

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XII

Herausgegeben von
DIETER SIMON UND WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1984

BARTOLOMÉ CLAVERO

„La gran dificultad“
Frustración de una ciencia del derecho
en la España del Siglo XIX

„Estamos tomando el café después de la sopa . . . Procedemos por brincos, dejando lagunas y repitiendo sólo la última palabra del vecino. Queremos el fin sin el medio y ésta es la razón de la poca solidez de las innovaciones“.

MARIANO JOSE DE LARRA, 1836

1. Una opción, el Código

A la altura de 1836, cuando ya se impone irreversiblemente en España la política de abolición de privilegios históricos que en la época se entendía justamente como „la revolución“, los juristas más autorizados no abrigan duda alguna acerca de la perentoria necesidad de un código civil: tanto „el desacuerdo“ del derecho heredado con „nuestra civilización y costumbres actuales“ como „los defectos y nulidad“ patentes de su última recopilación así, clamorosamente, lo exigirían; igualmente se pensaba que, si, conforme al régimen constitucional en trance de imposición, correspondería irremisiblemente a la institución parlamentaria la dirección y aprobación de esta fundamental obra legislativa, no por ello sobran los juristas, cuya misma experiencia habría de seguirse al efecto precisando¹. Y la doctrina de ello al menos ciertamente se preocupa; entre „la monstruosa legislación“ de tracto histórico y „la legislación flotante“ de estos años revolucionarios, un código civil que de diversa forma las supere se echa desde temprano en falta².

De hecho ya existe oficialmente el proyecto de código, sobre la planta del

¹ Joaquín Francisco PACHECO, Códigos. Su formación y discusión (1836) y De la interpretación de las leyes (del mismo año), en sus Estudios de Legislación y de Jurisprudencia, Madrid 1843, pp. 19-35.

² Ramón ORTIZ DE ZARATE, Análisis histórico-crítico de la legislación española, Vitoria 1844, II, pp. 257 y 264.

francés, en 1851, pero no acaba entonces de someterse a la consideración del parlamento, alegándose por parte del gobierno resistencias regionales que desaconsejarían su promulgación; de algunas regiones, en efecto, procedía cierta oposición en nombre de tradiciones jurídicas particulares, pero tampoco su motivo se tomaba por ello realmente en serio, no planteándose siquiera la posibilidad de realización de códigos regionales o de instauración de parlamentos territoriales. El obstáculo, en todo caso, de alguna forma ya existía³.

Y el obstáculo lo desprecian inicialmente los mismos juristas más acreditados, apadrinando decididamente el proyecto⁴; sus más llanos colegas no parecen tampoco entender su aplazamiento: se tiene, por fin, un cuerpo normativo de mérito „filosófico“, mientras que en los tradicionales „no hay racionio, no hay enlace, no hay unidad de principios ni legitimidad de consecuencias“, o no caben estas virtudes que en el código, siendo „obra doctrinal“ sin servidumbre histórica, pueden brillar; se ha alcanzado, por fin, una comunión de razón y ley, y su resultado no acaba de ponerse en vigor: „se espera ávidamente“ su promulgación⁵.

Ante el evidente empantanamiento del proyecto, a estos mismos juristas comienza pronto a embargarles un cierto complejo de falta de sentido práctico, cediéndose exigencia. El propio obstáculo de los derechos regionales tiende por ellos enseguida a magnificarse: „Ninguna nación presenta mayores dificultades que la nuestra para llegar al fin apetecido; entre las leyes civiles que rigen en las provincias que componían la antigua corona de Castilla y las que dominan en las de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya, hay tal vez mayor antagonismo que el que existe entre las naciones de Europa... No se levanta en un día la obra que ha de remplazar a otras seculares“; en todo caso, a mayor razón, todavía se convoca a la misma doctrina: „La

³ Véase Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien (XIX)*, en Helmut COING (ed.) *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III-I, Munich 1982, pp. 397-686; más específicamente, Pablo SALVADOR CODERCH, *El proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil catalán*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, 1, pp. 48-97, y 2, pp. 313-372; B. CLAVERO, *Foros y rabassas. Los censos agrarios ante la revolución española*, en mi colección de artículos *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, pp. 83-154.

⁴ Sobre todo, desde luego, Florencio GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852 (reed. 1973), no agotando tampoco referencias las restantes notas, igualmente selectivas, por lo que basta a nuestros efectos, incluso en momentos de verdadera densidad cultural.

⁵ Serafín ADAME MUÑOZ, *Curso histórico-filosófico de la legislación española*, Sevilla 1854, pp. 567, 573, 634 y 651; en la ed. de 1874 habrá de corregirse un extremo: „se intentó ávidamente“ su promulgación.

ciencia puede, sin embargo, apresurar su construcción poniendo de manifiesto los defectos y la inconveniencia de lo antiguo y preparando los ánimos para admitir lo nuevo“. En todo caso, también, el edificio sigue pareciendo acabado sobre el mismo plano de 1851, esto es, sobre el modelo francés; ahora se trataría tan sólo de ir ocupando más pausadamente sus diversas plantas⁶.

„Diez años hace que se publicó el proyecto de código civil“ y poco se ha avanzado: ello probaría que „nadie cree fácil se pueda someter tan pronto a Aragón, a Navarra, a Cataluña y a las anteiglesias de Vizcaya a la legislación civil general de España“⁷; „cerca de veinte hace“ y el panorama aun no se despeja, viéndose ahora empañado por una „grande dificultad“ que „ni se había imaginado siquiera“ antes de 1851: „Había entonces empezado en nuestra patria a tener influencia la Escuela histórico-alemana, y esto hacía que se mirase con recelo la conveniencia de la codificación del derecho civil“, impulsándose con ello la resistencia de fueros tradicionales en las referidas regiones. Y ya no se defiende tan resueltamente el mismo compromiso de la doctrina con un código acabado⁸.

El tópico quiere explicar la frustración: „En España la unidad del derecho es generalmente deseada, y esperado con ansia el momento en que un nuevo código civil venga a concluir con las diferencias jurídicas“ que constituyen „la gran dificultad“, habiéndose fallado por no atenderse, para su misma formación, el „elemento histórico“ junto al „racionalista“. Ahora se predica que „la filosofía, es la tesis, la historia la antítesis“ mientras que „el derecho debe ser la síntesis“, abriéndose con ello mismo el campo de la propia ciencia jurídica: „Bueno sería que los escritores juristas, que los profesores de derecho, que los jurisconsultos todos... consagren su inteligencia y sus trabajos a difundir los principios que deben ser el fundamento de nuestro nuevo derecho; bueno sería que las cuestiones de derecho constituyente, sobre los puntos en que más se separa la legislación de Castilla de la de Aragón, fuesen

⁶ Pedro GOMEZ DE LA SERNA, El progreso de la humanidad tiende a la unidad del derecho, p. 565, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (en adelante R G L J), 8, 1856, pp. 556-565.

⁷ Congreso de Jurisconsultos Españoles de 1863, actas en La Escuela del Derecho. Revista Jurídica, 3, 1863, pp. 97-163; un resumen, con las conclusiones, en RGLJ, 23, 1863, pp. 273-308 (las expresiones, del mismo GOMEZ DE LA SERNA, en p. 278). Junto a Navarra, la zona rural de Vizcaya — „anteiglesias“ — era el territorio vasco más diferenciado jurídicamente.

⁸ P. GOMEZ DE LA SERNA, Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II (1868), pp. 292 y 297, en RGLJ, 39, 1871, pp. 284-300. Para la labor de estos años, Francisco de CARDENAS, Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, Madrid 1871 (y en RGLJ, 38 a 40, 1871-1872).

materia preferente de exposición y polémica". La obra, con ello, mantiene sus cimientos, pero la estructura del edificio no parece, con todo, ya tan segura⁹.

Y ya no parece, con todo, que el código resulte tan unánimemente anhelado. „Remedio heroico para unos, expediente funesto para otros, con numerosos e inteligentes partidarios, con valientes y no menos numerosos adversarios, hecho práctico ya para las principales naciones del mundo civilizado“, el mismo código, en efecto, ya se discute, aun no faltando todavía la idea de que su propio concepto resulta una adquisición indiscutible desde „la revolución jurídica“ del racionalismo alemán, pese a la misma polémica allí luego surgida entre „las dos grandes Escuelas, histórica y filosófica, capitaneadas por Savigny Thibaut“, no tan antagónicas como se presume. Es éste, sin disputa, „un siglo de codificación“, con „marcada tendencia a la unidad del derecho“, aunque cabe todavía distinguirse situaciones y moderarse procedimientos: „España, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de América son pueblos cuya legislación tiene carácter eminentemente histórico“ pudiendo convenirles en la materia civil, con antelación al código, un „derecho común de existencia doctrinal“. El papel de la doctrina aún se ensancha, bajo el supuesto de una demora del código ya, con las razones sabidas, aceptada: „En pocas partes ofrecerá tantas dificultades como en España la codificación civil; acaso no haya en toda Europa dos pueblos de tan divergentes leyes como Aragón y Castilla; allí y en Vizcaya el padre deshereda de hecho a sus hijos cuando le place, y aquí existen las legítimas; la viuda aragonesa conserva el usufructo de todos los bienes de su cónyuge, y la castellana ninguno. Estas diferencias y otras muchas tan cosiderables deben estudiarse en las escuelas y por los jurisconsultos para ilustrar y preparar las opinión antes de realizar“ tal codificación¹⁰.

Se trata tanto de „armonizar el elemento histórico y el filosófico“ como de „conciliar la legislación de Castilla con la de estas provincias“ de fuero

⁹ Alejandro GROIZARD, Del progreso de la ciencia del derecho en los tres últimos siglos, RGLJ, 11, 1857, pp. 127-131, y De la codificación en España, RGLJ, 21, 1862, pp. 17-21, de títulos bien hinchados.

¹⁰ Fermín HERNANDEZ IGLESIAS, Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario, pp. 29-30, 36-38, 43 y 46-48, en RGLJ, 23, 1863, pp. 5-49, que fuera tesis aprovechada, hasta el plagio, por otros de mayor autoridad, como los mismos GOMEZ DE LA SERNA y GROIZARD, llegándose, al cabo de los años, incluso a un cierto autoplagio: El derecho consuetudinario y la codificación, RGLJ, 102, 1903, pp. 548-588; y ello aparte también de que allí a veces HERNANDEZ IGLESIAS ya se limitare a copiar a LERMINIER, de lo que luego hablaremos.

o derecho histórico¹¹; o se trata de un mismo objetivo bajo esta doble formulación por cuanto que tiende generalmente a identificarse sin más la historia con las tradiciones regionales y a proyectarse así la idea de código en el propio pasado de Castilla. Y la doctrina entiende que la tarea urge: „El estado actual no puede en efecto subsistir por mucho tiempo“ ya que entraña, entre la confusión normativa del caso, la permanencia de relaciones sociales poco acordes con el espíritu del siglo o con los imperativos de su revolución¹². Algún esfuerzo por conocerse dichas diferencias regionales de raíz histórica y por integrárseles en un sistema actual común no deja entonces de notarse¹³.

Mas el desajuste persiste: cuando, ya en las postrimerías del siglo, el código llega, sigue por una parte sustancialmente tratándose de una copia del francés, y de otra, para „la gran dificultad“, poco parece con él cambiar, manteniéndose en su propio estado los derechos regionales o, como viene a decirse por su tracto histórico, forales. Ha transcurrido así un siglo de ideal codificador y realidad bastante menos codificada¹⁴; dejándose ahora al margen otros aspectos bien sustantivos del tema, no estará de más interrogarse sobre la efectiva labor de la doctrina en esta situación, a partir de su propia definición de objetivos, con el contraste oportuno de sus mismas pretensiones científicas, tomadas también éstas como punto de partida de la encuesta¹⁵.

¹¹ Ciriaco RODRIGUEZ MARTIN, Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación civil española, pp. 184-185, en RGLJ, 30, 1867, pp. 161-192, que sólo en título supera al anterior.

¹² Segismundo MORET y Luis SILVELA, La familia foral y la familia castellana, Madrid 1863, pp. 7-8 y 212.

¹³ Como ya pueden particularmente testimoniar la nota 7 y la anterior (el estudio de MORET y SILVELA es memoria premiada en el concurso de 1862 de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación), pero habrá más en especial de interesar un intento político en el testimonio de su principal impulsor: Manuel ALONSO MARTINEZ, El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Madrid 1884-1885 (reed. 1947).

¹⁴ Fue además el de la codificación un mandato mantenido por las constituciones de este siglo (B. CLAVERO, Evolución histórica del constitucionalismo español, Madrid 1984, interesándose por ello), pero aquí más importa que la doctrina realmente asumiera el objetivo o que partiese de este mismo imperativo.

¹⁵ No hay buenas exposiciones de base de la doctrina española del XIX; las manualísticas, si no son mero registro, ofrecen unas imágenes patrióticas nada atendibles o adolecen del más simple mimetismo de las referencias europeas, francesa o alemana. Y para registro guarda su utilidad, aun ateniéndose a publicaciones exentas cuando existe sobre todo la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (que editó en todo caso sus propios repertorios), Manuel TORRES CAMPOS, Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, Madrid 1883-1897. Un cuadro orientativo en Mariano y José Luis PESET, La Universidad española. Despotismo ilustrado y Revolución liberal, Madrid 1974, pp. 679-706.

2. *Una coartada, la Escuela Histórica*

La doctrina, ante las dificultades de la codificación, se ha impuesto la tarea primordial de colacionar el „elemento histórico“ autóctono o de agregarlo al „elemento filosófico“ más universal, sumándose con ello también a corrientes foráneas que, según sus mismas noticias, ya habían concebido semejante función y abordado tamaña empresa. Y dado tal aplazamiento del código a lo largo del siglo, no puede desde luego decirse que las condiciones para el arraigo de una escuela histórica faltaran; sobre la historia, así fallando una determinación legislativa suficiente del orden establecido, ya se veían a menudo obligados a realizar su trabajo aún los juristas menos inclinados a esta especie de táctica de avance sobre la retaguardia¹⁶.

Entre la precaria positivación de un derecho general y la correlativa resistencia de unos derechos regionales todavía menos reducidos a ley actual, se crean ciertamente las condiciones para la imposición de unos planteamientos historicistas o de construcción doctrinal del orden vigente sobre supuestos de continuidad histórica y a partir de datos pretéritos a los que así todavía puede, y en buena parte debe, seguirse otorgando fuerza normativa. Y la idea realmente se impone: la „Escuela Histórica“ aparece como uno de los principales puntos de referencia de la doctrina española o como una verdadera seña de identidad para un conjunto nada despreciable de sus juristas¹⁷; su motivo especialmente abunda entre las posiciones defensivas del tracto histórico de los derechos de carácter regional ante el propio proyecto de una codificación española de inspiración francesa y dirección castellana, haciéndose prácticamente patrimonio de esta tendencia regionalista¹⁸. Y otro tipo de defensa de la posición mal cabía cuando no entraba en discusión la posibilidad de establecimiento de autonomías más propiamente políticas o

¹⁶ Lo que ya resultaba de las mismas normas: como „Códigos Españoles“ se publican a lo largo del siglo colecciones pretéritas de derecho castellano, y no de otras regiones, en orden a suplir la misma carencia de un verdadero código, pero la forma como efectivamente se desarrollara, desde los tribunales y desde las universidades, su necesaria reinterpretación, es cuestión que espera estudio.

¹⁷ Desde intereses más filosóficos, Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969, reúne las más numerosas referencias.

¹⁸ Referencias a su vez en Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Influencia de Savigny en la Escuela Jurídica Catalana del siglo XIX*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 7, 1979, pp. 67-131, anticipando apartados de su más ambicioso Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, 3, pp. 586-641; 4, pp. 669-819; 1980, 1, pp. 7-47; 2, pp. 279-311, y 3, pp. 567-596.

de creación de derechos regionales mediante instituciones parlamentarias particulares¹⁹.

Pero del dicho al hecho el recorrido es largo; los mismos juristas que gustan de invocar el ejemplo de la escuela histórica no saben ya qué hacer con obras jurídicas más construidas como la del propio Savigny, pese también a que el derecho romano básico de su composición se considera en diverso grado vigente, por vía foral o histórica, en algunas de las regiones cuya personalidad jurídica particularmente se defiende²⁰. Incluso el programa trazado a la ciencia del derecho, ante el mismo reto del código, por Savigny, no se aprecia realmente en la España del siglo XIX, suscitando escasa atención²¹; parece entonces bastar su mismo conocimiento de segunda mano, a través sobre todo de las exposiciones más bien panorámicas de un Lerminier, con su misma idea de conciliación entre una escuela o, más sustantivamente, un „elemento histórico“ del derecho y otro „filosófico“ que aquí se convierte en un verdadero tópico²².

El tempeño, tan fácilmente concebido o realmente mimetizado, parece un mundo para la doctrina española decimonónica. Como la escuela histórica en el ámbito de la definición metodológica, puede correspondientemente la

¹⁹ Puede verse B. CLAVERO, *Historia jurídica y Código político: los derechos forales y la constitución*, en *El Código y el Fuero* (n. 3), pp. 19-40.

²⁰ La circunstancia ya puede apreciarse en el prólogo a la traducción castellana del Sistema del Derecho romano actual de SAVIGNY (Madrid 1878-1879), encomendado, precisamente por considerársele el más autorizado exponente de la escuela en España, a Manuel DURAN Y BAS (también en sus *Estudios Jurídicos*, Barcelonas 1888), quien era ajeno a la misma iniciativa de la versión, por otra parte del francés; fue realizada en los medios menos historicistas a los que se refieren las notas 51 a 54.

²¹ El propio DURAN Y BAS, como veremos (nn. 28, 37 y 46), podrá señalar la necesidad de la ciencia para la formación del código en términos que no denotan un especial conocimiento de la posición de SAVIGNY. Sólo tardíamente se traduce su manifiesto *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, Madrid 1896, con prólogo de Adolfo POSADA, ajeno a la corriente; y es traducción que todavía parece pasar un tanto desapercibida; no la recuerda al menos Rafael ATARD, *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio de Savigny, Eichorn (sic), Gierke y Stammler*, Madrid 1908, que no lo incluye por la más simple y significativa razón de juzgarlo de menor interés. La traducción ya reciente de la controversia entre THIBAUT y SAVIGNY (*La Codificación*, Madrid 1970) se reduce a vertir, sin la más mínima nota, la edición de Jacques STERN de 1914, como si aquí en efecto éstos fueran materiales nuevos.

²² Eugène LERMINIER, *Introducción general a la Historia del Derecho* (1829), Barcelona 1840, y *Estudios sobre la influencia de la filosofía del siglo XVIII en la legislación y en la sociabilidad del siglo XIX* (1833), Madrid 1844, a cuya composición, sobre todo del primero, ya respondían, a veces literalmente, los mismos pronunciamientos de los juristas españoles que citábamos en el anterior epígrafe. Ya ha podido indicarse, aunque no valorarse, esta mediación de Lerminier: Antonio ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1972, p. 392.

imagen de un derecho romano clásico servirle de ídolo, pero no por ello de base efectiva para la elaboración de un sistema acorde con sus necesidades. Se resalta aquí la significación del derecho romano, al tiempo que puede adecuadamente aprovecharse para la integración de algún apartado de derecho regional²³, pero no se desarrolla a su propósito tras los pasos de la escuela histórica el entramado doctrinal que los actualizara conjuntamente a uno y otro derecho. Y menos aún ello ocurre en beneficio de un ordenamiento de ámbito español que, en favor del código, peores relaciones guarda con la historia o tan sólo las quiere con la tradición menos elaborada del derecho castellano.

Puede entonces experimentarse la dificultad de adecuación entre un modelo romano no demasiado ficticio y la propia sociedad del XIX en estas materias civiles²⁴, pero se trata más de un defecto de cultura actual que de realidad pretérita: se ignora la forma como la operación puede efectuarse, o como ciertamente en el exterior se desarrolla bajo el mismo reclamo de escuela histórica. De hecho, atisbándose el objetivo, no se sabe cubrirlo, fallándole a la doctrina la formación precisa para habilitar, haciéndose con su autoridad, el derecho romano; su mismo romanismo es anterior a la escuela histórica, situado más todavía entre Vinnen y Heineken que tras Savigny, esto es, en un punto anterior al reto decisivo del código, bien que tampoco ajeno a la matriz racionalista común a la codificación y a la escuela histórica²⁵.

No deja aquí de tenerse cierta constancia de la orientación real de la escuela histórica, en el sentido, más que de indagar órdenes pretéritos, de construir a su propósito un orden actual; el mismo modelo alemán se invoca de hecho bajo este concepto que mejor podría convenir al propio caso español: interesaba el logro de un „derecho común de existencia doctrinal“ antes que la promulgación de un código que, sin tal requisito, se juzgaba prematuro²⁶. „La historia suministra los ejemplos y propone los problemas; la filosofía los resuelve y la práctica los aplica y experimenta“²⁷; la idea impe-

²³ M. DURAN Y BAS, *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona 1883, pp. 34-40, bien que, desde un primer momento, significativamente junto al derecho canónico.

²⁴ S. MORET y L. SILVELA, *Familia foral y familia castellana* (n. 12), pp. 103-104.

²⁵ Faltando también investigación más específica, alguna indicación en B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48, 1978, pp. 307-334, no progresándose.

²⁶ Referencia de nota 10.

²⁷ Manuel GIL MAESTRE, *Discurso sobre la necesidad de comprender en un Código*

rante de combinación de los elementos „histórico“ y „filosófico“, y sobre todo su presentación como característica justamente de la escuela histórica, ya respondía a esta misma constancia de su significación más precisa para la elaboración doctrinal de un derecho contemporáneo o de su interés más específico, por esta particular razón, para la misma política del derecho²⁸.

Mas el problema sigue siendo que todo ello queda en proyecto para España. Aquí sobre todo los juristas forales o de tendencia regionalista se introducen en su pasado para la determinación de su particular derecho, pero sin desplegar especiales méritos constructivos ni ofrecer aportaciones realmente apreciables a los efectos doctrinales del caso. Su obra no demuestra dominio de la recomposición de datos históricos de relevancia jurídica conforme a conveniencias de su momento social, a cuya regulación habían de dirigirse si no querían pasar, como no raramente les ocurría, a ser meros historiadores; tal obra, en su conjunto, quedaba en un híbrido de doctrina un tanto anacrónica y de historia a menudo extemporánea, incapaz de integrarse en un sistema de representación de un orden jurídico actual bajo el método definido de la proyección histórica, sobreponiéndose al mismo tiempo pasado²⁹.

El tiempo realmente pasaba; mediando la misma historia, surgen en la propia obra de estos juristas evidencias no poco desalentadoras. La revolución, con su incidencia jurídica, se les interpone perceptiblemente entre el orden en vigor que han de tratar y la historia que sólo al efecto de este tratamiento habría de atañerles. Según su misma experiencia, como ya mal conectaban con el derecho romano, mal también podían figurarse en términos históricos los derechos regionales en materias civiles; en el pasado, otra era la realidad básica: „Cada familia constituía un pequeño estado“ o presentaba una entidad política que ya de por sí requería unos regímenes dominicales y sucesorios de índole vincular a cuya abolición acudía precisamente la revolución³⁰. Díficel les resultaba, entre tales contrastes rehabilitar jurídicamente la historia; poco podría entonces construir el mismo mito histori-

general mejor que en leyes sueltas las alteraciones necesarias en nuestro Derecho civil, Madrid 1871, p. 14, conociendo directamente del alemán „la vocación“ de SAVIGNY, bien que tampoco por ello a particular altura.

²⁸ En términos tan sólo indiciarios, M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), p. XLIV.

²⁹ Tampoco se cuenta con estudios a propósito sobre la literatura foral; M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía del Derecho y de la Política* (n. 15), da buena entrada al „Derecho Foral“, pero ya con sintomática confusión de estudios históricos y propiamente jurídicos.

³⁰ S. MORET y L. SILVELA, *Familia foral y familia castellana* (n. 12), pp. 145, 152 y 155.

cista de la continuidad del „espíritu nacional“, de la „fisonomía moral“ y de la „conciencia jurídica“ de un pueblo³¹.

Aun quienes mayor solvencia mostraban, realmente tampoco sabían escapar a este género de evidencias, que en todo caso detectaban. La revolución ha trastocado las cosas aunque — y de aquí ya la cuestión — la concreta „revolución española“ ha resultado, en comparación con la francesa que brinda el modelo jurídico, un tanto sectorial y más bien indecisa: „El código civil francés se elaboró cuando una revolución, cual ninguna otra violenta en sus procedimientos, había destruido el antiguo régimen y batido en brecha las creencias seculares de la nación“, no habiendo dejado ya la misma revolución de extenderse particularmente a materias de propiedad, contratos, familia y sucesiones; „era el código una consagración de su legitimidad“, de esta ya irremisible revolución, y así „respondía al fin práctico de una obra de su especie“. Bien otra sería, empero, la situación española; aquí, sólo indirectamente, por efecto sobre todo de la desvinculación, se había incidido durante la revolución en aquellas materias, no resultando entonces ulteriormente el código ni tan necesario ni tan legítimo, o resultaría entonces su promulgación un acontecimiento más revolucionario; aquí, y por fortuna quiere pensarse, todavía puede y debe conectarse de modo más sustantivo, por encima de la misma revolución, el derecho con la historia³².

La dificultad se conoce, la empresa se concibe, pero la obra sigue en lo sustancial faltando. Y no es tanto problema de que la revolución se interponga, con todas sus peculiaridades para el caso español, entre la doctrina y la historia; lo es más bien de que falla en España la cultura precisa para desarrollar, con todos sus complejos, la determinada forma de doctrina que, entre los modelos entonces asequibles, mejor podría responder a las condiciones de distanciamiento entre el código y la revolución. Detectar el problema no bastaba, como tampoco conocer por referencias la forma de solventársele en otras latitudes.

La escuela histórica, con todo, vacía aquí de contenido, tiende a convertirse en un mito que rinde desde luego buenos servicios en la disimulación de una incultura vergonzante y de un descontrol no más reconocido de la política del derecho. Podrá pensarse „la aparición“ de esta escuela en España un „hecho providencial“ que salvara unas tradiciones, sobre todo regiona-

³¹ M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), pp. LXIV, XCIV, 27 y 239, aplicado al pueblo catalán, de forma menos forzada al fin y al cabo que los más abundantes ejemplos de aplicación al español.

³² M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), pp. LI-LIV.

les³³; podrá, entonces, subvertirse toda evidencia. La propia doctrina forjó rápidamente este mito que al menos pudo consolar a quienes realmente pugnaron por la codificación y no entendieron entonces su fracaso³⁴.

Y el mito es resistente; cuando se ha apreciado el abismo que media entre la escuela histórica alemana y sus epígonos españoles, ha querido explicarse la diferencia por motivos como los religiosos que pueden ya justificar su menor concentración jurídica sin cuestionarse realmente su entidad³⁵, pero en carencias más de fondo radica la distinción: en rigor, una escuela histórica del derecho aquí no existe. Aquí como escuela histórica, se da poco más que un sobrenombre, o un apellido para reconocimiento de la tendencia que, sin abandonar por ello enteramente el terreno del liberalismo civil o de los supuestos sustantivos del orden contemporáneo, más se resiste a la culminación del proceso de codificación del derecho, sin otra significación activa por su parte.

Los mismos juristas que soñaron con esta importación, experimentando sus propias limitaciones, no reservaban prácticamente espacio alguno a su propia labor ante la legislación codificadora y entre la historia y la costumbre; o ya no se atreven a concebir esta labor en unos términos a su vez mínimamente creativos. Se comienza pidiendo „circunspección y tino“ a la propia doctrina en su tendencia al apadrinamiento de códigos, y se acaba afirmando el respeto a las costumbres sociales y al ritmo de su evolución con un énfasis que parece realmente descartar la presencia o la mediación de la misma doctrina, sin función y sin vocación entre dichos extremos de la creación legislativa y la reproducción consuetudinaria del derecho³⁶. Aun

³³ Joaquín de CAMPS Y ARBOIX, *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona 1958, p. 160; catálogo de expresiones análogas de otros historiadores en J. B. VALLET DE GOYTISOLO (n. 18): *Influencia*, pp. 93-96; Cotejo, 1 (1979, 3), pp. 602-604.

³⁴ Recuérdese sobre todo la sucesión de expresiones de GOMEZ DE LA SERNA (nn. 6-8). Y ya se ha observado (M. PESET, *La primera codificación liberal en España*, p. 133, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, 1, pp. 125-157) que, en los *Elementos del Derecho civil y penal de España* del mismo GOMEZ DE LA SERNA y de Juan Manuel MONTALVAN, entraría, mediado el siglo, dicha explicación, por la presencia de la „famosa Escuela Histórica alemana“, de la que no había en cambio trazas en sus primeras ediciones, de los años cuarenta. Mucha fama para tan pocos años, o poca causa para tanto efecto.

³⁵ Significada y apreciativamente, en base sobre todo al mismo Durán y Bas, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, que refunde las conclusiones de sus trabajos (n. 18) en *Diversidad de actitudes metodológicas, ante la historia y el derecho, de la Escuela Histórica alemana y jurídica catalana*, en sus *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid 1982, pp. 926-935.

³⁶ F. HERNANDEZ IGLESIAS, *Origen del derecho consuetudinario* (n. 10), p. 49, cuya posición como ya indicamos fue precisamente mostrenca.

sintiéndose en momentos significativamente movida a la reivindicación de la ley sobre la propia costumbre, la doctrina que se cree más vinculada a la escuela histórica no sabe aquí situarse y desenvolverse entre estos otros elementos³⁷. Evidentemente, como el ejemplo alemán que en estos casos se invoca, una doctrina de proyección histórica hubiera podido mediar en estas circunstancias, pero la cuestión sigue siendo que tal especie de doctrina brilla aquí tan sólo por su deficiencia.

3. *Una cita, la Escuela Filosófica*

Una posibilidad más fácilmente aun concebible que la de una escuela histórica lo era ciertamente la de una doctrina expuesta y desarrollada en directo conforme a los principios liberales propios de la codificación o a sus tendencias ya acogibles por la sociedad española de XIX tras el acontecimiento de la revolución, aun faltando todavía el mismo código civil que pudiera mejor sustentarla. La „Escuela Filosófica“ que, como vimos, se decía que imperaba antes de mediados de siglo, antes del fracaso del código, podía más directamente desenvolverse, aunque, como también se nos viene señalando, ya parece que esta posibilidad tendía aquí a consumirse en una confluencia con la misma „Escuela Histórica“ cuyos míseros resultados nos son conocidos³⁸.

Desde temprano, en todo caso, había interesado la afirmación más directa de una ciencia del derecho como doctrina, ante la política o junto a la legislación, pero tampoco se sabía, desde temprano, concebirla como tal doctrina sino en términos de pura conservación de autoridades y de tradiciones, sin capacidad de incidencia de cualquier signo sobre la misma forma política de creación legislativa del derecho que especialmente debía interesar al programa de la codificación³⁹. No faltarán reafirmaciones de la propia ley ante la misma tendencia historicista a primarse desmedidamente la costumbre⁴⁰,

³⁷ M. DURAN Y BAS, prólogo citado al Sistema de SAVIGNY (n. 20), I, pp. XXI-XXII.

³⁸ Ya es muy relativo aquí el imperio anterior de la „Escuela Filosófica“ (por mantenerle este apelativo que sólo adquiere sentido por el contraste ulterior de la autodenominada escuela histórica), o resulta la misma idea de su hegemonía un reflejo engañoso del efectivo acontecimiento de la revolución; aun deficiente, y no sólo por eludir las cuestiones jurídicas más sustantivas, interesa Antonio JARA ANDREU, *Derecho Natural y conflictos ideológicos en la Universidad española, 1750-1850*, Madrid 1977.

³⁹ J. F. PACHECO, Sobre la conveniencia de preferir en la Academia los estudios jurídicos a las tesis políticas, RGLJ, 13, 1858, pp. 333-342, dirigiéndose con toda su autoridad, pero con dicha incapacidad, a la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación.

⁴⁰ Antonio María FABIE, *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho*,

pero más difícilmente se sabrá en cambio afirmar la posición de la doctrina entre estos otros elementos en el campo del derecho o, más ampliamente, en el mismo terreno cultural⁴¹.

„La ciencia“ del derecho, a lo sumo, puede ir „poniendo de manifiesto los defectos y la inconveniencia de lo antiguo y preparando los ánimos“ así para un código sustancialmente ya formado⁴², mas no se le atribuyen, a dichos mismos efectos, tareas menos serviles. Puede hablarse de una „lenta y trabajosa elaboración de nuevas leyes e instituciones en medio de la atmósfera que las nuevas doctrinas formaban y de la lucha incesante que sostenían con las antiguas“⁴³, pero tomándose precisamente a la doctrina como el elemento dado o recibido y figurándose el conflicto del caso, para ella igual que para la ley, en unos términos bien primarios o políticamente reducidos. Esto es, sigue manifestándose la falta de entidad de la doctrina en su misma incapacidad para hacerse valer.

Y no se descubre nada nuevo; la misma experiencia ya se lo enseñara a los contados juristas que, avanzado el siglo, se interrogan más reflexivamente sobre su propia ciencia. „No tenemos escuela nacional en derecho; no seguimos sino a gran distancia el movimiento científico europeo; a la ciencia jurídica contemporánea no aportamos sino escasísimo contingente. Vacilamos entre diversas escuelas jurídicas, sin que ninguna haya adquirido carta de naturaleza... El tratado en que se expone metódicamente el derecho; la monografía en que se estudia de una manera original y profunda una institución legal; la historia en que se descubren los orígenes de cada una de ellas para comprenderlas en su sentido y apreciarlas en su influencia; la comparación científica e histórica entre la legislación patria y las extranjeras, o la de Castilla y las de las provincias forales; el libro en que se desenvuelve la nueva teoría; el opúsculo en que se hace su refutación con vasta erudición y profunda crítica, apenas si entran en la bibliografía española“; a la escuela

sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los Tribunales, Madrid 1885, p. 286, admitiendo la dialéctica de „leyes que determinen las costumbres“ frente al „círculo vicioso“ del postulado simplemente inverso, aquí no raramente defendido (n. 36).

⁴¹ Tampoco al menos lo supo P. GOMEZ DE LA SERNA, *Del estudio de la ciencia del derecho. Su naturaleza y elementos constitutivos*, RGLJ, 11, 1857, pp. 131-141, que se había pronunciado, en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, bajo otro título que aún menos respondía a su muy genérico contenido: ¿Cómo podrán los jurisconsultos españoles reclamar el puesto que en mejores días ocuparon en Europa?.

⁴² Referencia, del mismo GOMEZ DE LA SERNA, de nota 6.

⁴³ Bienvenido OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*, Madrid-Barcelona 1867, p. 156, explicando precisamente el curso de este proceso en la España del XIX.

histórica acompaña en una misma penuria la filosófica, resaltándose en fin la falta resultante de base cultural para una codificación española: „ni aun para el (derecho) de Castilla existe un trabajo doctrinal como el de Pothier“ que ya había cumplido más de un siglo en el caso de Francia⁴⁴.

Y los exégetas franceses del código parecen echarse menos en falta; su obra, ya por idioma, podía desde luego resultar más asequible que la de la escuela histórica alemana, pero, aun de hecho más directamente conocida, no es objeto de semejantes parabienes; al fin y al cabo, su esencia era la del código que constituía la piedra de la discordia, aunque también, entre las alternativas en juego, pudiera habersele aprovechado en beneficio de posiciones más resistentes al mismo código francés, que así no se hubieran visto reducidas a tradicionalismos locales⁴⁵. Pero ello igualmente exigía un dominio de esta ciencia que fallaba; la doctrina española del XIX parece comúnmente ignorar que una ciencia jurídica se desarrollaba en la Europa de su época ante los mismos problemas aquí disputados.

Mas cierta conciencia así existía en la misma doctrina acerca de su propio vacío, desde la cual aun podían imaginarse funciones en orden a la consecución del código: tanto para su „expresión técnica“ como para su „estructura“ debería „ponerse en contribución la ciencia“, pero de la sugerencia sigue sin pasarse. El mismo jurista que así se pronuncia, y con la idea precisamente de que la doctrina contribuya a la culminación del proceso codificador en España de la forma menos lesiva para la personalidad de sus regiones, está

⁴⁴ M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), pp. XLV y LVII, agregando que no pueden desde luego cubrir el vacío obras poco más que descriptivas como la de José ALONSO para Navarra (*Recopilación y comentario de los fueros y leyes del antiguo reino de Navarra que han quedado vigentes después de la modificación hecha por ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, Madrid 1848), la de Pedro Nolasco VIVES y CEBRIA para Cataluña (*Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña*, Barcelona 1862-1864) o incluso la de Benito GUTIERREZ sobre base castellana para el conjunto de España (*Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid 1862-1874). Por su parte, la obra de POTHIER quiso realmente aprovecharse en la España del XIX: Obras escogidas de Pothier con notas de derecho patrio, Madrid 1840-1884 (sus tratados sobre obligaciones, compraventa, arrendamiento, prenda, propiedad, posesión, prescripción, matrimonio y beneficencia), pero su influencia está todavía por estudiar.

⁴⁵ En la obra de la exégesis no dejaron de reflejarse las alternativas del caso, aunque sólo fuera por las debidas referencias a los debates habidos con vistas al código, que no dejaban de constar por pasar a notas o a prólogo; así, para cuestiones que aquí especialmente se discutían en clave foral, Raymond TROP LONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*, ed. París 1872, I, pp. IV-CXXIV, pero la obra que aquí entonces se traduce de TROP LONG es *De la influencia del cristianismo en el Derecho civil de los romanos*, Madrid 1851.

prestándose a otros procedimientos más expeditivos, habiéndose puesto realmente por su impulso manos a la obra⁴⁶.

La contribución de la doctrina al código que no se daba en clave histórica, tampoco se produce realmente de otra forma. Las cosas quisieron forzarse: una comisión no parlamentaria de codificación convoca a juristas de las diversas regiones de fuero para el estudio de su mejor integración en un mismo derecho español⁴⁷, pero en ella ya se nota la inadecuación del procedimiento para el propio objetivo que se persigue, dada su misma incompetencia formal y material; sus eventuales acuerdos siguen esencialmente constituyendo decisiones políticas, carentes no sólo de una autoridad de por sí legislativa, sino también de un respaldo doctrinal difícil realmente de construir en estas condiciones más perentorias de trabajo⁴⁸. El resultado lo dirá todo; como ya dijimos, no se logró propiamente el código español, sino que se improvisó finalmente una fórmula de compromiso que suponía el establecimiento de un código prácticamente tan sólo castellano y la persistencia en las respectivas regiones de „la gran dificultad“ del tracto histórico de sus fueros. Más que de dejación de las instituciones políticas, o además de ello por la inhibición del parlamento que todo esto acusaba, seguía tratándose de la más elemental falta de dominio de su propia materia por parte de la doctrina.

No faltaron tampoco a lo largo del XIX posiciones de exigencia del código con menores miramientos para la doctrina y para la historia, o con mayor confianza en el acto legislativo que constitucionalmente habría de bastar para establecerlo. Tal era, según ya constatamos, la idea originaria, tras el ejemplo francés, de la propia revolución, pero, pasada su oportunidad y a medida que su momento se alejaba, había ciertamente perdido predicamento. Podrá insistirse en que, tanto como „la revolución española“, la misma „ciencia jurídica“, por su „filosofía“ o por el „Derecho natural“, reclamaba imperativamente el código, sin otras contemplaciones doctrinales o históricas, pero ya se daba la sensación de que el recurso más autoritario

⁴⁶ M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), p. XLVIII, y lo que ahora recordaremos al respecto.

⁴⁷ De la noticia de este esfuerzo, aunque no ya de su fracaso que querría luego disimular, se ocupó especialmente su principal mentor político: M. ALONSO MARTINEZ, *El Código civil y las legislaciones forales* (n. 13), y de cuyo mismo impulso resultara, entre otras, la Memoria de DURAN Y BAS que venimos citando (n. 23). Pero ni siquiera estos momentos de intervención doctrinal en forma política están realmente estudiados.

⁴⁸ Al menos manifiesta cierta conciencia de estos obstáculos el propio M. ALONSO MARTINEZ, *El Código civil y las legislaciones forales* (n. 13), I, pp. 17-18, 150 y 254.

a la ley constituyente intentaba también compensar el fallo de una cultura⁴⁹. La propia constancia de la debilidad de la doctrina de inspiración más directamente liberal o de su ya probada incapacidad para ejercer una hegemonía cultural que fuera más orgánicamente integrando el ordenamiento jurídico a partir de los principios civiles que la misma revolución representara, recomendaría dicho recurso, en todo caso aquí también frustrado. Un código más constituyente o de autoridad legislativa indiferente a la doctrinal, había de aparecer al propio liberalismo como aquel „remedio heroico“ que ya se nos había dicho⁵⁰.

Con la propia deficiencia de una cultura jurídica a la altura de la época, o también con la de un código que pudiera servirle de base de despegue, sigue más generalmente faltando el desarrollo del liberalismo en el mismo campo esencial del derecho civil o, dicho de otra forma, el establecimiento más consecuente del racionalismo en su ámbito, por aquí perdido en su mismo intento de conciliación con la historia. Tal vez no sea de extrañar que en España su recuperación llegue a través de la pura filosofía; mas en concreto, durante la segunda mitad del siglo pero desenvolviéndose dificultosamente y sin alcanzar a influir en la codificación, realmente se produjo su definitiva recepción a través de la versión corregida del mismo racionalismo jurídico que representara la escuela krausista. Su significación para la doctrina más positiva hubo de detectarse ya en la época⁵¹; luego, también ha sabido verse el sentido genéricamente liberal de esta corriente que se remite a Krause en el caso español⁵², pero no todavía exactamente su transcendencia como introductora en el ámbito más sustantivo del derecho civil de la composición propiamente racionalista que ha venido hasta el momento fallando. Y es además, ya en las postrimerías del siglo, en estos medios donde comienza

⁴⁹ Exposición de motivos y título preliminar del proyecto de código civil de 1869, en *Crónica de la Codificación española* (ed. J. F. LASSO GAITE), IV-II, Madrid 1980, pp. 497-506, que es la última ocasión, también como tal por estudiar, en que el procedimiento se intentara, fracasándose. Pero tanto éste como el ulterior ya aludido de la representación foral, sólo interesan aquí en su significación de principio doctrinal.

⁵⁰ Referencia de nota 10.

⁵¹ A. M. FABIE, Estado actual de la ciencia del derecho, p. 12, en *RGLJ*, 54, 1879, pp. 5-20; *Disertaciones jurídicas* (n. 40), pp. 106 y 256.

⁵² Así, Elías DIAZ, *La filosofía moral del krausismo español*, Madrid 1973; J. J. GIL CREMADES, *Krausistas y liberales*, Madrid 1975; menos, J. M. SCHOLZ, *Krausistische Staatskritik in der spanischen „Restauración“*, en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1982, pp. 323-348. Pero falta sobre todo una visión general del liberalismo español donde mejor situarnos.

realmente a aprovecharse, y más por su aliento sistemático que por el histórico, la misma obra fundamental de Savigny⁵³.

Y este liberalismo civil tiende efectivamente a despegarse del complejo historicista, con su misma obsesión por el asunto foral, que viene aquejando a la doctrina española; en su obra ya no es problema „la gran dificultad“, pese también a su misma persistencia al no habersele superado mediante la codificación. Pero tampoco ello significa que esta corriente se desentienda de la historia ni, más concretamente, de la cuestión de las diversidades regionales con toda su efectiva dimensión pretérita; muy al contrario, en ella se incuba una interesante historia jurídica, y una historia que precisamente no depende de los planteamientos metodológicos de la escuela histórica ni deriva de ninguna de sus versiones aquí brotadas al calor de la problemática foral.

La doctrina liberal que así acude a la historia lo hace por cuidar más exactamente su distinción, planteando entonces, no su misma elaboración sobre supuestos de proyección o de fusión histórica, sino su ubicación, explanamiento y comprensión a partir del conocimiento de las propias coordenadas de la formación y establecimiento de sus mismos principios racionalistas o civilmente liberales, con todo más claramente cuanto menos postulados. Como historia, su autoridad más justamente sería, no la de Savigny, sino la de Laboulaye, bien que la del primero no haya luego de faltar en el preciso momento de la construcción final del sistema contemporáneo⁵⁴. Es así también una escuela filosófica, y no el fantasma de la histórica, la que toma cuerpo, aunque sea ya declinando el siglo.

⁵³ Véase ya la referencia de nota 20, notándose ello sobre todo a partir de Felipe SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e historia de la legislación española, Madrid 1889-1895. Y véase, entonces, la nota de Rafael UREÑA a la traducción de Pietro GOGGIOLO, Estudios acerca de la evolución del derecho privado, Madrid 1898, p. 142, y, ahora, J. J. GIL CREMADES, El pensamiento jurídico de la España de la Restauración, pp. 74-76, en AA. VV., La Restauración de la Monarquía y la España de la Restauración, Madrid 1978, pp. 55-103.

⁵⁴ Destacando Gumersindo de AZCARATE, Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa, Madrid 1879-1883, que, por una parte, no deja efectivamente de aprovechar la obra más doctrinal de SAVIGNY en su tomo III más constructivo, pero que, de otra, en su parte histórica responde también mejor al manifiesto de Edouard LABOULAYE, De la méthode historique en Jurisprudence et de son avenir, in Revue Historique de Droit français et étranger, 1, 1855, pp. 1-23, bien que produciéndose la confusión entre ambas posiciones entonces ya usual y ya alimentada por la misma obra aquí traducida del propio LABOULAYE, Historia del derecho de propiedad en Europa, Madrid 1845, pp. VII-XXIX para lo que decimos.

4. *¿Y la Ciencia del Derecho?*

Ha transcurrido el siglo sin un desenvolvimiento de la doctrina jurídica que se reputara entonces como ciencia, sólo anunciado en sus postrimerías. ¿No hubo así, entonces, ciencia del derecho? Tampoco exactamente. El derecho se debate y del derecho se trata, sólo que no predominantemente bajo el prisma de tal concepción doctrinal de la ciencia jurídica que hasta más tarde aquí realmente no se impondrá. El horizonte estaba abierto; ni el imperio legislativo de un código civil ni la imposición cultural de alguna escuela habían venido todavía a clausurarlo. Más que una doctrina, y aparte desde luego las labores más serviles que no pueden mínimamente reclamar una calificación científica⁵⁵, encontramos a lo largo del XIX español un debate de argumento sociológico acerca del derecho. Una ciencia de este objeto, por la misma entidad de las cuestiones pendientes, podía aun entonces perfilarse como una empresa más amplia de conocimiento social, o con unas posibilidades que mejor podrían merecer tal vez el calificativo de ciencia.

„La gran dificultad“ se trató al menos generalmente desde estas otras perspectivas; antes, por ejemplo, que la naturaleza de la sucesión forzosa o el régimen de las cuotas legitimarias, podía aun discutirse su misma admisibilidad: y esta discusión conducía a la de su incidencia económica y social; más incluso, para la temática foral, que el dictado de la respectiva tradición histórica, interesaba el esclarecimiento del juego de los diversos sistemas sucesorios en la propia sociedad o en el modelo que más en general se representara de la economía contemporánea: si la libertad de testar fomenta la producción agraria, el comercio o la industria; si la legítima larga produce efectos realmente contrarios; qué relación sociológica en fin guardan las distintas formas constitutivas de las instituciones civiles con la estructura y la dinámica de la sociedad ulterior a la revolución liberal. Francia e Inglaterra, tanto como Castilla y Cataluña, podían ofrecer los datos del contraste sociológico⁵⁶.

⁵⁵ No digo que carezca de interés la obra más subalterna de los juristas pragmáticos (así las cosas, con creces lo tiene, quién duda que mayor), sino tan sólo que no entra en la actual cuestión. Intenta también introducirse en esta otra vertiente de la doctrina M. PESET, *Derecho y propiedad en la España liberal*, en Quaderni Fiorentini (per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno), 5-6, 1976-1977, I, pp. 463-507.

⁵⁶ Una panorámica de este concreto debate durante el XIX ha ofrecido, aun más escasa y discutible para los extremos que aquí interesan, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, pp. 11-38, en *Anuario del Derecho Civil*, 19-1, 1966, pp. 3-44, levemente aligerado en *Limitaciones de derecho sucesorio a la libertad de disponer*, I. Las legítimas, Madrid 1974, tomo I, pp. 24-49.

Y si hay una autoridad de más constante presencia en el debate de este género de cuestiones entre los mismos juristas, ésta es la de Le Play, o la de la monumental encuesta sociológica que éste dirigiera con particular interés por la familia y la propiedad, con su punto de intersección en el derecho sucesorio⁵⁷. Aparte las implicaciones ideológicamente más conservadoras de tal autoridad, cabe realmente apreciar su significación potencialmente científica, con este acercamiento de la materia jurídica a una sociología no meramente especulativa, o a la primera sociología de cierta entidad empírica, así mantenido por la propia doctrina española del derecho a lo largo del siglo XIX. Aparte también presupuestos y objetivos políticos, más bien divergentes, la mejor historia de interés jurídico que hemos encontrado apunta científicamente, en la línea de Laboulaye y no de Savigny, en una dirección ciertamente no muy diversa⁵⁸.

Pero esto no pasa tampoco de ser una simple posibilidad poco o mal actuada. Por sí mismos, entonces, durante el XIX, pese a las mismas condiciones, los juristas españoles no progresan en este campo de una economía sociológica interesante al propio derecho; por sí misma, la sociología es en sus manos, pese a todo, un recurso ideológico y no una posibilidad científica; es argumento, y no método. Y la economía más teórica, con su significación más netamente liberal en el mismo campo del derecho civil, se conectaba a

⁵⁷ Fréderick LE PLAY, *Les ouvriers européens. Etudes sur les travaux, la vie domestique et le condition morale des populations ouvrières de l'Europe, précédées d'un exposé de la méthode d'observation* (1855), Tours 1877-1879 (ed. amplada, en sus *Œuvres complètes touchant la Science Sociale fondée sur l'expérience*), I, pp. 188-191, y IV, pp. 247-335 y 485-494, ya confrontando lo que entendía como virtudes de las zonas catalanas y vascas españolas de derecho foral con las correspondientes francesas sometidas a código, o aún, en éstas, las áreas en las que podían resistir costumbres históricas, como en el Bearn, con aquellas donde ya había arraigado el derecho napolónico, como el Labourd en el mismo país vasco. Ya traduce algunos de sus pasajes Joaquín CADAFALECH, *Necesidad de la libertad de testar*. Recopilación de varios escritos e ideas sobre la materia, Barcelona 1859; bastante más tardía, y realizada en su propio círculo, será la versión de una de sus obras más manejable y polémica: *La organización del trabajo según la consuetud de los talleres y la ley del Decálogo*, Tours 1895, pero sus escritos se conocen y alegan directamente a lo largo del siglo. Los presenta precisamente como culminación del propio método de Savigny o de la „Escuela Histórica del Derecho“ Luis PIDAL Y MON, *Del método de observación en la ciencia social. Le Play y su escuela*, Madrid 1887 (y en el volumen IV de los *Discursos de Recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas*), p. 7.

⁵⁸ Resulta éste al menos el caso de AZCARATE (n. 54), quien no fue ajeno a la gestación de una sociología jurídica en España (nn. 52 y 65-68). No es tema, como tantos otros, que aquí quepa cumplidamente tratar, ni que haya recibido entre nosotros la atención que merece y aquí interesaría, aun existiendo más de un estudio sobre los orígenes de la sociología española o sobre el positivismo en la cultura jurídica de esta época (positivismo empírico, no normativo).

su vez con el racionalismo jurídico que, como hemos visto, también tardó propiamente en desarrollarse⁵⁹.

La doctrina del derecho no se encerraba ciertamente en sí misma, pero tampoco se embarcaba realmente en otros proyectos de más amplio radio, o no se hacía tampoco cargo de otras posibilidades científicas. La incapacidad mediadora de la misma doctrina a lo largo del siglo también derivaría de su insolvencia en el campo sociológico, de que no supiera por sí salir de la más primaria conversión de sus postulados de política del derecho en simples presunciones científicas. Y no dejó de manifestarse entonces cierta conciencia del carácter falaz de sus mismas imputaciones sociológicas: „Sería menester demostrar de una manera evidente“ que, por ejemplo, „no puede haber industria fabril sino en los países que tienen libertad de testar y que el fenómeno se produce inversamente en las naciones en que rige la legislación opuesta“ característica del código, pero „como esto no es posible hacerlo en materia de ciencias y de hechos sociales, resulta que tenemos que limitarnos a meras inferencias“⁶⁰.

En el debate más cercano al mismo código, podía de una parte encarecerse, con referencia al tratamiento de los derechos forales, que „es menester también no entregarse a la fantasía y sobre todo no confundir sus caprichosas creaciones con los fenómenos o datos de la realidad“, cuestionándose así la imputación de „los progresos de su agricultura y de su industria“ de las regiones forales a sus regímenes de más amplio margen de sucesión voluntaria⁶¹, aunque también de otra parte se podía ya ser más prudente y sugerirse tan sólo alguna especie de relación: „Si no quiere atribuirse a la legislación civil de Cataluña influencia directa en este aspecto“ de la prosperidad social, „¿podrá negarse a lo menos que es compatible esta legislación con las influencias que determinan ese estado?“⁶².

En todo caso, aun ya menos categórica, no se salía de una sociología mera-

⁵⁹ Ya, para el mismo debate jurídico en materia de sucesiones, Andrés BORREGO, *Principios de Economía Política*, Madrid 1844, p. 152, o. J. CADAFALECH, *Necesidad de la libertad de testar* (n. 57), pp. 41-42, traduciendo un pasaje de los *Principios de Economía Política* de STUART MILL; podrá invocar a otros economistas liberales el mismo CADAFALECH, ¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?, Madrid 1862, pp. 51-54 y 170-173, pero la posición no se desenvuelve.

⁶⁰ A. M. FABIE, *Disertaciones jurídicas* (n. 40), p. 284.

⁶¹ M. ALONSO MARTINEZ, *El Código civil y las legislaciones forales* (n. 13), I, p. 121.

⁶² M. DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña* (n. 23), p. CI. Y conviene advertir que el término de legislación sigue para el caso refiriéndose a derecho de tradición histórica, y no de creación contemporánea.

mente presuntiva; tales cautelas también eran índice de que la propia doctrina no había progresado en dicha dirección analítica de la incidencia social de instituciones como las sucesorias, o de que ni siquiera, si no se descendía ya a una investigación empírica, había propiamente reflexionado, pese al mismo largo debate, sobre los factores institucionales concurrentes que podían hacerles económicamente operar de modo diversificado. No se profundiza mínimamente, por seguir con el ejemplo, en el problema de las condiciones bajo las que un régimen de libertad de testar podía servir para apuntalar una familia de tipo patriarcal reforzando con la disposición sucesoria la patria potestad, como algunos perseguían frente a los propios efectos de las medidas desvinculadoras de la revolución, o para promocionar en cambio la autonomía personal de sus individuos mayores de edad produciendo la disolución de cualquier principio de propiedad familiar, según otros entendían que era exigencia de la revolución y conveniencia de la sociedad liberal⁶³. El funcionamiento sociológico en uno u otro sentido de la institución se discute, pero menos se investiga: más bien se presume. Una sociología institucional, antes que una doctrina jurídica, era para los propios juristas el terreno del debate social constituyente, pero no, propiamente, el método conforme al cual éste se desarrollara o la ciencia que pudiera entonces esclarecerlo.

Pero tampoco hay que despreciar el mismo dato de que, aun con tan radical deficiencia, la doctrina se mantenga a todo lo largo del siglo abierta a una problemática de economía social. En sus postrimerías podrán repetirse unas mismas presunciones: „Con la división forzosa es imposible la conservación de los establecimientos mercantiles, de esas fábricas o industrias o casas de comercio que, para que sean verdaderamente útiles, han de vivir más de una o de dos generaciones . . .“, pero también, y con todo ello, podrá igualmente

⁶³ La fundamentación racionalista de este concepto más liberal, que, como corolario de las mismas nociones básicas de persona y propiedad, podrá situarlo en la posición doctrinal indiferente de suyo a consideraciones de otra índole, sólo viene aquí precisamente con la escuela krausista (Francisco GINER DE LOS RIOS y Alfredo CALDERON, *Resumen de Filosofía del Derecho*, Madrid 1887, y en *Obras Completas del primero*, Madrid 1916-1928, vols. XIII-XIV, junto a la historia de la propiedad de AZCARATE, n. 54), aun entre algún equívoco sobre su efectiva procedencia al ser punto aportado por el anotador español, el mismo AZCARATE, a Heinrich AHRENS, *Enciclopedia jurídica o Exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado*, con notas y estudio de F. GINER DE LOS RIOS, G. de AZCARATE y Augusto G. LINARES, Madrid 1878-1880 (y, como vol. XXI de las *Obras Completas del primero*, F. GINER DE LOS RIOS y G. de AZCARATE, *Notas a la Enciclopedia Jurídica de Ahrens*, Madrid 1965, pp. 344-346). Durante el siglo, su misma ausencia, junto con la de un código que mantendría en cambio la opción de las legítimas largas, puede tener más abierto el debate sociológico entre los juristas.

conectarse con las tendencias sociológicas de intereses reformistas que realmente se difunden ahora por Europa en el mismo campo de la doctrina jurídica⁶⁴. Ahora podrá en fin afirmarse la observación sociológica como una verdadera alternativa científica a la par que política⁶⁵, y pueden ahora fructificar iniciativas de verdadera investigación sociológica de las instituciones jurídicas⁶⁶, destacando todavía la motivación foral a este propósito⁶⁷. „La gran dificultad“ no se ha superado a más de un efecto, pero esto ya desborda nuestro espacio; baste la indicación de que alguna relación ha de guardar con todo lo contemplado el fenómeno de la notable acogida de estas tendencias en la España del cambio de siglo.

Y algún peso aun habrán de tener los problemas detectados; en base sobre todo a la subsistencia de unos fueros regionales no reducidos a ley o en un estado social de libertad provisional, no se dejaba ahora tampoco de incidir en una reivindicación de la costumbre con desprecio, no sólo de la acción política de la ley, sino también de la labor cultural de la propia doctrina; mejor que a la misma escuela histórica, podía entenderse aplicable a esta tendencia sociológica el reproche de que suministrara argumentos a „todos los quietismos políticos imaginables“, pero sería también injusto reducir a esto su aportación⁶⁸. La presencia de esta escuela sociológica ya más consis-

⁶⁴ José de LIÑAN Y EGUIZABAL, *Estudios jurídicos: Libertad de testar; Soberanía del Papa; Historia del Derecho Español*, Madrid-Bilbao 1898, pp. 66 y 365-380, respecto al ambiguo movimiento de reforma que se calificaría de socialismo jurídico. Y el mismo F. HERNANDEZ IGLESIAS, *Derecho consuetudinario y codificación* (n. 10), p. 576.

⁶⁵ Rafael ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid 1890, prólogo de 1924 (*Obras completas. Serie jurídica y política*, VII, Madrid 1929, pp. 13-25), que no se reproduce en la última edición, de 1981; fue tesis dirigida y apadrinada por AZCARATE. Y del mismo ALTAMIRA, *El método positivo en el derecho civil*, en *La Nueva Ciencia Jurídica*, 1, 1891, pp. 268-275, y 2, 1982, pp. 81-90 y 129-136.

⁶⁶ Véase todavía R. UREÑA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español*, Madrid 1906, pp. 112-114; ahora, Diego NUÑEZ, *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, Madrid 1975, pp. 239-262; J. J. GIL CREMADES, *El pensamiento jurídico de la Restauración* (n. 53), pp. 65-71.

⁶⁷ Joaquín COSTA, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid 1880; el mismo pasa a dirigir desde 1896 una Sección de Derecho y Economía popular de la RGLJ, promocionando, conjuntamente con la Academia de Ciencias Morales y Políticas, una serie de investigaciones con la participación también entre otros de ALTAMIRA, las cuales, con su estudio ampliado sobre Aragón y otros materiales, luego se reunirán en *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, Barcelona 1902 (*Obras de Joaquín Costa*, II-III, Zaragoza 1981).

⁶⁸ El reproche en A. POSADA, prólogo a SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo* (n. 21), p. 14, autor que precisamente tampoco fue ajeno al arranque de una sociología menos dependiente de concepciones consuetudinarias del orden jurídico, aun más atenta también

tente habrá de resultar al menos bastante incómoda para la definitiva, y sólo posterior, afirmación de la dogmática de derecho privado en España, que querrá luego precisamente olvidar la cercana historia del imperio de la sociología en su mismo terreno y de sus más inmediatos orígenes filosóficos en una escuela además que, como la krausista, resultaba religiosamente poco ortodoxa, pero, como ya advertíamos, salimos con esto de nuestro espacio, o ya sería ésta otra historia, absolutamente por hacer⁶⁹.

¿Qué resulta de la nuestra? Ciertamente, „la gran dificultad“: el fenómeno foral que así se situara en la misma encrucijada del proyecto científico de la doctrina jurídica española, no encontraba fácilmente cabida entre los presupuestos imperantes y en ella bien asumidos de la ciencia del derecho como disciplina codificante, única forma de dicha ciencia que resultaba para ella concebible. Aparte intentos con todo marginados como el del mismo Le Play, la ciencia social, por propia estipulación, perseguía la unidad; aun habiendo de asomarse, por su misma resistencia, a la pluralidad, no se configuraba a su respecto sin más como ciencia, sino tan sólo respecto a aquellas evidencias que pudieran conectarse a sus propios postulados o reconducirse a la unidad; lo demás era observación, no entendimiento; curiosidad, no inteligencia; lo demás era indiferente al debate científico de la materia social⁷⁰. Los mismos juristas de preocupación foral no cuestionaban los presupuestos y el objetivo de la unidad, sino su forma de composición y el ritmo de su consecución⁷¹;

a la política legislativa que a la ciencia del derecho, en cuya misma línea se situaba AZCARATE, y aun igualmente estimándose, no sin cierto confusionismo, la labor del propio COSTA: FRANCISCO J. LAPORTA, Adolfo Posada. Política y sociología en la crisis de liberalismo español, Madrid 1974, pp. 265-268; y datos mal digeridos en Eusebio FERNÁNDEZ, Marxismo y positivismo en el socialismo español, Madrid 1981, pp. 71-102.

⁶⁹ Algunas otras indicaciones y referencias en B. CLAVERO, „La propiedad considerada como capital“: en los orígenes doctrinales del derecho actual español, pp. 528-548, en Quaderni Fiorentini, 5-6, 1976-1977, I, pp. 509-548, y prólogo a la reedición de Giuseppe SALVIOLI, El derecho civil y el proletariado, Sevilla 1979, pp. 9-44. El problema religioso en su misma implicación jurídica quedó conmovedoramente tratado en un escrito, aparecido anónimo, del propio AZCARATE, Minuta de un testamento, Madrid 1876 (reed. 1967): otro extremo que merecería estudio.

⁷⁰ B. CLAVERO, Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral, en El Código y el Fuero (n. 3), pp. 41-81.

⁷¹ Se percibe esto más fácilmente en la época, dada la radicalización posterior de la mitología foral ante la misma falta durante décadas de solución política del problema regional; así puede contrastarse, respecto al mismo debate de derecho sucesorio, la posición más pacífica, y más fidedigna, de B. OLIVER, Estudios sobre el Derecho de Cataluña (n. 43), pp. 87 y 153-164, y la crispación, con falseamiento de perspectivas, de Joaquín GIL BERGES, Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas, Zaragoza 1920: ahora no quiere verse

el propio nombre de Le Play ha corrido significativamente entre ellos como autoridad doctrinal, y no como modelo metodológico.

Dicho de otra forma, para el concepto de la propia doctrina no había entonces más ciencia que la que pudiera representar la llamada escuela filosófica, punto de partida realmente de sus mismas alternativas contemporáneas o sustrato común, más o menos reconocido, más o menos desdibujado, de toda la cultura jurídica del siglo tras la revolución. „La ciencia“ sin más, o „las ciencias morales y políticas“ en particular, se determinan entonces por „el criterio filosófico“, conforme a „los principios de Derecho natural“ de inferencia racionalista y consiguiente postulación universal, admitiéndose tan sólo „diferencias en el orden de su manifestación“ por circunstancias históricas o sociales que así no han de afectar a su propia entidad en cuanto que disciplina general⁷². Ya se nos dijo: aun habiéndose de partir en su caso de la historia, es „la filosofía“ la que en definitiva resuelve; la llamada escuela histórica podía modificar el orden de los factores, y parcialmente con ello el producto, pero no el método mismo de la operación⁷³.

La ciencia social, en derecho como en economía, respondía entonces constitutivamente a la política del código liberal, afectándole aquí unas mismas frustraciones. La entidad radicalmente preceptiva de tal especie de ciencia, o su identidad de mera técnica de una determinada política social en su sentido menos coyuntural o más constituyente, la hacen ser una disciplina tan necesaria, tras la revolución, como inadecuada, con unas deficiencias que comenzaban por el propio código, en la España del siglo XIX; con problemas semejantes, aun menos perentorios, podía también encontrarse una ciencia lingüística de análoga entidad entonces preceptiva y vocación constitutiva por la unidad, bajo una misma política promotora de todo un modelo social⁷⁴.

más historia durante el XIX que la de la confrontación entre un derecho castellano y, en estado de éxtasis, olvidado el mismo acontecimiento de la revolución, unos derechos regionales. La misma evidencia del objetivo codificador bien compartido queda arrinconada. Y véase aún la nota 75.

⁷² Estas expresiones en los muy elocuentes textos de referencia de nota 49.

⁷³ Referencia de nota 27.

⁷⁴ Compárese así la temática foral con el problema que abordan, interesándose precisamente por dicha coordenadas de una ciencia lingüística, Michel de CERTEAU, Dominique JULIA y Jacques REVEL, *Une politique de la langue. La Révolution française et les patois*, París 1975; y las propias resistencias lingüísticas ya las hacen sospechar de otra índole, poco atendidas por la imagen unitaria impuesta desde la misma revolución: Christian GRAS y Georges LIVET (eds.), *Régions et régionalisme en France (du XVIIIe siècle à nos jours)*, París 1977.

Sólo entre tales coordenadas parece que puede realmente comprenderse el singular destino en la España del XIX de la determinada ciencia jurídica que entonces se figurara: su empuje y su debilidad; la misma perspectiva foral ha debido doblegarse a su forma militante de percepción, pero no ha sabido tampoco conformar a su luz su materia: fallaba también su cultura⁷⁵. Fallaba la formación cultural precisa para la promoción, no de un conocimiento, sino de una disciplina social: para la propia doctrina, con todo su abanico de tendencias, de las más especulativas a las más sociologizantes, la ciencia en rigor no ha entrado siquiera en juego.

⁷⁵ Que el empeño fracasase no implica que fuese infactible; no era éste el caso alemán, de revolución más retardada y sin el punto de partida de un imperativo codificador como reflejo constitucional y cultural de una unidad política, ni tampoco el caso francés, ya con una codificación ante la que toda resistencia había de reputarse como indiferente al derecho; aquí, más o menos intermediamente, a las mismas resistencias al código podía todavía deparárseles un valor normativo y, sobre todo, doctrinalmente habilitárseles como una alternativa en el seno del propio proceso codificador. La misma doctrina de fuentes no era tampoco por ello, y con su eventual énfasis en la costumbre (nn. 36 y 37), sustancialmente ajena al principio legislativo propio de la codificación, bien que, aplazado el mismo código, todo — más que la ley incluso histórica — podía figurarse legislación (n. 62) o todo — y más que nada la costumbre — tender a serlo (n. 40), cabiéndole aquí entonces efectivamente mediar a la doctrina. Dicho de otra forma, el derecho foral — historia — se entendía ya desde luego condenado a ser ley actual reducida a sistema — código —, pudiendo todavía en diversa medida determinarse por institución política o por evidencia sociológica, pero en todo caso, dado el mismo planteamiento, con la necesaria mediación de la doctrina: y aquí su fracaso. Sus figuraciones nos han conducido al menos a la cuestión: ésta no podrá analizarse a espaldas de la propia percepción de la inteligencia de la época; se confundirían en otro caso fenómenos como el del hecho consuetudinario en Francia (nn. 57 y 74) con el del derecho foral en España: una mera sociología explicaría bastante menos que dicha misma imaginación.