque es un mito pensar que el código es un manual, un *libro de arena* al estilo borgiano, que responde a todas las preguntas sobre el derecho civil “Un modelo así de abstracto, supone en la comunicación jurídica, no sólo el uso de un mismo 'código del código' sino también una 'memoria' igual del emisor y del destinatario.”²⁹ 21

Sobre la renuncia a las leyes privadas ha discutido ampliamente la historiografía alemana, la idea de pactos entre particulares que podrían crear, por lo menos para el caso propio, derecho nuevo³⁰, tal vez la posibilidad de introducir usos y costumbres, así Hedeman intitula su libro *¿Fuga de las cláusulas generales?* Haciéndose la pregunta de cuánto fueran estas ‘cláusulas generales’ verdaderas formas de elasticidad legal o tuviera más bien fines políticos³¹; desde entonces la doctrina le ha dado un sin fin de nombres: conceptos en blanco, válvulas de escape, ventanas abiertas, órganos respiratorios del sistema. Para que estas cláusulas tengan cierta fuerza es necesario un trabajo de concienciación y flexibilización de los criterios judiciales, y aunque por ahora parece poca la confianza que tanto el legislador como el juez dan al particular, digamos que es ya un paso adelante en la democratización del Código Civil que prevería una participación del particular en la esfera de creación del derecho. 22

El *Code* no arriesgó mucho y dejó todo a la interpretación a *contra senso*: *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* (art. 6) así, aquellos convenios que no interesaran (disturbaran) el orden público y las buenas costumbres podrían modificar las leyes privadas (con la dificultad implícita de definir orden público y buenas costumbres). En México también el artículo 6 contiene la regla³² y agrega el contra sentido: siempre y cuando la renuncia a la ley civil no 23

28 Una práctica muy común en América Latina era la de enviar a los gobiernos extranjeros una copia del nuevo código o a la Barra de Abogados del país, a los juristas más ilustres, y aún recordamos el Código mexicano de 1928 que a través de la prensa intentó llegar a ‘todos los interesados’ pero en nuestros días, con los adelantos electrónicos ¿no sería pertinente un replanteamiento en el ámbito de la democratización de un texto tan querido por el gremio?

29 CAPPELLINI, *Il Codice eterno*, (Nota 20), p. 33

30 Antiguamente aún a nivel legal, la creación de leyes nuevas que se gestaban al margen de las leyes oficiales a través del uso, no representaba mayor problema, baste recordar en historia del derecho la naturaleza de las *leyes extravagantes*.

31 Lezione del corso di Dottorato in Teoria e Storia del Diritto: Fuga dalle clausole generali, prof. Manuela Mantovani dell’Università di Padova, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto de la Universidad de Florencia, Italia 21 de febrero del 2003.

32 Antes artículo 9 del Proyecto Sierra, 9 también en el Código del Imperio, 16 en el Código de 1870 y

afecte a terceros, y el artículo siguiente precisa que tal renuncia deberá ser clara y precisa.

Este tema está contenido dentro de aquél al que podríamos llamar de *historia del principio de buena fe*³³, así la posibilidad que el legislador otorga al particular se resolvería en la buena fe que hipotéticamente, mediará entre los dos contratantes, quitando aquello de que el particular busca cada vez más garantías de su contraparte en un contrato³⁴, de todos modos queda siempre abierta la posibilidad de que el contrato vuelva a ser la especie de acuerdo entre dos personas que persiguen un fin común. Queda por otro lado a salvo la Buena Fe que pudiera tener el Estado hacia el particular cuando este debe demostrar alguna calidad, acto del registro civil o capacidad personal, y entonces se podría aludir a la autocertificación (obviamente con la carga de la responsabilidad penal por falsedad de declaración o usurpación de cargo, o fraude cuál fuera el caso, pero esto es ya la otra mitad del derecho). La intención es que el particular no quede atado de manos desde el inicio, justamente el hacer el Código un objeto útil y accesible.

24

El principio dice: *ignorantia legis non excusat*, que entre otras cosas “es una ficción legal constantemente desmentida por la experiencia”³⁵. Ficción que representaba “Desde hace más de dos mil años, una presunción *jure et de jure* que constituye un escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia, fincada en los aforismos heredados de los antiguos romanistas..”³⁶ Desgraciadamente esta ficción es considerada como “absolutamente necesaria para la conservación del orden social”³⁷ Pero cómo bien lo menciona Costa y Martínez “el orden social en las naciones modernas no puede asentarse sobre la verdad, necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que las condena a regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados”³⁸ Y el planteamiento vale también a la inversa, en un sentido iluminista porque sería imposible exigirle al ciudadano un comportamiento de acuerdo a las leyes lo decía en su tiempo Rousseau: Un ciudadano que no conoce sus leyes es un mal ciudadano. Hoy somos todos malos ciudadanos.

25

artículo 15 en el de 1884, como en otros Códigos históricos: 7 napolitano, 13 sardo, 11 de Luisiana y en el español actual el 9.

33 J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, Editora revista dos tribunais, (1999).

34 La socialización/democratización de la teoría del contrato se desarrolló con especial interés en Alemania, un ejemplo con las revisiones sobre principios milenarios como el de la cláusula *Rebus sic stantibus* y la intención de atemperar su rigor en las pérdidas de quién lo sufría.

35 A. VILLALTA y VIDAL, *La individualización de la ley civil*, UNAM, México 1982, p. 17

36 VILLALTA y VIDAL, *La individualización* (Nota 35), p. 17

37 AMBROSOLI y V. CARAVANTES, citado por: J. COSTA MARTINEZ, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias morales y políticas (1901), Civitas, Madrid 2000, p.32.

38 COSTA MARTINEZ, *El problema de la ignorancia* (Nota 38), p.32.

La democratización es antes que nada desmitificación porque es evidente que ninguno conoce todo el derecho, es más, ni siquiera el más erudito de los juristas sabe de memoria ya no digamos el Código Civil, la parte de personas o sólo bienes (más parte estaría la ‘legislación derivada’ o ‘secundaria’). Así el artículo: la ignorancia de la ley no exime de su incumplimiento, por principio que sea no puede sostenerse ante un gobernado que exige claridad. Quizá por ello ahora se piense en suavizar el rigor o barnizar la ficción con la facultad ortogada al juez (por ejemplo en el Código Civil mexicano de 1928) para considerar ‘algunos’ casos excepcionales. Un planteamiento profundo de la accesibilidad al Código deberá tomar en cuenta forzosamente este precepto. 26

Sobre el caso mexicano, el artículo 21 dice: “La ignorancia de las leyes no excusa de su incumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público” Para algunos como Castán Tobeñas este artículo significaría un logro del socialismo jurídico, para Bartolomé Clavero un oculto racismo que reconoce que hay diversos pero no hace más que modificar un pequeño artículo en un Código Civil que margina³⁹. 27

Lo primero que se puede percibir en esta excepción a la regla rigurosa de la *ignorantia legis*, es una innovación para la época, la creación de “un órgano respiratorio del cuerpo legislativo”⁴⁰, una pretensión para nada deseable, por eso el legislador del 28 habla de “modernización del Código” porque respecto al individualismo que regía en códigos anteriores, esto es ya algo, pero insistimos, es aún poco; sobre todo porque después de leer el artículo sabemos a qué y a quiénes se está refiriendo, a los indígenas mexicanos. La propuesta de democratización del Código es buena de inicio, pero no es suficiente para hablar de un Código alcance de todos. Permanece el sentir de aquellos años posrevolucionarios, justo antes de la elaboración del Código de 28: “el Código Civil es el Código de los ricos y el Código Penal el de los pobres”⁴¹. 28

39 B. CLAVERO, Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2000, p. 231.

40 Frase de V. Polacco (Le Cabale del mondo legale, p. 60) cuando se refiere a este tipo de excepciones como lo podría ser una ‘cláusula general’ en donde la doctrina, sobre todo alemana ve estas ‘ventanas’ por donde la buena fe y la costumbre van flexibilizando el rigor de la ley.

41 Intervención del diputado Pastrana Jaimes. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura Constituyente, periodo único, 26-12-1916. Diario 36, p. 688, Intervención en defensa del diputado Macip del diputado Martínez Ramón. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, sesión del 26-10-1925, Diario 34. Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, periodo ordinario, 01-12-1925, Diario 51, p. 10. Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, periodo ordinario, 10-12-1925, Diario 56, p. 12.

La Comisión redactora vio en este artículo y así lo expresa en la Exposición de Motivos, la moderación “del rigor del precepto” de *ignorantia legis non excusat*, la doctrina lo vio también con buenos ojos, para Villalta el 21 se muestra como “un leve progreso” aunque también para él insuficiente⁴².

La doctrina nos remite a algunos antecedentes: Existe en principio en el artículo 1813 del Código Civil de Portugal, del que sabemos se extrajo gran parte de los artículos del Código de 28⁴³. Por otra parte necesariamente nos remontaríamos al Código de Oaxaca de un siglo antes, y a su artículo 8: “Todo habitante del estado está obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada. Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no hubo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley. Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta excepción.” A pesar de estar condicionada a un periodo de tiempo, el fin es el mismo: atenuar el rigor del principio y el sujeto a aplicar es el mismo⁴⁴.

Más antecedentes: para García Tellez sería la concesión que Antonio Pío hacía a los caballeros que iban a la guerra, a los aldeanos que labran la tierra y moran en donde no hay poblados, a los pastores que cuidan ganados en montes y a las mujeres de esos lugares para desconocer el derecho por las causas mencionadas⁴⁵. O la ley de las Siete Partidas (la partida 1, título primero, ley 21) que hace la misma excusión. Y aún si nos remontáramos más atrás encontraríamos la excepción romana: *jus ignorare permissum est*, que aplicaba a menores, mujeres, rústicos y soldados⁴⁶. Para García Goyena el principio de la inexcusabilidad de conocer la ley -enunciada en el artículo 2 de su proyecto de 1851- encontraba un antecedente contrario en el artículo 7 del Código Bávaro “la ignorancia de la ley no puede aprovechar sino en los casos especificados, o cuando ha habido imposibilidad de conocerla”. Planiol comentando el Código Francés opinaba que la inexcusabilidad debería tener una excepción cuando “las personas actúan de buena fe, aunque lo hagan de

42 VILLALTA y VIDAL, La individualización (Nota 35), p. 30. Es el inicio de la ‘individualización de la ley civil’ por parte del juez que podrá ahora ‘disminuir’ el rigor de la ley y participar un poco en la elaboración del derecho.

43 Cfr. R. BATIZA, Las fuentes del Código Civil de 1928, Porrúa, México 1979. Aunque Batiza no atribuya ninguna paternidad a este artículo y lo deje huérfano, haciendo sólo referencia a sus antecedentes contrarios cuando todavía era *ignorantia legis non excusat*.

44 Un estudio comparativo en nuestro artículo: Inexistencia Indígena, Malinchismo crónico, en: *Ars Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, (abril de 2003).

45 Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano, México 1932, p. 59

46 F.CASTRO, Derecho civil de España, t. I, s.e. Madrid 1949, p. 525.

forma contraria a lo que la ley haya ordenado, siempre que actuaran creyendo respetarla”⁴⁷

Otra cosa buena tiene el artículo 21 y es que por lo menos da cierta confianza y oportunidad al juez, ese juez que en la codificación decimonónica es sólo boca de la ley, aquí puede por lo menos eximir de sanciones y conceder plazos; si no estamos dispuestos a esta discrecionalidad por la incompetencia de algunos jueces, entonces quiere decir que el sistema no funciona, porque la tarea del juez debería justamente ser esta, la de ‘aplicar la ley al caso concreto’ ley impersonal y a veces mezquina, mezquina por impersonal. No hay otro más apto que el juez que tiene delante una ‘regla’ y a una persona con nombre y apellidos para aplicársela, es él el verdadero democratizador del derecho.

31

5. Conclusión y crítica: El Código Civil y la relación con sus usuarios.

Hemos visto ya los puntos en los que el derecho privado podría estar más cercano a sus destinatarios pero no lo está solamente por un respeto irracional a sus principios fundadores como ciencia moderna racional, porque se sabe son principios que se basan en absurdos categóricos, como el presumir que *todos* conozcan *todas* las leyes, o que las leyes con su publicación están ya al alcance de todos y demás cuestiones atinentes que se dicen necesarias para mantener el entero sistema jurídico porque sino ‘nadie respetaría las leyes’ pero curiosamente la historia nos enseña que el respeto hacia a las leyes se debía justamente a su racionalidad porqué el que las debía cumplir aceptaba que eran coherentes y le ayudaban a alcanzar sus fines existenciales, ahora es al contrario: tenemos un sistema ‘racional’, pero fundado en principios ‘irracionales’.

32

El Código Civil nació revolucionario (a pesar de sus reservas), nació liberal (a pesar de sus restricciones), nació ordenado (a pesar de sus contradicciones), pero no nació democrático, nació burgués. Justamente alguno se preguntará ¿qué entendemos por democracia? No hemos hecho ninguna aclaración al respecto a propósito⁴⁸, porqué tal vez esta ironía esconda una realidad, tal vez la codificación ha sido un mito de ‘unidad y lógica’ del derecho civil, tal vez la misma democratización del Código se demuestre en un futuro otro mito y los esfuerzos por acercar el Código a sus destinatarios resulten vanos, y no

33

47 Citado por L. DIEZ-PICAZO en: COSTA MARTINEZ, El problema de la ignorancia del derecho (Nota 38), p. 9.

48 Una imagen literaria dirá más que un buen discurso académico: “Uno de los dictadores griegos, que entonces se llamaban ‘tiranos’, envió un emisario a otro dictador para pedirle consejo sobre los principios de gobierno. El segundo dictador condujo al mensajero a un campo de grano, y allí cortó con su bastón la copa de los tallos que sobresalían un par de centímetros por encima del nivel general. La moraleja era evidente: no tolerar preeminencia alguna entre los súbditos, no permitir que viva nadie más sabio, mejor, más famoso y ni si quiera más hermoso que la masa, cortarlos todos por el mismo nivel, todos esclavos, todos ceros a la izquierda, todos ‘don nadies’, todos iguales. Así podría el tirano ejercer la ‘democracia’ en cierto sentido.” C.S. LEWIS, *El diablo propone un brándis y otros ensayos*, Rialp, Madrid, 1995, p. 44.

hablamos de *cienciaficción* jurídica, basta asomarse a la ventana para ver el derecho que se está construyendo al margen del Código. No solamente el mundo de las ‘leyes secundarias’ sino el mundo de los acuerdos internacionales, y de los contratos en red. Además de toda aquella humanidad que ha quedado a un lado y que jamás ha escuchado hablar del código. Pero mientras exista código, y este siga conservando el imperio del derecho civil podremos demandar a nuestros legisladores y jueces la democracia de la que nuestros gobiernos modernos tanto se jactan de vivir, y sobre la cuál inician guerras y desafían sociedades, sobre la cuál hemos dicho de haber sustentado la base de nuestro desarrollo como *Estado de Derecho*, ¿cómo es posible llenarnos la boca con estas palabras cuando las leyes que deben regir a los ciudadanos (*civis*) las reglas civiles, sólo son accesibles y entendibles para un porcentaje mínimo de nuestras sociedades? El Código no cumplió sus expectativas, ni sus promesas ‘democráticas’, era un engaño que nos recuerda la anécdota que circulaba en Francia después de la Revolución, sobre la igualdad y la democracia: Un burgués iba a las plazas gritando “El sol sale para todos, ¿Quién lo niega?, ¿Quién no lo sabe? Pero la anécdota continua: A baja voz este hombre decía “siempre y cuando sea sólo el sol lo común entre esclavo y patrón”⁴⁹, el Código Civil es verdaderamente un sol que brilla para todos ¿quién lo niega?, ¿Quién no lo sabe?.

49 MARÉCHAL, Sylvain, *Opinion d'un Homme sur l'étrange procès intenté au Tribun du Peuple et a quelques autres écrivains démocrates* (Paris, Imp., des Patriotes, 1796), en: BRUNA CONSARELLI (coord.) *Democrazia ed eguaglianza. Utopia di una rivoluzione (1788-1798)*, Trimestre, Bolzano 1990, p. 129.