

LA MUTUA RELACIÓN ENTRE LOS CODIFICADORES DE ARGENTINA Y ESPAÑA EN LA FIJACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Jaime Lluís y Navas

Sumario: I. Los sistemas de fuentes argentino y español:

1. El antecedente francés: A) La técnica del Código francés, B) El sistema de inclusión en el Código Civil de un Título Preliminar que opera como ley de leyes, C) La regla o principio de ordenamiento jurídico pleno; 2. El Proyecto español de García Goyena: A) Indicaciones generales, B) La norma del Proyecto, C) El criterio de García Goyena; 3. El Código de Vélez Sársfield: A) La solución del Codificador argentino, B) Observaciones sobre la norma de Vélez, C) Síntesis; 4. El Proyecto español de 1869: A) Contenido del Proyecto, B) Prioridad en el tiempo; 5. El Código español de 1889: A) El Anteproyecto de 1882-1888, B) La primitiva redacción del Código, C) El nuevo Título Preliminar de 1974, D) Síntesis. II. Los puntos de divergencia: 1. La costumbre; 2. Los principios generales; 3. La analogía y la equidad; 4. La jurisprudencia.

I. Los sistemas de fuentes argentino y español

En este trabajo nos proponemos abordar la forma como se resolvió en Argentina y en España un problema nacido de un defecto de plantamiento del Código francés, así como la interinfluencia

entre los codificadores de ambos países en la superación positiva del vacío de que adoleció el Código galo en materia de fuentes subsidiarias del Derecho. Por tal razón hemos de hacer una referencia previa a la codificación civil napoleónica.

1. El antecedente francés

Como es sabido, el Código Napoleón ejerció gran influencia sobre la labor de los codificadores del siglo XIX, aun cuando el grado en que cada país siguió las pautas del Código galo varía considerablemente. En todo caso, la influencia del modelo napoleónico operó principalmente en dos direcciones: la técnica legislativa y los principios informantes de la normativa positiva. En esta segunda cuestión pesaron considerablemente las posiciones políticas, al presentarse el Código galo como bandera jurídica del liberalismo decimonónico. La obra de Martínez Marina¹ es aleccionadora

¹ Al promulgarse la Novísima Recopilación, Martínez Marina hizo una crítica acerba de la misma, excesivamente encomiada por un sector de la historiografía jurídica española. Lo cierto es que su argumentación era sofisticada, pues para justificar su preferencia por los códigos (con contenido del signo político grato a Martínez Marina) mezclaba cuestiones absolutamente diferentes. Y de algunos errores del recopilador (fecha equivocada de alguna disposición, etc.) deducía gratuitamente la inadecuación de las recopilaciones y la necesidad de sustituirlas por códigos. Es de advertir que los errores de Fernández de la Reguera, al recopilar, eran de escasa trascendencia práctica, y en todo caso nada quitan a lo importante de su labor, que permitió estar al día en el bosque de la antes dispersa legislación de su época. Es cierto que con algo más de tiempo el texto hubiera sido más correcto, pero con el peligro de que el retraso hubiera impedido su publicación. Además, se trataba de errores fácilmente subsanables, como acreditan las propias observaciones de Martínez Marina; y en todo caso, de suyo no acreditan que el método codificador fuera mejor o peor que el recopilador. De ahí que las confusiones de Martínez Marina entre errores de detalle de la Novísima y la pretensión a la vista de los mismos de la superioridad de las codificaciones sobre las recopilaciones, resulte sofisticada, tanto más cuando confundía también la técnica codificador (susceptible de utilizarse en función de los más diversos principios jurídicos) con la conveniencia de seguir los principios del Código francés. Lo cierto es que códigos y recopilaciones **se complementan**; los códigos permiten una mejor sistematización del or-

al respecto. En todo caso, el tema que vamos a abordar es básicamente técnico, lo que nos dispensa de entrar en este trabajo en los criterios jurídico-políticos del legislador napoleónico.

A) La técnica del Código francés

En lo que se refiere al sistema de fuentes y a la necesidad de juzgar, el Código galo tiene las siguientes notas:

a) Lo inicia un Título Preliminar, que trata de las leyes en general.

b) El art. 1° proclama la fuerza de obligar atribuida a las leyes (regla, por otra parte, suscribible por cualquier ideología, pues constituye la razón misma de ser de las leyes).

c) El art. 4°, completando la regla anterior, obligó a los jueces a pronunciarse en los casos sometidos a su competencia, y reforzó esta obligación disponiendo que el juez que se negara a resolver, "so pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley", incurriría en responsabilidad por denegación de justicia.

d) Esto, no obstante, carecía de un sistema de fuentes subsidiarias, por lo que la ley escrita había de ser interpretada en forma que resolviera cualquier litigio. Esta optimista visión de una hipotética perfección del contenido de la legislación constituye la raíz del problema que nos ocupa.

B) El sistema de inclusión en el Código Civil de un Título Preliminar que opera como ley de leyes

Tanto el legislador argentino como el español siguieron en este punto al Código francés y su solución ha llegado a nuestros días. Por otra parte, esta nota es común a la mayoría de los códigos decimonónicos: Código de las Dos Sicilias de 1819, del cantón suizo

denamiento legal (no necesariamente en función de los principios postulados por Martínez Marina); pero siempre subsisten normas extravagantes, de difícil incorporación a los códigos y que conviene recopilar. Prueba de ello es que en todos los países, cuando no existe recopilación oficial, se publican colecciones privadas de leyes que son verdaderas recopilaciones. Véase Jaime Lluís y Navas, "La reordenación del derecho", *Revista Técnico Laboral*, N° 62, 1994, ps. 773 y ss.

de Vaud también de 1819, del Estado de Luisiana de 1824, del Reino de Cerdeña de 1838, de los Países Bajos del mismo año, etc. De este sistema se apartarían códigos más modernos y técnicamente superiores al francés, como el alemán de 1900 y el italiano de 1942, optando por fijar en una norma autónoma, y por tanto extravagante, la regulación general del sistema legislativo².

Técnicamente la solución germano-italiana es evidentemente más perfecta. El Título Preliminar de tipo decimonónico es herencia de la primitiva concepción del "*ius civilis*" como derecho común y general. Pero, una vez reducido su contenido al derecho privado general, deja de justificarse la inclusión en el Código Civil de la "ley de leyes", que está llamada a alcanzar a todo el ordenamiento jurídico, incluso a las ramas penal, administrativa y procesal. Ahora bien, tampoco cabe pasar por alto que este defecto de principio es poco trascendente para el Derecho aplicado (y el ordenamiento jurídico, por propia naturaleza, tiene vocación de aplicación). De hecho, ninguna dificultad tiene el llamado a invocar o a aplicar normas de otra naturaleza para consultar, y, en su caso, fundarse por lo dispuesto en el Título Preliminar de su Código Civil.

C) *La regla o principio de ordenamiento jurídico pleno*

El Código francés aplica con toda consecuencia el principio de plenitud del ordenamiento jurídico. Para ser más exacto, implica este principio aplicando una de sus consecuencias esenciales: la obligación del juez competente de resolver todo litigio sometido a su jurisdicción. Pero el legislador galo ni planteó ni menos reguló la forma de resolver los litigios en los supuestos en que la ley adoleciera de los defectos de oscuridad, insuficiencia o lagunas (es decir, en los supuestos que no excusan al juzgador de su obligación de resolver). Por otra parte, toda la doctrina admite pacíficamente que estos defectos son inevitables. Tanto el Codificador argentino como el español atendieron a este problema, y su mutua relación al intentar resolverlo nos va a ocupar seguidamente³.

² En la segunda mitad del siglo XIX ya fue polémica la inclusión en el Código Civil de las disposiciones generales sobre leyes. Véase Gumersindo De Azcárate, *El Código Civil de la República de Chile, precedido de un juicio crítico*, Madrid, 1881, p. 6.

³ No creemos que la obligación de resolver los litigios sea consecuencia de

2. El Proyecto español de García Goyena

A) *Indicaciones generales*

A partir del reinado de Fernando VII, tras la guerra de nuestra Independencia, en España se elaboraron diversos proyectos de Código Civil. El que aquí nos interesa es el de 1851, llamado "de García Goyena", por ser éste el miembro de la Comisión elaboradora que lo publicó con un importante comentario⁴. Además del interés científico de un antecedente comentado, el Proyecto de García Goyena tiene interés para este trabajo, ya que por las notas de Vélez Sársfield sabemos que el Codificador argentino tuvo en cuenta el estudio de García Goyena⁵.

B) *La norma del Proyecto*

En este punto el Proyecto de 1851 sigue servilmente el modelo francés; no en vano el afrancesamiento y la rotura con la tradición nacional fue nota característica de nuestros liberales⁶.

la supresión en Francia (y en muchos otros países) de la consulta al Rey (o al legislador). De suyo, la eventualidad de consultar **es compatible con la obligación de sentenciar** (en función del resultado de la consulta). A nuestro parecer la obligación de pronunciarse judicialmente es consecuencia de **la concurrencia de dos principios**: el derecho a la **justicia efectiva** (que faculta al interesado para pedir un pronunciamiento del juzgador competente) y el **ordenamiento jurídico pleno** (que permite al juez pronunciarse sobre las pretensiones de los justiciables).

⁴ Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1852 (reedición Zaragoza, 1974), p. 9.

⁵ Creemos que es extremo pacíficamente suscrito por la doctrina argentina que entre las fuentes de información de Vélez figura el comentario de García Goyena, según destacan Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y críticas*, t. I, ps. 19 y 20, y José María Mustapich, *Código Civil de la República Argentina. Estudio preliminar*, Madrid, 1960, ps. 14 y 15. En la materia que nos ocupa, además de tenerlo en cuenta, mejoró la redacción del articulado del proyecto de García Goyena.

⁶ Véase el nada sospechoso Raimundo Carr, *España 1808-1939*, Barcelona, 1970; Melchor Fernández Almagro, *Historia política de la España contemporánea*, t. I, Madrid, 1968, ps. 15 y ss.; Antonio Ballesteros Beretta, *Síntesis de historia de España*, Barcelona-Buenos Aires, 1942, ps. 458-520; Juan

El art. 12 del Proyecto decía taxativamente: “**el juez que rehusase fallar á pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad**”. Por lo tanto, al igual que en el Código francés, esta norma estaba llamada a comprender tanto el caso de duda (referencia a la ley oscura), que es un problema de **interpretación**, como el de carencia total (silencio) o parcial (insuficiencia) de la normativa, lo que constituye un problema de **normas subsidiarias**. Pero el Proyecto carecía tanto de reglas de interpretación, como de recurso a la normativa supletoria.

C) El criterio de García Goyena

Acabamos de señalar que el Proyecto de 1851 seguía servilmente la pauta del Código napoleónico y no superaba el problema que originaba manifiestamente. García Goyena, en su comentario, hizo lo siguiente:

- a) Advirtió la existencia del problema.
- b) Como solución postulada se limitaba a consignar que “la religión y conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preveerlos”, tesis doblemente censurable: por confundir los problemas de interpretación (referencia a los “casos dudosos”) y los de suplencia de las lagunas (referencia a la imposibilidad para el legislador de una previsión exhaustiva), y sobre todo por cuanto la vaguedad de su solución (la religión y conciencia ilustrada del juez) no encerraba ninguna solución efectiva.
- c) No obstante, en unas referencias comparatistas García Goyena advertía que el Código sardo de 1838 (art. 15) y el austríaco de 1810 (art. 7º) habían hallado una solución que esencialmente consistía en acudir en última instancia a la analogía, y por fin a los principios generales del derecho. Esta posibilidad fue mucho mejor valorada por Vélez Sársfield, como veremos seguidamente.
- d) A título adicional, y casi como conclusión, García Goyena

Roig Oriol, “Actuación política del progresismo catalán”, *Homenaje a Jaime Vicens Vives*, t. II, Barcelona, 1967, ps. 547 y ss., y Jaime Lluís y Navas, “Las divisiones internas del carlismo a través de la historia”, *Homenaje...*, t. II, ps. 307 y ss.

añadió: "la equidad, tan recomendada en derecho, no es otra cosa que la **razón o justicia natural**, y ésta debe ser el **verdadero suplemento** de las leyes expresas" (las negritas son nuestras). Pero esta observación no la recogió en el articulado del Proyecto.

3. El Código de Vélez Sársfield

A) *La solución del Codificador argentino*

Vélez conoció tanto el Código Napoleón como el Proyecto de García Goyena. Sus notas lo acreditan, pero no se limita a copiarlos servilmente, ya que, como veremos seguidamente, por una parte recoge la norma que obliga al juez a resolver, pero por otra añade un precepto para superar las dificultades que plantee el ordenamiento legal para ser aplicado. Es decir, fue consciente de las dificultades que podían originar los vacíos y oscuridades de los textos legales, y atendió a la superación de tales obstáculos.

En efecto, el art. 15 del Código argentino dispone que "**Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes**". Comparando este texto con el Código francés y con el Proyecto de García Goyena, antes transcrito, se advierte una coincidencia en el fondo (obligación judicial de resolver) y en las causas (silencio, oscuridad e insuficiencia). Ello parece atribuible a una influencia directa del Código francés sobre los trabajos de Vélez y de García Goyena. Pero en lo formal de la redacción, el texto está más cerca del Proyecto español que de la norma francesa, por lo que hemos de concluir que Vélez tuvo en cuenta ambos precedentes (lo que confirman sus notas).

Donde los planteamientos varían considerablemente es en el siguiente art. 16, mediante el cual Vélez Sársfield se aparta del modelo francés y del Proyecto español de 1851, fijando un sistema que permita al juez resolver en caso de oscuridad o inexistencia de ley escrita. A tal efecto, el art. 16 dispuso que "**Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las**

circunstancias del caso". Por lo tanto, Vélez no se limita a sancionar la obligación judicial de fallar; arbitra las vías para superar las dificultades para sentenciar. Es cierto que su solución no podía basarse en la redacción del Proyecto español de 1851, pero el estudio de García Goyena (que Vélez señala como consultado para elaborar su art. 16) le proporcionaba dos datos importantes: señalaba con precisión la existencia de una cuestión que no resolvía el Código francés (y lo que es más grave, ni el Proyecto español, pese a advertir su existencia), y suministraba por referencia la vía de solución, al remitirse a los códigos austríaco de 1810 y sardo de 1838, que Vélez parece haber conocido por las muchas coincidencias entre el texto argentino y los de Austria⁷ y del Reino de Cerdeña⁸. En cambio, no apreciamos similitudes notorias entre el texto argentino y otros códigos decimonónicos no citados en el comentario de García Goyena al tratar de esta cuestión.

B) Observaciones sobre la norma de Vélez

Las indicaciones que efectuamos seguidamente no pretenden constituir un estudio general del art. 16 del Código argentino. Sólo se formulan para la mejor comprensión de los grados de acercamiento y de separación de los códigos españoles respecto del modelo argentino.

a) El art. 16 encierra dos especies de normas: reglas sobre **interpretación** de la legislación (que constituyen por tanto medios de aplicar normas cuya existencia está fijada: son reglas de **comportamiento** del juzgador y ésta es su naturaleza), y disposiciones sobre fijación de las **fuentes subsidiarias** del derecho escrito (que tienen **naturaleza normativa** aun cuando de grado inferior

⁷ Texto del Código austríaco (art. 7º): "Si la ley no fuese aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración las razones análogas y los motivos, y en su defecto, los principios del derecho natural y las circunstancias".

⁸ Texto del Código sardo (art. 15): "Si no pudiese fallar un pleito por el texto ni por el espíritu de la ley, se habrá de atender a lo que, en casos parecidos dispongan otras leyes y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas. Si a pesar de todo la cuestión quedase dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del hecho".

o subsidiario). Esta dualidad ha sido admitida por Busso⁹, y se explica por cuanto ambas tienen en común la condición de **medios de cumplimentar la obligación de fallar**. En otras palabras, pese a su distinta naturaleza, figuran en el mismo precepto por cuanto se recogen en el art. 16 para desarrollar las consecuencias del precedente art. 15. Ello contribuye a explicar el posterior cambio de rumbo del legislador español.

b) Consideramos correcta la referencia al **espíritu de la ley** como criterio de interpretación. Pero se plantea un problema por causa de las distintas posiciones doctrinales sobre qué entendemos por espíritu de la ley. El sector doctrinal que tiende a identificar el espíritu con los principios informantes de las normas positivas o disposiciones legales (o sea los tenidos en consideración por el legislador), habrá de objetar al texto de Vélez la reiteración por referirse, en primer lugar al espíritu (en sentido de principios informantes), y seguidamente a los principios propiamente dichos. En cambio, esta objeción no podemos hacerla quienes opinamos que espíritu y principios legales son dos figuras distintas, puesto que el llamado espíritu de la ley se corresponde con los criterios considerados por el legislador, y por lo tanto contiene elementos que no participan de la naturaleza de los principios. Lo señalado en otra ocasión¹⁰ nos dispensa de extendernos ahora sobre una materia que nos apartaría del objeto principal de este trabajo. Recordemos solamente que Lacruz¹¹ y Gordillo¹² advierten que en la **vis directiva** de las leyes no sólo intervienen principios doctrinales, sino también consideraciones circunstanciales sobre los problemas que es preciso resolver. Por todo ello no cabe confundir el principio informante de una norma con el espíritu de la misma (en cuya fijación pueden haber concurrido razones de muy diversa índole).

⁹ Eduardo B. Busso y otros, *Código Civil anotado*, t. I, Buenos Aires, 1944, ps. 153 y ss.

¹⁰ Jaime Lluís y Navas, "Analogía y diferencias entre los principios generales del derecho y el espíritu de la ley", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 751, 1982, ps. 519 y ss.

¹¹ J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, t. I, vol. 1, Barcelona, 1988, ps. 199 y ss.

¹² Antonio Gordillo Cañas, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 1, Madrid, 1992, ps. 365 y ss. Del mismo autor, "Ley, principios generales y Constitución", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, ps. 469 y ss.

c) La referencia de Vélez a los principios de leyes análogas ha sido entendida por un sector de la doctrina como referencia a la **analogía**¹³. A nuestro parecer es preciso hacer una distinción entre la **analogía** (que constituye una relación, o sea una situación de similitud), el **principio de analogía** (que es una regla jurídica en virtud de la cual, en situaciones distintas en que opera identidad de razón, ha de aplicarse identidad de solución), y **los principios de leyes análogas** (en que la analogía se da en el resultado normativo, pero no necesariamente en las situaciones o en la razón de legislar).

C. Síntesis

El Código Napoleón origina el problema del cumplimiento por el juez de su obligación de pronunciarse. Ni aquél ni el Proyecto de García Goyena resuelven este problema, pero los comentarios de este último sugieren modos de resolverlo, y Vélez recoge esas sugerencias adoptando un sistema basado en los códigos austríaco y sardo, sobre los que García Goyena llamó la atención.

4. El Proyecto español de 1869

A) Contenido del Proyecto

El Proyecto de García Goyena no se plasmó en una norma positiva, y en 1869 se ultimó un nuevo Proyecto de Libro I. Su art. 9º contiene una regla manifiestamente coincidente con el Código austríaco de 1810, y sobre todo con el art. 15 del sardo de 1838 y el 16 de Vélez, pues rezaba así: "*Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serían decididos por los principios del derecho natural, conforme a las circunstancias del caso.* Este texto concuerda con el argentino y el sardo en la fijación del siguiente orden de prioridades:

- a) El texto de la ley (sus palabras).
- b) El espíritu de la ley.

¹³ Véase Eduardo B. Busso y otros, ob. cit., p. 153.

c) Lo prevenido para casos análogos (los principios de leyes análogas).

d) Los principios jurídicos (advirtiéndose aquí importantes diferencias por referirse según los textos a los generales del derecho, o a los del derecho natural).

e) La consideración de las circunstancias del caso.

Técnica y doctrinalmente creemos preferible remitirse a los principios generales del derecho (como hicieron los códigos de Cerdeña y Argentina, y veremos que posteriormente también lo hizo el legislador español), que remitirse a los principios del derecho natural (según la pauta austríaca y el Proyecto español de 1869).

B) Prioridad en el tiempo

De los textos que ahora nos ocupan directamente creemos que el orden de prioridades es el siguiente:

a) Evidentemente el primero en el tiempo es el Código austríaco de 1810, y le sigue el de Cerdeña de 1828, lo que quizás es más importante dada la similitud de su redacción con la del Código argentino y la del Proyecto español de 1869.

b) El Código argentino y el Proyecto español de 1869 son del mismo año. No obstante, creemos anterior en el tiempo el texto de Vélez, puesto que, según advierte Martínez Paz¹⁴, ya en 1865 Vélez, elevó al correspondiente Ministerio el Proyecto del Libro I del entonces futuro Código argentino.

c) Más difícil es decir si los codificadores de Argentina y España consultaron la misma fuente, o si el autor del Proyecto español se inspiró en el argentino. A título de mera probabilidad, creemos que los elaboradores del Proyecto español conocieron a la vez la solución sarda y la argentina, viniendo a coincidir con ambas.

Que conocían los códigos de Austria y Cerdeña no ofrece dudas puesto que García Goyena manifiesta conocerlos, y desde 1852 existía una traducción de los mismos publicada en Madrid¹⁵. Que pu-

¹⁴ Enrique Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1916 (reedición facsímil en Córdoba, 2000), p. 143.

¹⁵ La obra original francesa es anónima y fue traducida al castellano por F. Verlanga Huerta y J. Muñoz Miranda bajo el título *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros*. García Goyena no la

dieron conocer también el texto de Vélez nos parece fuera de duda, pues podían obtener una copia del mismo por varias vías (gestión informal diplomática ante el Ministerio argentino, solicitud directa de una copia a Vélez como favor entre colegas, etc.). Y por otra parte, sabemos que la Comisión española de codificación tuvo en cuenta el texto argentino, ya que entre sus papeles figuran datos sobre el Código platense con la indicación "Buenos Aires"¹⁶, aun cuando la fecha de esas notas no es evidente, dicho sea para precisar que en parte lo que suponemos no es absolutamente indubitado.

Por otra parte, si dos códigos sugerían la misma solución (por no decir la sugerían tres si añadimos el austríaco), todos esos modelos habrían de reformar mutuamente en el ánimo del redactor del Proyecto español.

5. El Código español de 1889

El Proyecto de 1869 supone el **punto máximo de acercamiento del Codificador español al argentino** en lo que a sistema de fuentes se refiere. A partir de ese momento se produce un fenómeno histórico de **progresivo apartamiento**, al que seguidamente nos referiremos.

A) *El Anteproyecto de 1882-1888*

El Código de 1889 fue precedido de un anteproyecto que anun-

cita, pero sin duda la conoció, pues todos los códigos extranjeros a que hace referencia figuran en esa obra y sólo cita los en ella incluidos. Es probable que Vélez conociera esta publicación, pues en su informe al Ministerio manifiesta genéricamente conocer los principales códigos extranjeros (algunos de los citados por Vélez, como el chileno, no forman parte de la misma). Pero ello no desdice que los comentarios de García Goyena plantearan el problema que el art. 16 del Código de Vélez se propone resolver. Por otra parte, el conocimiento que tenía Vélez de la obra de García Goyena es seguro, y seguro también que lo tuvo en cuenta al redactar el art. 16, y la consulta de los códigos austríaco y sardo para redactar ese artículo es sólo probable, y en todo caso no fue el elemento único considerado por el Codificador argentino.

¹⁶ Véase Luis Moisset de Espanés, "Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas", *Revista de Derecho Privado*, 1972, ps. 599 y ss.

cia un nuevo sistema de fuentes. El art. 12 preveía: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la que regule casos y materias semejantes y, en su defecto, los principios generales del derecho."

Por tanto, la escala era: a) la ley, b) la analogía, y c) los principios generales. Esta disposición coincide con la del art. 3° de las disposiciones sobre aplicación de las leyes que acompañaron a la publicación del Código italiano de 1865. Supone un apartamiento por simplificación de la regla prevista en 1869, pero aún no constituyó la regla definitiva.

B) La primitiva redacción del Código

El Código Civil fue objeto de una primera redacción en 1888, y como se detectaron varios defectos, se procedió a una llamada edición corregida en 1889. En lo que aquí interesa, el Código de 1889 tenía las siguientes características:

a) Seguía el sistema de Título Preliminar (en lugar del de norma adjunta, adoptado ya por los códigos de Portugal de 1867 y de Italia de 1865), criticado ya por la doctrina de la época¹⁷, si bien hemos apuntado que ese defecto lo era más de principio que de utilización práctica.

b) Dentro del Título Preliminar, el art. 6° mantenía a la vez la regla de obligación de juzgar (párrafo primero), y la fijación de la escala de fuentes (párrafo segundo).

Hasta aquí estas características concuerdan con el Código de Vélez, y evidencia más si se cabe que el escalado de fuentes se fija originariamente (tanto en Argentina como en España) como desarrollo de la obligación de juzgar. En cambio, el Código de 1889 pasa a apartarse del argentino en la enumeración de las fuentes subsidiarias.

Es de advertir que del conjunto de la legislación, un sector de la doctrina dedujo la existencia de una cuarta fuente: la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

El redactado del art. 6° era el siguiente: "El Tribunal que rehusase fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad (párrafo primero). Cuando no

¹⁷ Véase la nota 2.

hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho (párrafo segundo).

Consiguientemente, el texto del art. 2889 sigue la pauta, advertida en el Código de Vélez, de tratar la fijación de las fuentes del derecho como desarrollo de la obligación judicial de resolver los litigios. En cambio, se contraponen a la solución argentina en lo que se refiere a la costumbre. El derecho comparado ofrecía un panorama muy variado. El Código de Luisiana de 1824 le atribuyó fuerza legal en virtud de la tesis liberal, según la cual el poder vinculante de la costumbre se funda en un "consentimiento tácito y común", o sea en un acto legislativo directo¹⁸. En cambio, otros códigos, entre ellos el de Holanda de 1831, y el del cantón de Berna, así como el chileno y el propio de Vélez, o bien negaban la condición normativa de la costumbre, o la limitaban a los supuestos de remisión del legislador. Una solución especial la contenía el sistema del Gran Ducado de Baden, que adoptó el Código Napoleón pero con unas adiciones en 1809 dirigidas a mejorarlo; en las mismas se dispuso que la costumbre no crea derechos, pero sí origina presunciones. Gregorio López¹⁹, en su glosa a las Partidas, ya incluyó a la costumbre entre las fuentes legales. Por tanto, esta variación del Código de 1889 respecto de los proyectos precedentes, implicaba atenuar los puntos en que se apartó de la tradición jurídica española.

C) El nuevo Título Preliminar de 1974

El Código de 1889 sigue vigente en los albores del siglo XXI. No obstante, ha sufrido varias modificaciones. En lo que aquí interesa, fue modificado profundamente en el período 1972-74. La reforma fue fruto de una cuidada elaboración desarrollada por la Comisión de Codificación en la que Castán tuvo una participación destacada.

Los redactores del nuevo Título Preliminar persiguieron dos

¹⁸ La tesis de que la costumbre se funda en el consentimiento popular y constituye acto legislativo directo fue sustentada en España por Alberto Aguilera Velasco. Véase de dicho autor *El Código Civil italiano*, Madrid, 1881, p. 18.

¹⁹ Gregorio López, *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas*, t. III, Salamanca, 1955, glosa a la Partida V, tít. 11, ley 28.

objetivos básicos: mejorar técnicamente la redacción del Código, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, y, como señala García Lavernia²⁰, consagrar el principio de buena fe y desarrollar las figuras en él basadas (abuso del derecho, fraude a la ley, ejercicio antisocial, etc.). Aquí nos interesa sobre todo el primero de dichos objetivos, que se vio limitado por el marco forzado de la primitiva redacción del Título Preliminar (necesidad, por ejemplo, de reducir los artículos a dieciséis, que obligó a que algunos resultaran en extremo extensos).

El nuevo Título se subdividió en capítulos. El primero de ellos trata de las fuentes del derecho en general, y el art. 1º estableció:

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.
4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales, no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.
6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido."

El capítulo II (arts. 3º, 4º y 5º) trata de la aplicación de las leyes y en concreto de su interpretación, así como de la equidad y la

²⁰ J. García Lavernia, "Significación y alcance de la equidad en el Código Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, ps. 530 y ss.

analogía que no se constituyen como fuentes, sino como **medios de interpretarlas y aplicarlas**. Problema aparte y polémico es el de la operatividad de un principio de analogía y otro de valoración equitativa.

A la vista de estos preceptos y ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, hemos de destacar:

a) El legislador español mantiene la inclusión de la "ley de leyes" en el Título Preliminar del Código Civil, pero en esta solución parece haber sido determinante la decisión de respetar el precedente de 1889.

b) El punto de partida, tanto de Vélez como de los primeros proyectos españoles (codificadores de 1889 inclusive), era el problema planteado por García Goyena del cumplimiento judicial de la obligación de resolver. De ahí que se fijara la escala de fuentes y, en su caso, las normas de interpretación como desarrollo del modo de cumplir esa obligación. El legislador español de 1974 **invierte el planteamiento**; parte de la fijación de las fuentes (art. 1.1) y concluye en la obligación de resolver (art. 1.7), al tratar del modo como opera el derecho. Por consiguiente, se produce una **inversión de la relación causa-efecto** entre la fijación de las normas y la obligación de resolver.

c) El art. 1.1 mantiene la relación de fuentes del art. 6º del texto de 1889 (ley, costumbre, principios), pero se da un nuevo planteamiento al problema de la función de la jurisprudencia como fuente de derecho (art. 1.6). Esta norma está directamente relacionada con el sistema procesal español, y constituye otro factor de diferenciación progresiva respecto de la solución de Vélez.

d) Precisa los requisitos de la costumbre (art. 1.3) y de los principios generales (art. 1.4) para operar como fuentes del ordenamiento legal.

e) No entramos en lo dispuesto sobre los tratados por rebasar el objeto de este trabajo, pero sí debemos señalar que el ingreso de España en 1985 a la Unión Europea, ha modificado el sistema de fuentes por el principio de prioridad del derecho comunitario sobre los nacionales²¹ en las materias de competencia de la Unión.

²¹ Véase Ricardo Plender y J. Pérez Santos, *Introducción al derecho comunitario europeo*, Madrid, 1985, ps. 68 y ss., y Fernando Díez Moreno, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1966, ps. 127 y ss.

mente algunas observaciones breves sobre los principales puntos de divergencia entre ambos sistemas.

1. La costumbre

Según antes hemos recordado, la costumbre era ya invocada como fuente legal por Gregorio López. Además, constituye una vía para la consagración legal de los usos nacionales. Por tanto, en principio, todo tradicionalista (y el autor de estas líneas lo es) ha de verla con buenos ojos. No obstante, también un sector de la doctrina liberal, por ejemplo Alberto Aguilera²³, la ve asimismo favorablemente, en función de la doctrina que el Código de Luisiana elevaba a rango oficial, según la cual la costumbre hace del pueblo un legislador directo. Lo cierto es que, para fundar la fuerza de obligar de la costumbre, se han sustentado dos tesis opuestas: a) la ya apuntada del acto legislativo popular directo, y b) la que entiende que el poder de obligar de la costumbre es la voluntad del poder público (que legislaría indirectamente o por remisión). Personalmente nos inclinamos por esta segunda opinión, pues lo que otorga fuerza de obligar a la costumbre **es la norma legal que a ella se remite** y consagra que tiene fuerza jurídica, a la vez que fija las condiciones para que ostente esa fuerza vinculante. Corroborando esta afirmación, en Argentina sólo tiene valor legal cuando la ley se remite específicamente a ella. Lo cierto es que, requiérase remisión específica como en Chile y Argentina, o exista remisión general, siempre es la norma del legislador la que otorga efecto legal a la costumbre.

Es de advertir que el art. 1.3 del nuevo Título Preliminar español fija los requisitos para que la costumbre tenga fuerza legal (que sea moral, exclusión de la costumbre contra ley, etc.), pero pasa por alto que el acto consuetudinario **se practique con voluntad de obligar**, sin cuyo requisito es una práctica sin fuerza vinculante. Por ejemplo, la costumbre más antigua de la humanidad es dormir de noche y velar de día, pero ello no basta para llevar a los noctámbulos ante los tribunales españoles.

La costumbre constituye, tanto bajo el texto de 1889 como en el de 1974, la primera fuente subsidiaria. No obstante, es difícil de-

²³ Véase la nota 18.

terminar con precisión su importancia práctica por las siguientes razones: a) por una parte, existen ciertas dificultades para aplicarla, al estar sometida al requisito de la prueba y por el mal conocimiento de las mismas por los profesionales del derecho, sean jueces o abogados de las partes, y b) por otra, existen hábitos tan arraigados que operan casi insensiblemente; por ejemplo, ninguna disposición declara en España la oficialidad del alfabeto latino; no obstante, si alguien presentara un escrito redactado en castellano pero utilizando el alfabeto árabe (en la Edad Media no era insólito), ese escrito, incomprensible para el juez o el funcionario, sólo podría rechazarse en nombre de que una costumbre no escrita ha consagrado el alfabeto latino.

Señalemos también que la costumbre ha ejercido en España una función como **elemento informante** del Derecho escrito, y consiguientemente como **criterio de interpretación** (lo que también sucede con los principios generales). En efecto, la mayoría de las compilaciones (códigos) forales²⁴, y en concreto los de Baleares, Cataluña, Galicia y Navarra, atribuyen efecto a la vez informante e interpretativo a las costumbres recogidas en los ordenamientos regionales.

2. Los principios generales

Los principios generales ejercen tres funciones jurídicas, y la redacción del art. 1.4 del Título Preliminar español de 1974 lo reconoce implícitamente al referirse al carácter informante de los mismos (esta precisión es una novedad respecto de los textos anteriores). En efecto, los principios operan del siguiente modo: a) constituyen la **razón lógica** de la norma (operan como principios in-

²⁴ El lector argentino tenga en cuenta que el derecho civil español no está plenamente unificado. Por razones históricas, directamente relacionadas con la invasión islámica y posterior reconquista nacional, los territorios del norte de España desarrollaron sistemas jurídicos propios que en lo civil han sido conservados sin perjuicio del carácter subsidiario del Código de 1889 y de la aplicación general de su Título Preliminar. Véase J. Lalinde Abadía, *Derecho histórico español*, Barcelona, 1974, ps. 163 y ss. Los derechos regionales (cuando no comarcales) reciben el nombre de derechos forales, y sus codificaciones el de compilaciones forales.

formantes de la misma); b) por constituir la razón de la norma son un **medio de interpretarla**, ya que nos ilustran sobre su finalidad, y c) al constituir la razón de la regla **suplen sus vacíos**, ya que éstos han de ser resueltos en función de los mismos criterios.

La doctrina de la mayoría de los países, entre ellos la argentina y la española, discrepa al tratar de fijar la **naturaleza de los principios**. Un sector tiende a identificarlos con **ideas abstractas** (derecho natural, criterios racionales generales, etc.), mientras otro propugna la identificación con **criterios concretos** (los propósitos directos del legislador en relación con cada norma concreta). A nuestro entender, la esencia de la polémica es fruto de un defecto de planteamiento. En último término, los principios **son ideas** (unas ideas especiales), puesto que inspiran normas y a ellas mismas el ordenamiento les atribuye efecto normativo, pero ideas al fin), y una de las características de las ideas (en cualquier campo, el jurídico inclusive) es su **susceptibilidad de graduación de general a particular**, y los principios jurídicos no escapan a esta característica. Por tanto, tan principios del ordenamiento son los genéricos, "filosóficos" si se prefiere (como el imperativo "actúa correctamente, haz el bien"), como los concretos, que suponen la aplicación de las ideas generales a soluciones concretas (por ejemplo, la seguridad del tráfico jurídico pide la existencia de registros que operan en función del principio de publicidad registral, que es una aplicación específica del de seguridad jurídica)²⁵.

Queda sentado que estamos ante una gradación que va de general a particular, que son dos métodos de suyo igualmente válidos **a efectos de investigación y determinación**; partir de la idea general y llegar a la que en concreto informa una ley, o el procedimiento inverso. Tan sólo desde el punto de vista práctico, parece más conforme con el ideal de seguridad jurídica y de fidelidad al legislador, partir de la norma escrita, investigar el principio directo que la informa, y si éste no resuelve directamente la cues-

²⁵ El principio de seguridad registral es un caso particular del de seguridad jurídica. La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales, con razón o sin ella, obedece asimismo a un criterio de seguridad jurídica; otra manifestación del principio de seguridad jurídica la constituye el de seguridad en el empleo que informa el derecho laboral. Es éste un ejemplo evidente de la graduación de principios, pues el tan repetido de seguridad jurídica tiene, entre otras, estas tres manifestaciones específicas.

tión litigiosa, irse elevando a ideas y principios más generales hasta que las generalísimas permitan resolver el pleito. En todo caso, los principios concretos habremos de deducirlos de las fuentes escritas o consuetudinarias. Estas últimas tan sólo en los países que admiten esa fuente jurídica.

Esto sentado, surge el problema del instrumento de determinación de los principios concretos, que en España se vincula de hecho y técnicamente al de la jurisprudencia como fuente legal, según veremos al tratar de la misma.

3. La analogía y la equidad

A partir de 1889, como hemos visto, el legislador español excluye de la relación de fuentes toda referencia a la equidad y a la analogía. En ello se diferencia de la regulación de Vélez. Sobre todo a partir de 1974, la solución española se justifica por cuanto la fijación del sistema de fuentes deja de condicionarse a la obligación judicial de fallar. En último término, la solución de Vélez y la española de 1974, son ambas consecuentes con los respectivos criterios de que parten.

La analogía, de suyo, es una relación fáctica de similitud relativa, y tanto el recurso a la equidad como las soluciones por analogía son **modos de aplicar la ley**. No existe una fuente específica con contenido normativo propio llamada analogía, y otro tanto cabe decir de la equidad. En cambio, lo que sí existe es **un principio de analogía** (según el cual situaciones semejantes piden el mismo trato jurídico) y **otro de equidad** (según el cual la aplicación de las disposiciones legales ha de adecuarse a lo que pide la justicia a la vista de las circunstancias del caso). Y dichos principios plantean el problema de su operatividad (como tales principios) en un sistema que, entre las fuentes legales, incluye precisamente los principios generales del derecho. La cuestión plantea puntos polémicos en la doctrina española sobre los que no podemos extendernos ahora²⁶.

²⁶ Véase José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, civil y foral*, t. I, vol. 1, Madrid, 1998, ps. 492-499 (edic. puesta al día por De los Mozos); Antonio Gordillo, obras citadas; José María Manresa Navarro, *Comentarios al Codi-*

4. La jurisprudencia

El tratamiento de la jurisprudencia ha resultado distinto en Argentina y en España por causa de las diferencias en los respectivos sistemas procesales. En España, antes de la reforma del Título Preliminar de 1974, e incluso antes de la promulgación del Código de 1889, un importante sector doctrinal entendía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituía fuente de derecho, por admitirse el recurso de casación por violación de doctrina legal. Es decir, un importante sector doctrinal sustentaba que si el apartamiento de la doctrina reiterada del alto tribunal justificaba un recurso sin necesidad de apoyarlo en violación directa de la ley, es que la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo constituía fuente de derecho; y la actitud práctica de dicho Tribunal lo corroboraba. Otro sector lo negaba por no tener atribuida formalmente la condición de fuente.

La reforma de 1974 (art. 1.6) sólo ha resuelto parcialmente esta cuestión, al disponer que la jurisprudencia "completará" el ordenamiento legal. Este vocablo ha dividido la doctrina española. El sector negativo opina que la jurisprudencia no es fuente por no figurar en la relación de fuentes del art. 1.1 del nuevo Título Preliminar. Quienes entendemos que sí tiene naturaleza de fuente consideramos que lo que completa se integra en lo completado, y por tanto pasa a formar parte de lo mismo. Esta conclusión resulta reforzada por la figura de la casación por infracción de la doctrina legal, y por el efecto práctico de los criterios jurisprudenciales.

El sistema jurisprudencial español se ha complicado al entrar en vigor la Constitución de 1978, pues superpone a la doctrina del Tribunal Supremo la del Tribunal Constitucional, y la doctrina del Tribunal Constitucional ha pasado a ser prioritaria en nombre de la superior jerarquía de la Constitución que interpreta²⁷.

go Civil español, t. I, Madrid, 1987, ps. 202-207 (edic. puesta al día por Pascual María), y Jaime Lluís y Navas, *Elementos de teoría general del derecho*, Barcelona, 1988, ps. 48 y ss.

²⁷ Véase Tomás Gui Mori, *Jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1992, ps. 96-99, y Jaime Lluís y Navas, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su incidencia", *Anais das III Jornadas de Direito do Trabalho*, Brasília, 1984, ps. 166 y ss.

Ciertamente España pertenece al sistema jurídico romano-germánico. No obstante, dentro del mismo, es probablemente el más cercano al *common law* por la función de la jurisprudencia. Es más, la jurisprudencia constitucional superpuesta a la ordinaria del Tribunal Supremo tiene (aunque vago) un punto de analogía con la diferenciación inglesa entre la jurisprudencia ordinaria y la equidad.

Señalemos finalmente que los principios del derecho y la doctrina jurisprudencial tienen un especial vínculo, por cuanto ésta declara los principios aplicables en un sistema, como el español, que gira en torno al Tribunal Supremo. Evidentemente, de suyo la naturaleza de los principios (ideas jurídicas positivizadas e informantes) no puede confundirse con las sentencias (resoluciones judiciales). No obstante, la existencia, la vigencia y el alcance de los principios los determinan los razonamientos de las sentencias; y las de los tribunales Constitucional y Supremo lo hacen con alcance general y vinculante para las jurisdicciones inferiores. Por lo tanto, el litigante español cuando invoca un principio busca las sentencias de los altos tribunales que los proclaman y reconocen. De ahí que la postura de los litigantes varíe en este punto de la del jurista argentino.

*Profesores de la Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales*