

Influjo de la Revolución francesa en el Derecho Civil. Su incidencia en la codificación española

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. Una de tantas pseudo visiones tópicas y simplistas que deforman la realidad es la que contempla toda la polémica de nuestra codificación civil con unos lentes que le muestran dos posiciones antagónicas: la de una escuela filosófica francesa y la de otra escuela histórica alemana.

Cierto es que existen dos grandes concepciones del derecho privado totalmente contrapuestas.

— Una que lo considera un producto de la historia viva, activa, en permanente adecuación, que, sin perder el alimento nutricio que le proporcionan sus raíces, elabora constantemente el pueblo, guiado por sus juristas prácticos, orientándose estos con la labor de sus predecesores, y por lo textos en que la experiencia jurídica está escrita, en especial los del *Corpus iuris* romano, y aquilatados por nuevas respuestas, resoluciones y sentencias.

Así el derecho es contemplado como adecuación de la sociedad civil al orden de las cosas en las distintas circunstancias históricas; que se elabora en su interior, como las abejas sus panales; y en la cual solo en casos necesarios debe intervenir el poder político, dando el conveniente golpe de timón.

En esa concepción se conciben las compilaciones abiertas como una obra que orienta y ayuda o acota y rectifica la labor de los juristas.

— La otra, por el contrario, concibe la ley positiva como una fuente exterior que suministra todo el derecho a la sociedad, emanante del Estado como elemento rector suyo, que la estructura como sociedad civil y la reglamenta. Su contenido es elaborado por el poder político soberano, creador de una legislación racionalmente concebida por el legislador y ordenada coactivamente. Este contempla la sociedad como la materia que él debe ordenar, situándose por encima de ella, en un plano superior, tal como nuestra mente, la *res cogitans* cartesiana, se sitúa fuera y por encima de las cosas, la *res extensa*, objeto inerte de sus cálculos racionales y configuración.

Sin embargo ni la primera concepción ha sido de monopolio alemán, ni la segunda solo francesa. Tampoco tuvieron a España como único campo e bartalla, donde cruzar sus espadas fuera de las fronteras originarias. Tanto en Francia como en Alemania coexistieron las dos corrientes, que tuvieron en España raíces propias unas tradicionales y otra incubadas por la Ilustración, bastante antes de la Revolución francesa, y, tanto más del inicio de la polémica que desencadenó Thibaut, en Heidelberg, y en la que irrumpió Savigny desde Berlín.

2. A fin de comprobar ese ámbito generalizado de ambas posiciones basta contrastar lo que, en el segundo cuarto del siglo XVIII, expuso Montesquieu, contraponiéndolo con la tendencia ilustrada, surgida de la racionalista Escuela del derecho natural y de gentes y de la operatividad de los pactistas. Simplificadas, ambas, las vemos confluir en el pensamiento de Juan-Jacobo Rousseau.

a) Partiendo de la visión nominalista de un mundo en el cual no existen sino cosas singulares, ni se prohíbe nada por ser malo, sino que es malo por estar prohibido —en la visión de Ockam—, o en la perspectiva de un hombre con su razón tarada para las cosas superiores del espíritu, debido a su pecado original —según predicaba Lutero—, resultaba la paradoja de que, el hombre, considerado incapaz de conocer el mundo, llegaría a considerarse capaz de enseñorarse de él, como de una cosa propia, inerte, para, con su razón y con su voluntad, construirlo a su guisa.

Hugo Grocio declaró que la ley natural «no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiera —lo que no se puede admitir sin el máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos». Lo cual —como recordaba Federico de Castro «abría la puerta a las construcciones racionalistas desconectadas de la ley eterna».

Esa razón se fundaba —según Descartes— en el fulgor de la idea, el *cogito*, que supondría el acto de voluntad de escoger la idea que motivara más al sujeto, para que éste, descendiendo silogísticamente de ella, fuera capaz de elaborar un derecho perfecto aplicable a todos los hombres, sin distinción entre ellos ni de circunstancias de tiempo ni lugar ¡Con una perspectiva tan perfecta, clara y sencilla, era natural la pretensión de abolir toda la complejidad del derecho existente entreligado en el curso de la historia, y cambiarlo por unos códigos que expresarán las normas claras y simples formuladas racionalmente por ellos!.

Pero con sus nuevas luces, quienes creían haberlas alcanzado, no podían contentarse con regular jurídicamente la vida social de los hombres. ¿Porqué no reconstruir la sociedad civil y política de arriba abajo?.

Sir Francis Bacon propondría el empleo del método analítico sintético que, en las ciencias humanas, procedería como con la física

en las naturales. Se analizó al hombre, reduciéndolo a ser aislado y abstracto, asocial, y se le transportó imaginariamente a sus orígenes; así disecado, se extrajo lo que se estimó su esencia —el instinto de conservación y, en especial, el temor a la muerte violenta, para Hobbes, o el deseo de bienestar, según Locke—; y tomando esa esencia como fundamento, se trató de construir la sociedad civil por el poder político-dimanante del mítico contrato social, a la que le impondría sus leyes para estructurarla. Así surge Leviathan, de quien emana todo el derecho, que lo rige todo.

Si cuanto había configurado la historia era malo, y no estaba de acuerdo con esas construcciones mentales, tan perfectas teóricamente, debía destruirse todo lo traído por la historia.

Así Rousseau, que había aprendido de los filósofos que el hombre era libre y naturalmente bueno —conforme el mito del *buen salvaje*—, lo veía por doquier lleno de cadenas, forjadas en la historia, por la opresión que se había iniciado —según su hipótesis— con la apropiación de las tierras.

Para ver las cosas claras, en el *préface* de su *Discours de l'inégalité parmi les hommes*, propuso: «Comencemos por descartar todos los hechos pues nada tienen que ver con la cuestión». A su parecer, no debía operarse «sino solamente por razonamientos hipotéticos y condicionales». «parecidos a los que hacen todos los días nuestros físicos acerca de la formación del mundo».

En lugar de buscarse el conocimiento ontológico del ser y su orden, se elegía la esencia —al gusto de cada experimentador— básica para construir el mundo, o al menos la sociedad. El ginebrino entronizará así Leviathan en la *voluntad general*, fuente de toda ley y, de ahí, de todos los derechos.

b) Montesquieu había sido uno de los pocos autores de su tiempo que constituyeron la excepción, por su rechazo tanto del mito del contrato social como del empleo del método deductivo propugnado por la Escuela del derecho natural y de gentes.

Frente a ésta tuvo una concepción ontológica de la naturaleza de las cosas y estimó consecuentemente, que las leyes naturales son «las relaciones necesarias» derivadas de ella (E.L. 1,1,1). El hombre «como ser inteligente, viola sin cesar las leyes que ha establecido Dios y cambia las establecidas por él mismo», ya que «es un ser limitado, sujeto a la ignorancia y al error, como todas las inteligencias finitas; los débiles conocimientos que tiene los pierde incluso; como criatura sensible está sujeto a mil errores» (ibid, *in fine*). Por eso, entendía que una de las finalidades de las leyes humanas, es la de «anunciar las órdenes de la razón —que rige el mundo— a quienes no pueden recibirlas de ella de modo inmediato» (M.P. 208).

Sin olvidar nunca que una cosa «no es justa porque sea ley, sino que debe ser ley porque es justa» (M.P. 1.906).

Por esto, esas leyes no deben ser producto del capricho ni de la

fantasía de los legisladores humanos (E.L. pref. 3), sino guardar conformidad a la naturaleza de las cosas (ibid 6); para lo cual, se deben tener en cuenta una gran cantidad de datos, algunos contradictorios entre sí (E.L. 1, 3, 12 a 14).

Además, desde la perspectiva en que la contemplaba, la ley humana no gobierna como soberna las sociedades humanas, sino que constituye una de las «diversas cosas que gobiernan a los hombre» y que él mismo enumera: «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos; de ahí se forma el espíritu general resultante. A medida que, en cada nación una de estas causas actúa con más fuerza, las otras ceden anten ella». (E.L. 19, 4, 1 y 2, inc. 1).

De ahí que las leyes humanas no tan solo no están por encima del espíritu general, actuando sobre él desde el poder para regir todas las cosas, sino que solo actúan desde dentro, al mismo nivel que las demás; sin que puedan ni deban hacerlo sino del modo y en su medida adecuados. Así:

1.º Ocupan un lugar junto a las costumbres y a los hábitos sociales, y no por encima de ellos. Incluso —estimaba— que las costumbres se atienden más al espíritu general (E.L. 19, 12, 2); y, por eso, como así mismo los hábitos sociales, «no deben cambiarse por las leyes, sino por otras costumbres y otros hábitos», promoviendo mediante los ejemplos (E.L. 19, 14, y 3). Es más, la mejor defensa contra el despotismo, que aún observaba en la mayor parte de los países de Europa, consistía en que aún estaban gobernados por las costumbres (E.L. 8, 8, 2).

2.º «Deben [las leyes] ser de tal modo apropiadas al pueblo para el que han sido hechas, que las de una nación solo por un extraordinario azar pueden convenir a otra» (E.L. 1, 3, 12).

3.º «Hay que cuidar que las leyes sean concebidas de modo tal que no choquen con la naturaleza de las cosas» (E.L. 19, 16, inc. 2.º).

4.º Hay que esclarecer la historia por la leyes y las leyes por la historia» (E.L. 31, 2, *in fine*).

5.º La ley, como la política, solo es útil empleándola adecuadamente, como una «lima sorda», con costancia hacia su fin (E.L. 14, 13, 7, inc. 1).

3. La ideología triunfante en la Revolución francesa propugaba la uniformización y simplificación del derecho. Esta fue una de las principales preocupaciones de sus Asambleas legislativas. A ese fin, en el Decreto de 21 de agosto de 1.790, La Asamblea constituyente adoptó el acuerdo formar un Código general de leyes simples y claras. La Constitución de 1.791, ordenó «*qu'il sera fait un code des lois civiles communes a tout le royaume*» y, análogamente el art. 85 de la Constitución de 1793.

Se trataba de dar cauce a dos preocupaciones que debemos diferenciar.

— Una política, a tono con el nuevo concepto de nación que se estaba cosfigurando, requirente de una misma lengua y un mismo derecho, acorde con el principio de las nacionalidades que entonces se acuñaba y exigía para cada nación un Estado, cuyo concepto moderno se estaba formando también.

— Y otra, teóricamente muy práctica, de que todo estuviera regulado por leyes sencillas y claras.

Conviene deternos unos instantes en ambos aspectos.

a) Frente a la idea del *unum Imperii* que, en los siglos XI y XII, trató de imponer el derecho romano *ratione Imperii*, se impuso en la Cristiandad desde el siglo XIII, la idea de la *unidad en la pluralidad*, en la cual encajaba el *ius commune* —derecho romano desformalizado y templado, por el canónico, y adecuado a las nuevas circunstancias, por los autores— que se aplicaba supletóriamente a los derechos reales territoriales y a los estatutos municipales, solo *imperii ratione*, es decir, como buena razón escrita

Esto dotaba a Europa de un fondo jurídico común, facilitado porque los autores escribían en latín, y, de ahí, que se citaran indistintamente entre sí italianos, franceses, españoles, alemanes, sin mengua de las más diversas peculiaridades, escritas o consuetudinarias, que coexistían y se vivían en los distintos países y lugares. No se pensó que esto atentara a la conveniente unidad, que debía basarse en una fé común y en una razón humana realista que, en materia jurídica, se concretaba en el *ius commune*, practicado *mos italicus*.

Pero los elementos unitivos, religioso, filosófico y jurídico, se debilitaron, respectivamente por la Reforma protestante, por el nominalismo y por el renacentismo. Este, de una parte, en la obra de los comentaristas no vió su labor de configuración del derecho romano a las nuevas realidades, sino solamente sus defectos filológicos y su apartamiento de la jurisprudencia clásica. Y, de otra, frente al realismo iusnaturalista tradicional, basado en la naturaleza de las cosas, oponía un racionalismo de nuevo cuño, del cual surgía otro tipo de derecho natural, idealista y abstracto, aplicable a todos los hombres en cualesquiera tiempos, lugares y circunstancias.

Combinándose esto con la nueva concepción nacionalista y con la gestación del Estado moderno, tendería a romperse la unidad en la diversidad, católica y tradicional, que era compatible con una gran variedad de cuerpos intermedios y con las peculiaridades jurídicas de cualquier ámbito y tipo, que se trocarían por una compartimentación política en Estados-naciones, cada uno con la aspiración de forjar su propia unidad jurídica, en contraste con la tendencia, también nueva, de tomar el recién formulado derecho natural, idealista y racionalista, como modelo, traducible en Código por el respectivo Estado,

aun con la creencia de que era aplicable a todos los hombres, sin distinción en cualquier lugar y tiempo.

De ahí, las tendencias contrapuestas de fragmentar el derecho común en derechos nacionales, y de unificar el derecho de cada Estado en un solo derecho nacional, que, desde los albores de la Edad moderna, venían incubándose. De una parte, esta orientación la vemos reflejada en las normas que los reyes y sus consejos dictaban respecto de la enseñanza del derecho en las universidades (en España, cfr. los Autos acordados del Consejo de Castilla de 1.709 y 1.713, siendo Macanaz fiscal del mismo, y el más moderado de 29 de mayo de 1741). Y de otra las declaraciones de aspiraciones, e incluso intentos, como los de Felipe V en España, en el Decreto de 1.707, en que expresó sus deseos «de reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernándose igualmente todos por las de Castilla, tan loables y plausibles en todo el universo»; el de Luis XIV en Francia en su Edicto de 1679; y, en Prusia culminaría en 1.794 con la promulgación del *Algemeines Landrecht*.

En Francia la Revolución expresó desde los primeros días de 1789 su ambición de reemplazar la diversidad de derechos de los *pays de droit écrit* y los *pays de droit coutumier* por una ley común para todos. La unidad nacional —se decía— pedía un derecho nacional.

Aquí en España, el influjo de los ilustrados —o afrancesados como les llamaba el pueblo— se impuso en las cortes de Cádiz. En 1.910 el diputado *Espiga y Gadea*, propuso que se designaran varias comisiones para la reforma de la legislación y una de ellas para lo civil. Pero, ante ella, el representante catalán *Aner de Esteve* advirtió que «la legislación se ha hecho para los hombres según las costumbres y circunstancias en que viven»; por lo cual creía que, antes de reformarse la legislación española, «es preciso nombrar una comisión para cada provincia, pues en cada una de ellas hay diversos usos». Tal vez, esa advertencia motivara la salvedad final que se consignó en el art. 258, en la Constitución de Cádiz de 1812, aprobada con el siguiente texto: *El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*».

4 b) La preocupación por la simplicidad iba unida, en cierto modo, a la idea de que el legislador puede preveerlo todo. Si frente a las advertencias clásicas de Aristóteles y Santo Tomás, como hemos adelantado, la Escuela del derecho natural y de gentes pensaba que, deductivamente, partiendo de la esencia de la naturaleza humana, podía establecerse un derecho natural perfecto, a su vez, los legistas pensaban que siendo así, no había más que codificarlo.

La Revolución francesa quería adecuarlo a sus ideas matrices de libertad, igualdad y fraternidad comenzando por liberar las tierras

de todas las instituciones feudales, hasta borrar sus últimos vestigios, y fragmentar la propiedad; y, de otra parte, imponer una libertad religiosa, que implicara la secularización de las leyes civiles, incluida la regulación del matrimonio. La historia se hallaba en oposición con sus ideas. Al llegar la Convención se trataría borrar de la legislación «la impronta repugnante del monarquismo que la infectaba», en palabras de Couthon. Este, en su relación acerca de la codificación — según reprodujo Laurent del *Moniteur* del 13 fructidor del año 2—, decía: «Por vasta que os parezca la obra de que os anuncio el plan, contad que este espíritu revolucionario que precipita los acontecimientos hacia la felicidad del pueblo, determinará su próximo final». La Convención aprobó el plan y las medidas para su realización. La comisión designada puso a manos a la obra pero fracasó.

El 9 de agosto de 1793 Cambacérès presentó el primer proyecto de Código civil de la Comisión legislativa, redactado por él casi totalmente. Pero no satisfizo a la Convención que veía demasiados trazos del Derecho antiguo, y ella «quería —dice Laurent— más innovaciones, más ideas grandiosas en armonía con la grandeza de la república». Al discutirlo, se expresó el rechazo del derecho traído por la historia. Así Borère dijo: «El Código civil de Roma, tan loado por quienes no han estado condenados a leerlo o estudiarlo, era un volumen enorme, corrompido por el canciller perverso de un emperador inbécil»: «Nuestras leyes civiles, nuestras costumbres son como todas las de los pueblos de Europa, una mezcla extravagante de leyes bárbaras y disparates». Frente a ello —lee Laurent el *Moniteur* del 22 fructidor del año II— «No corresponde sino a los fundadores de la República, la realización del sueño de los filósofos de hacer leyes simples, democráticas e inteligibles a todos los ciudadanos». Y Camille Desmoulins proclamaría: «Sin duda las leyes civiles, deben estar en armonía con el orden político, pero, ante todo, deben ser expresión de la justicia eterna y no de las pasiones del momento».

Por eso, con el deseo de conseguir un código de leyes, concebido conforme ideas totalmente nuevas, decretó que se formara una *comisión de filósofos* encargada de esta misión, pero no se cumplió.

Cambacérès presentó, en 1794, un segundo proyecto que, según decía el ponente en su presentación, se había procurado reducirlo a axiomas de los que la inteligencia pudiera sin dificultad deducir sus consecuencias, y que dejara subsistentes pocas cuestiones. Pero, cuando apenas se habían discutido unos artículos, fue creado el Directorio por la Constitución del año III. Cambacérès todavía presentó un tercer proyecto. Más llegó el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte.

El Consulado designó una comisión encargada de redactar el proyecto de Código civil, constituida por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación que también presidía la comisión y era un profundo juriconsulto de la escuela consuetudinaria, Maleville miembro del mismo Tribunal de Casación, Bigot-Prémeneu, práctico como el anterior,

y Portalis, que era el jurista más distinguido y fue el autor del discurso preliminar del Proyecto. Se les habría señalado un plazo de seis meses para redactarlo, pero les bastaron cuatro; presentándolo a la Asamblea el 4 del pluvioso del año IX, es decir el 20 de enero de 1.801, precedido del referido discurso preliminar redactado por Portalis. El 30 del ventoso del año XII fue promulgado el *Code civil des français*.

Ese discurso preliminar del Proyecto fue un alegato sólido y brillante que trataba de justificar tanto las innovaciones que traía el *Code* como el rechazo de las pretensiones revolucionarias que se deseaban.

Una de estas últimas fue la idea de la sencillez y simplicidad. Había sido un anhelo iluminista, no sólo de los revolucionarios sino también una pretensión del despotismo ilustrado. En efecto, en Nápoles el año 1774 bajo el gobierno de Tanucci reinando Fernando IV de Borbón que más tarde sería II del Reino de las dos Sicilias, se publicó una Real cédula disponiendo que los pleitos debían decidirse con argumentos conformados a premisas «fundadas en leyes expresas»; y si así no les fuera posible, los jueces debían pedir «explicación o suplemento» al «oráculo de la ley viva», es decir, al soberano, por quién a la sazón hablaba Tanucci, El entonces jovencísimo Filangieri, aplaudió esta disposición, en unas *Reflexiones políticas sobre la última ley del Soberano relativa a la administración de la justicia* ¡Como tantos, pretendía que la complejidad de la vida cupiera en la mente del legislador! ¡Claro es que conformando ésta a la suya propia!.

El discurso preliminar advertía de los límites insuperables de esa pretensión utópica.

«...donde quiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas especies de bienes, los diversos géneros de industria, las diversas situaciones de la vida humana, demandan reglas diferentes. La solicitud del legislador está obligada a proporcionarlas a la multiplicidad de la importancia de las materias sobre las cuales ha de legislar. Para ello, la previsión escrupulosa de los códigos de las naciones civilizadas, que multiplica los casos particulares, parece hacer arte de la razón misma.

»Nosotros no nos hemos creído en el deber de simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadanos sin reglas y sin garantía respecto a sus mayores intereses

»Igualmente nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código les parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?.

»Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan varias, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extendidas que resulta imposible para el legislador proveer a todo.

»Incluso en las materias que atraen particularmente su atención se le escapan infinidad de detalles, o bien son demasiado discutidos y fluctuantes para poder convertirse en objeto de un texto legal».

Y, párrafos después, recogía una crítica bastante habitual, entonces y ahora, *nunc et semper*, con las siguientes reflexiones:

«A quines profesan la jurisprudencia se hace el reproche de haber multiplicado las sutilezas, las complicaciones y los comentarios. Este reproche puede ser fundado. Pero, ¿en qué arte, en qué ciencia no se está espuesto a merecerlo? ¿Debe acusarse a una clase particular de hombres de lo que no es mas que una enfermedad del espíritu?. Hay tiempos en que se está condenando a la ignorancia por falta de libros y otros que resulta difícil instruirse porque abundan demasiado».

Y, más adelante, sigue: «...incluso el Código más sencillo ¿estaría al alcance de todos los sectores sociales?. ¿No estarían perfectamente ocupadas las pasiones en deformar su verdadero sentido? ¿No se precisa cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes? ¿Cuál es, por lo demás, la nación a la que haya bastado durante largo tiempo leyes simples y poco numerosas?».

»Sería un error, pues pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiere proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo estuviese al alcance del vulgo.

»En el estado de nuestras sociedades harta fortuna es que la jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por si mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura».

5. Descartado el sueño de la simplicidad, ¿cuál era el contenido del derecho que propuganaron los hombres de la Revolución francesa y que fue recogido en el *Code Civil des français*?

Recordemos la fobia revolucionaria a cuanto oliera a Iglesia, a feudalismo y a desigualdad de autoridad social.

a) La primera pasión había de traer la laicización del derecho, incluso del civil y debía repercutir, en primer lugar, en el matrimonio. La Revolución lo regularía e introduciría en él el divorcio vincular, permitiéndolo por la simple incompatibilidad de humor y de caracteres. Así —explicaría Laurent— «entregaba el matrimonio y, en

consecuencia, la moralidad de las familias a todos los caprichos de la pasión».

La comisión codificadora, designada por el gobierno consular, explicó su posición en el discurso preliminar de su proyecto, el cual, en definitiva, secularizaba el derecho civil en lo referente al matrimonio y la familia. El fundamento expuesto no era regalista sino naturalista; pero al dejar la determinación de la regulación jurídica, aunque fuera conforme a la naturaleza, en manos del Estado, la dejaba en el futuro a la voluntad del poder legislativo.

«La mezcla de instituciones civiles y religiosas —explicaba el discurso— había oscurecido las primitivas nociones acerca de él. Algunos teólogos no veían en el matrimonio más que el sacramento; la mayoría de los juriconsultos no veía en él más que el contrato civil. Algunos autores hacían del matrimonio una especie de acto mixto, que comprende a la vez tanto un contrato civil como un contrato eclesiástico. Para nada se tenía en cuenta la ley natural en el primero y principal acto de la naturaleza».

Pero, ellos, ¡creían haberla rescatado de las tinieblas!

«Todas estas incertidumbres se desvanecen, todas estas perplejidades se disipan a medida —decían— que se remonta uno al verdadero origen del matrimonio, cuya data es la misma que la de la creación.

»Nosotros estamos convencidos de que el matrimonio, que existía antes de que se fundara el cristianismo, que ha precedido a toda ley positiva y que deriva de la constitución misma de nuestro ser, no es ni un acto civil ni un acto religioso, sino un acto natural, que ha atraído la atención de los legisladores y que la religión ha santificado».

«Se concibe —continúa dos párrafos después— que los seres desprovistos de inteligencia que no obedecen a otra cosa que a un impulso o a una propensión ciega no tengan entre sí más que encuentros fortuitos o aproximaciones periódicas desnudas de todo carácter moral. Pero en todos los actos de vida humana interviene siempre más o menos la razón...»

Además: «El amor, o el sentimiento que depura este contrato, nos da la solución de todos los problemas propuestos acerca de la pluralidad de mujeres o de hombres en el matrimonio: pues tal es el imperio del amor, que, con la excepción del ser amado, un sexo no es nada para el otro...».

Y continúan otros razonamientos en la línea de Santo Tomás de Aquino, en su *Suma contra gentiles* (lib. III cap. 122-124) respecto de la unidad y la indivisibilidad del matrimonio.

En su inicio: «Como este contrato [natural de matrimonio], conforme a las observaciones que acabamos de presentar, somete a las esposas a obligaciones recíprocas como los somete también a obligaciones comunes con aquellos a quienes han dado el ser, las leyes de todos los pueblos civilizados han creído que deberían establecer for-

mas que pudieran hacer reconocer a quienes están sujetos a dichas obligaciones. Nosotros hemos señalado tales formas».

Pero se había planteado, ya, cuestiones más delicadas.

«De lo que hemos dicho resulta que el matrimonio es un contrato perpetuo por su destino. Sin embargo, las leyes recientes autorizan el divorcio ¿Conviene mantenerlas?».

»Admitiendo el divorcio, el legislador entiende no contrariar en absoluto el dogma religioso de la indisolubilidad, ni decidir ningún punto de conciencia. Solo supone que las pasiones más violentas, que han hecho y continúan haciendo tantos estragos en el mundo pueden destruir la armonía que debe reinar entre los esposos y que los excesos pueden ser lo suficientemente graves para hacerlos insoportables a la vida en común.

»Entonces preocupándose con solicitud de su tranquilidad, de su seguridad y de su dicha presente, que es lo único que le incumbe, se abstiene de constreñirles a permanecer inseparablemente ligados el uno al otro, a pesar de todos los motivos que les dividen... «Bajo este aspecto la cuestión del divorcio se convierte en una pura solución civil...».

Estimándolo así: «¿Qué debe hacer el legislador? Sus leyes, jamás deben ser mas perfectas que lo que puedan soportar los hombres a quienes están destinadas. Debe consultar las costumbres, el carácter y la situación política y religiosa de la nación a la que representa».

Después de efectuar un repaso histórico, vuelve el discurso a enfocar la cuestión planteada en los términos expuestos.

«Tanto cuanto la religión católica ha sido dominante en Francia, tanto cuanto las instituciones religiosas han estado inseparablemente unidas a las civiles, era imposible que la ley civil no declarase indisoluble un compromiso considerado tal por la religión, que, a su vez era una ley del Estado, pues es de todo punto necesario que reine la armonía entre los principios que gobiernan a los hombres.

»Hoy la libertad de cultos es una ley fundamental, y la mayor parte de las doctrinas religiosas autoriza el divorcio. El derecho de divorciarse se encuentra vinculado entre nosotros a la libertad de conciencia.

»Los ciudadanos pueden profesar religiones diversas pero las leyes tienen que ser para todos.

»Hemos creído, pues, que entre nosotros no había que prohibir el divorcio, porque nuestras leyes entrarían demasiado formalmente en contradicción con los diferentes cultos que lo autorizan...».

«Por otra parte» ...«muy bien puede la ley civil, ante el temor de mayores males, abstenerse de toda fuerza y coacción para obligar a dos esposos infelices a permanecer juntos o a vivir un celibato forzado...»

Pero como quiera que la promesa de perpetuidad en el matrimonio es el designio de la naturaleza, las leyes han de oponer un freno saludable a las pasiones e impedir que el más importante de los con-

trarios se convierta en juguete del capricho y la inconstancia, o en objeto de todas las vergonzosas especulaciones de una baja avidez»;

«El matrimonio no es en modo alguno una situación sino un estado. No debe parecerse a esas uniones pasajeras y fugaces que el placer forma, que con el placer finen y que han sido reprobadas por las leyes de todos los pueblos civilizados».

«...Se acusa a nuestros usos y costumbres de favorecer los malos matrimonios. Se encuentra el único remedio a estos males en la facilidad del divorcio».

«...De que hay matrimonios mal avenidos ¿se concluirá que no debe haberlos sagrados e inviolables?. Cuando los abusos no son obra de las pasiones, pueden ser corregidos por las leyes, más el mal es incurable cuando reside en el remedio mismo».

Y es de temer —continúa— «que la licencia en las costumbres reemplace los antiguos inconvenientes de los matrimonios, y que por la excesiva facilidad del divorcio, el propio matrimonio quede sustituido por un libertinaje que diríamos generalizado, fruto de la inconstancia autorizada» ...«Las causas del divorcio deben ser infracciones manifiestas del contrato. De ahí que nosotros no admitamos como causas legales, más que la muerte civil que imita la muerte natural, y los crímenes o delitos de que un esposo puede querellarse contra el otro. No hemos creído que sea tolerable hacer más fácil el divorcio que lo eran las separaciones de otra época».

Y siendo así el culpable del divorcio «deja un gran perjuicio que reparar».

«...nuestro fin en las disposiciones sobre el divorcio proyectadas —concluye— ha sido prevenir los abusos y defender el matrimonio contra el desbordamiento de las costumbres. A mal se va por una pendiente rápida: solo con el esfuerzo se retorna el bien».

Pero, la «pendiente» no la midieron bien. Su solución fue, inicio de esa pendiente, aunque procurasen que no fuera demasiado pronunciada. El solo hecho de que a una institución sin otra salida natural sino la muerte —como ellos mismos habían deducido de la naturaleza del matrimonio— se le abriera otra en algún caso, producía en ella una brecha que la disolución de las costumbres, a la que se daba salida por ella, iría inexorablemente ensanchando y dando lugar a un cambio a mentalidad más laxa, a moral más relajada, que contribuirían, a su vez, a socabar los cimientos morales y sociológicos de la institución, ya desmantelada de toda protección religiosa con eficacia civil.

6. La concepción del divorcio como desagüe para situaciones extremas —como lo consideró la comisión redactora del *Code*— no advierte que, como después ha hecho notar Chesterton, no se pueden abrir agujeros en un objeto sin analizar antes la naturaleza de éste —jardín o barca— pues no es lo mismo abrir un drenaje para sanear

un terreno continuamente encharcado que agujerear un barco debajo de su línea de flotación, aunque ese agujero sea pequeñito y se abra casi al nivel de esa línea; pues, por el solo peso del agua que vaya penetrando por él, se irá hundiendo, cada vez más, la línea de flotación...

Al final, se ha llegado donde los revolucionarios pretendieron, pero no por una erupción revolucionaria, sino por hundimiento de la institución inundada desde debajo de su línea de flotación y a la deriva en un mar agitado y revuelto por la disolución de las costumbres, adversas a ella. Por eso, se ha llegado a donde no querían que se llegase los autores del prouyecto del primer Código civil de los franceses.

En el proceso de la codificación española, el Anteproyecto de 1821 —fruto del Trienio liberal que seguiría al pronunciamiento de Riego en Cabezas de San Juan—, elaborado por una comisión especial de las Cortes presidida por Nicolás María Garellly, exigió que, antes de celebrarse el matrimonio canónico, debía contraerse obligatoriamente, ante el alcalde del domicilio de la mujer, un «convenio de celebrar matrimonio», exigiéndose para ello requisitos de capacidad, impedimentos y consentimiento paterno, o «ilustrado», de los cuales algunos eran discordantes con los exigidos para el matrimonio canónico. No se admitía divorcio vincular; pero sí el *quoad thorum seu quoad cohabitationem*, sometido a la competencia de los Tribunales civiles y por las causas que el mismo Anteproyecto establecía, no totalmente concordantes con las del derecho canónico. También regulaba la nulidad del matrimonio por causas tampoco concordantes con las del matrimonio canónico, y enjuiciadas por los Tribunales civiles.

El Proyecto de 1851, al regular el matrimonio, se remitió a la legislación canónica en cuanto a la forma de celebrarlo (art. 48) —con la sola excepción del celebrado entre extranjeros (art. 49)—; reguló los requisitos civiles para su celebración, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, los deberes para con los hijos, y el divorcio —tampoco vincular sino meramente suspensivo de la vida en común (art. 74)— atribuyendo la competencia para juzgar sus causas «exclusivamente a los Tribunales civiles» (art. 75). Esto provocó la principal oposición a este *Proyecto*, así como sus previas discusiones explicadas por el Presidente de la Comisión que lo redactó, Florencio García Goyena, en el apéndice número 1, al tomo I de sus *Concordancias, motivos y comentarios*, donde planteó y contestó afirmativamente a esta pregunta: «¿Puede la autoridad temporal separar el contrato del sacramento y arreglar enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto?».

Esta fue una causa de que no prosperase este Proyecto, a la que se sumó la de haber pretendido abolir, con el Código, los derechos de las regiones que lo tenían propio y peculiar, siendo recogido solamente el derecho de Castilla, en buena parte modificado e influenciado por las innovaciones del Código francés.

Debe tenerse en cuenta que, desde la Real cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1564, consecuente con la publicación del Concilio de Trento, el matrimonio en España era exclusivamente canónico. De la revolución que trajo la Constitución de 1870, dimanó la *Ley de matrimonio civil* de 18 de junio de 1870, que lo definió como perpétuo e indisoluble pero independiente del matrimonio religioso. Esta ley fue derogada, durante la Regencia, en 1875.

El *Código civil*, en su texto originario, reconoció la existencia de dos formas de matrimonio; el canónico, único posible entre católicos, y el civil, que también fue considerado indisoluble.

La II República —aconfesional, según la Constitución de 1931— volvió al régimen de matrimonio civil obligatorio y reguló, en ley de 28 de junio de 1932, por primera vez en España, el divorcio vincular, Ley que fue derogada por el Decreto 12 de marzo de 1938.

Hoy, después de la ley de 7 d julio de 1.981, que dió nueva redacción a las normas del Código civil referentes al matrimonio. Este de hecho está regulado en su totalidad civilmente. Aunque se admita la forma caónica (art. 60), sólo es a efectos de reconocer su validez como constitutiva del matrimonio, que sólo es civilmente regulado; Se admite el divorcio vincular, incluso en los matrimonios constituidos en forma canónica, y que pueda fundarse simplemente en el solo consentimiento de ambos cónyuges después de un año de interrupción de la convivencia o a petición de uno solo, en caso de haber consentido ambos la separación de hecho, a los dos años de ésta; o, sin necesidad de haber sido consentida la separación por el otro cónyuge, una vez transcurridos cinco años de haber cesado la convivencia. En caso alguno se declara inocente ni culpable a ninguno de los cónyuges.

Estamos, pues, mucho más cerca de las leyes aprobadas por la Convención que del originario *Code civil des français*, exceptuando solo la aplicación de los efectos civiles a los matrimonios contraídos en forma canónica.

7. Otro aspecto de la legislación revolucionaria fue —como hemos anticipado— la instauración de la libertad y de la igualdad tal como sus ideólogos las entendían y querían imponerlas más allá del orden político. Se igualó los hijos naturales a los legítimos; y la Convención acordó recompensar a las madres solteras. Se abolió la patria potestad; los padres debían proteger y velar por sus hijos, nutrirlos y educarlos. Estos eran sus deberes; pero, ni siquiera debía dejárseles en entera libertad para educar a sus hijos. Quedaban obligados a enseñarles un oficio o la agricultura e inspirarles el amor a la igualdad y el gusto al trabajo. Debía desaparecer la potestad marital, y la administración de la comunidad conyugal había de corresponder tanto al marido como a la mujer. Aquella —se dijo en el *Monieur* del 22 fructidor del año II— era «creación de los gobiernos despóticos, e

importaba hacer que las mujeres amaran la Revolución, objetivo que se conseguiría haciéndolas gozar de sus derechos».

Los autores del Proyecto pensaron de otro modo; y, en su discurso preliminar, se volvió a diferenciarse los hijos legítimos, «que nacen de un matrimonio regular cuya legitimidad y validez no pueden ser incierta a los ojos de la ley». El discurso incluso razonó, porque se consideran legítimos los hijos de un matrimonio putativo. Se limitaba la legitimación por subsiguiente matrimonio, y se circunscribía la prueba de la paternidad a la existencia de un principio de prueba por escrito.

En materia sucesoria se impuso la desigualdad entre una y otra clase de hijos.

«La protección del matrimonio, el mantenimiento de las buenas costumbres y el interés de la sociedad requieren que los hijos naturales no sean tratados igual que los legítimos. Por lo demás, va contra el orden de las cosas que el derecho de heredar, que en todas las naciones civilizadas se considera no como un derecho público sino un derecho relativo a la familia, pueda competir a seres que, sin duda son miembros del Estado, pero a quienes la ley, que determina el matrimonio, no puede reconocer como miembros de ninguna familia. Solo hay que garantizarles, en una medida equitativa, la asistencia que para ellos solicita la humanidad. En vano se invoca a su favor, es esta materia, ciertos derechos naturales, pues el derecho de suceder no es en absoluto un derecho natural, sino un derecho social, por completo regulado por la ley política o civil, que no debe oponerse en manera alguna a las restantes instituciones sociales».

Se confirmó al marido como jefe del gobierno de la familia, que decide el domicilio conyugal, «Administra todo, fiscaliza todo, los bienes y las costumbres de su compañera», aunque ello «se resuelva más bien en protección que en autoridad, pues el más fuerte está llamado a defender y a sostener al más débil».

«Los hijos —sigue el discurso— deben estar sujetos al padre pero éste no debe escuchar sino la voz de la naturaleza, la más dulce y la más tierna de todas las voces».

«Nuestro propósito». —dice el discurso al llegar al final— ha sido el de «propagar el espíritu de familia, que dígame lo que se quiera tan favorable es al espíritu público»... «Solamente las virtudes privada pueden garantizar las públicas y es a través de la pequeña patria, que es la familia, como se llega a la grande».

Hoy, en toda la Europa del Mercado común y del Tribunal de Estrasburgo, —incluida España después de las reformas de 1981— nos encontramos más cerca de la Convención que de Portalis y del *Code civil des français* originario.

El impacto de las ideas de la Revolución francesa se ha repetido en el tiempo, en ciertos periodos, de un modo semejante como se reproducen las ondas por la caída de un meteorito en el mar o en

un lago, sacudiendo sus quietas aguas. Así ocurrió en España con la revolución de 1869, en virtud de cuyo impulso, el Decreto de 4 de octubre de 1889 expresó la voluntad de «integrar en la vida civil la poderosa sabia de la revolución». Y así hemos padecido la subida del nivel de la marea de la vieja escuela filosófica, triunfante en la Convención, cubriendo zonas importantes del derecho de familia y de sucesiones, de modo tal que la reforma del Código civil, en 1981, está mucho más próxima a las disposiciones de aquella asamblea revolucionaria que a las del *Code civil*, razonadas —como hemos visto— en el discurso preliminar de su proyecto.

8. La Revolución francesa —explica Laurent— «comenzó por abolir los privilegios que tendían a concentrar las grandes fortunas en algunas cabezas. Esto no se estimó suficiente: hacía falta dividir las hasta lo infinito. En ese espíritu la Convención nacional organizó el derecho sucesorio». La pasión por la igualdad, en progresión creciente, movía al legislador revolucionario.

No solo se abolieron los feudos, sino también las sustituciones fideicomisarias y la enfiteusis, y fue impuesta la legítima más larga, incluso para los pequeños patrimonios. El 7 de marzo de 1793, la Convención prohibió a los padres de familia disponer por testamento; pues estimaba —como explicaría Le Play— que la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revolución. Así, en las familias no se perpetuarían los sentimientos hostiles al nuevo régimen, y se contribuiría a destruir la autoridad de los padres de familia, para fortalecer el proceso revolucionario.

Tampoco en esta cuestión los autores del Proyecto del *Code civil* pensaban como los hombres de la Convención. Claramente lo muestra el Discurso preliminar que venimos siguiendo:

«Toda revolución es una conquista si se hacen leyes durante el paso del antiguo gobierno al nuevo. Pero, por la sola fuerza de las cosas, tales leyes son necesariamente belicosas, parciales, excesivas. Arrebata la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todos los lazos, de hacer desaparecer cuanto enoja. No preocupan las relaciones privadas de los hombres entre sí; no se ven más que los asuntos políticos y generales; se buscan aliados más bien que ciudadanos. Todo se convierte en derecho público.

»Si se fija la atención sobre leyes civiles, es menos para hacerlas más sabias o más justas que para hacerlas más favorables a aquellos a quienes interesa atraerse al régimen que se trata de establecer. Se derriba el poder de los padres, porque los hijos se prestan más a las novedades. No se respeta la autoridad marital, porque dando mayor libertad a las mujeres se consigue introducir nuevas normas y un nuevo tono en la vida de relación. Es preciso trastornar todo el sistema sucesorio, porque es un expediente para preparar un nuevo orden de ciudadanos por medio de un nuevo orden de propietarios.

A cada instante los cambios nacen de los cambios y las circunstancias de las circunstancias. Las instituciones se suceden con rapidez, sin que ninguna pueda adquirir fuerza, sin que ninguna pueda adquirir fijeza y en todas late el espíritu revolucionario. Llamamos espíritu revolucionario al afán exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos a un fin político, y de no admitir otra consideración que la de un misterioso y variable interés de Estado.

»No es en este momento cuando se puede prometer regular las cosas y los hombres con la sabiduría que preside las instituciones duraderas y con arreglo a los principios de esa equidad natural de la que los legisladores humanos no deben ser mas que respetuoso intérpretes».

Hacia el final, el discurso entra de lleno en los temas de la propiedad territorial y de las sucesiones, y acerca de ellos, muestra puntos de conformidad con las reformas que contribuyeron a liberar la propiedad de las trabas a su libre comercio y si disconformidad respecto de la abolición o excesiva limitación de la disponibilidad sucesoria *mortis causa*.

En cuanto a lo primero dice: «Hemos mantenido las saludables reformas que desde la Revolución se han operado en la venta de inmuebles. Estas ventas ya no están dificultadas por aquella muchedumbre de derechos y retroventas estatutarias que tenían el terrible inconveniente de dejar el bien vendido sin propietario cierto durante varios años, lo que era muy dañino para la agricultura. Pero hemos pensado que se había ido demasiado lejos, cuando con el pretexto de borrar hasta los menores vestigios de feudalismo, se proscribió la enfiteusis y otros censos que jamás han sido un contrato feudal, que fomentaban los desmontes que hacían a los grandes propietarios ceder las tierras que no podían cultivar con cuidado y que daban a los agricultores laboriosos, que no tenían más riqueza que sus brazos, medios fáciles para llegar a propietarios...».

Respecto de la sucesión *mortis causa*, páginas después, plantea el tema básico de qué debe ser de los bienes después de la muerte de su propietario.

«El buen sentido, la razón y el bien público no permite que se les abandone; hay poderosos motivos de conveniencia y de equidad para dejarlos a la familia del propietario, pero hablando con exactitud ningún miembro de ella puede reclamarlos a riguroso título de propiedad...»

Si bien, «el Estado no sucede —afirma el discurso— regula el orden de las sucesiones.

»Es necesario que tal orden exista, como es necesario que haya leyes. El derecho de suceder, en general, es una institución social. Pero cuanto se refiere al modo de repartir la sucesión pertenece al derecho político o civil.

»La ley política, que cuando vislumbra un punto de vista más

general, no se detiene en las convenciones particulares, se guía por la razón de Estado mas bien que por el principio de equidad. Al contrario la ley civil, cuya principal función es regular los derechos y las conveniencias de las particulares, se inclina más hacia la equidad que hacia la razón de Estado».

«En los últimos tiempos —sigue párrafos después—, se ha declarado mucho contra la facultad de testar; y en el sistema de nuestras leyes francesas, esta facultad había sido tan restringida que casi ya no existía».

«...Convenimos en que corresponde a las leyes establecer el orden o la manera de suceder y que sería irrisorio y peligroso dejar a cada uno la facultad ilimitada de derribar arbitrariamente la obra de las leyes.

»Pero éstas no pueden gobernar sino mediante principios generales, constantes y absolutos, ¿no deben dejar nada al arbitrio del ciudadano, para las circunstancias variables de la vida?. El poder que el testador recibe de la ley, ¿no es el poder de la propia ley?».

Después de formular otras preguntas, siguen éstas:

«¿No hace falta una sanción de las virtudes domésticas de la autoridad paterna y del gobierno de la familia?. Si se teme que haya padres injustos, ¿porque no ha de temerse que haya hijos desnaturalizados?. Ateniéndose a la situación en que se encuentre una familia, ¿no se convierte el reparto por igual de los bienes entre los hijos en fuente de las más monstruosas desigualdades?. En las clases trabajadoras de la sociedad ¿que hijo se resignará a unir su trabajo con el de los autores de sus días, si no se entrevé ninguna recompensa a sus esfuerzos y si se siente amenazado de ser despojado del fruto de su propia industria? ¿Y que sería de los obreros y de los labradores, si en su vejez los abandonan todos aquéllos a quienes han dado el ser?»

»Además ¿no hay fortunas cuyo reparto es necesario que sea dirigido por la sabia determinación del padre de familia?».

»No hay duda de que se ha hecho bien, en pro de la libre circulación de los bienes y en pro de la agricultura, en proscribir las absurdas sustituciones que subordinan el interés de los vivos a los intereses de los muertos y por las cuales la generación que existe se encuentra permanentemente sacrificada a la voluntad de la que ya no es. Es prudente someter a reglas de facultad de testar y fijarle límites; pero hay que mantenerla y dejarle alguna amplitud porque cuando la ley no deja a los hombres ninguna libertad en materias que tocan íntimamente a los afectos humanos, los hombres, por su parte, no trabajan más que por eludirla».

Ciertamente, son diferenciables dos aspectos de la cuestión sucesoria planteada: la referente a los feudos y sustituciones fideicomisarias; y la que plantea la discusión entre la libertad de testar y las legítimas.

Sin embargo, en algunos niveles agrarios se hallan bastante interrelacionados.

Respecto de ambas, pero en especial de la primera, Napoleón Bonaparte tenía su personal criterio. El 5 de junio de 1806 escribía a su hermano José, entonces rey de Nápoles: «Establece el *Code civil* en Nápoles: todo aquello que no os sea afecto quedará destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He ahí la gran ventaja del *Code civil*. Hace falta establecer el *Code civil* en vuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que gracia a él, todo lo que no es fideicomiso cae, y no quedan más grandes casas que aquellas que vos constituysais en feudos. Esto es lo que más me ha hecho desear un Código civil y más ha llevado a establecerlo».

El *Code civil des français* había mantenido la abolición de feudos y toda clase de vinculaciones, incluidas las sustituciones fideicomisarias. Pero, cuando el 3 de septiembre de 1807, pasó a llamarse *Code de Napoléon*, no solo se cambiaron las palabras *República*, *premier consul*, *gouvernement* o *nation* por *Empire*, *empereur*, *Etat*, respectivamente sino que fueron restablecidas las sustituciones en favor de la nueva nobleza creada por el Emperador.

En cuanto a la libertad de testar si bien el proyecto traía una revisión de la radical posición revolucionaria, la adoptada por el *Code*, a pesar de las palabras de sus autores, fue la de extender a toda Francia, «*le partage forcé de les pays famille instable*; no permitió disponer al padre sino de la mitad de su herencia, si solo dejare un hijo; de dos tercios, si dejara dos, y solo de un cuarto si le sobrevivieran más (art. 913). La parte *reservé* se distribuía conforme las normas de sucesión intestada, sin que, en virtud de la libertad de testar devuelta por el *Code*, se permitiera disponer sino a título de legado de la porción no reservada (art. 1004). De ese modo, fueron abolidas las costumbres de aquellos países que concedían libertad al padre para elegir uno solo de sus hijos que continuaría rigiendo la casa solariaga.

Hellion de Beaulieu, hará unos veinticinco o treinta años, con una perspectiva de más de siglo y medio de distancia, comentaría las consecuencias para la pequeña propiedad agraria, que produjo la supresión de esos regímenes consuetudinarios y la generalización del «*partage forcé*» impuesto en el *Code*. Determinó, dice, «el parcelamiento de la propiedad, es decir, el empobrecimiento de cada uno de los herederos y rápidamente la imposibilidad de conservar una tierra incapaz de alimentar una familia. En tiempo de prosperidad, cuando los productos de la tierra tenían un valor comercial equitativo, era posible al campesino, a fuerza de economía y a menudo en detrimento del arreglo y conservación de su casa, poner, por una parte, sumas suficientes, para que la partición pudiera hacerse sin dividir el bien principal; y así mismo por la buena voluntad y el hecho de que los herederos se prestaban a menudo a evaluaciones que permitían dejar

la tierra y la casa al que designaba el padre de familia. Conocemos también familias que restringían a dos o tres el número de hijos para evitar una división ruinosa y otras en las que solo un hijo se casaba y sus hermanos permanecían en casa solteros. Esto explica que después de ciento cincuenta años, queden todavía familias campesinas arraigadas en su propiedad y que puedan sacar de ella lo necesario para subsistir».

La Revolución proclamó la liberación a los campesinos de las cargas feudales. Pero, ciento cincuenta años después del *Code*, explicaría el mismo Hellion de Beaulieu que un labrador: «No es ni siquiera dueño de su trabajo, ni de sus productos ya que debe hacer declaraciones de plantación y talas, de cosechas y *stocks*; se le prohíbe a veces vender su trigo o vino en un momento dado o se le obliga, al contrario, a desacerse de ellos. Esta permanente injerencia del Estado, que frecuentemente no tiene para él otro rostro que el de una oficina impersonal, donde se encuentran funcionarios irresponsables, no puede más que acentuar su sentimiento de desposesión y de desganar cada vez mayor en un trabajo cuya independencia disminuye de día en día».

«...El mecanismo de los precios —que estima como algo inevitable— no cumple otra misión en el sector agrario que la de rebajar a los agricultores, casi permanentemente, a un nivel de vida muy inferior al de las otras categorías de trabajadores».

9. En España, la corriente desamortizadora se impuso tanto en los ámbitos eclesiásticos y de las corporaciones como en el de las familias que tenían sus bienes amayorazgados. Pero, también, se pretendió la abolición de las sustituciones fideicomisarias.

El Real decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820 —restablecido por otros de 30 de agosto de 1836 y 19 de agosto de 1841— declaró suprimidos los mayorazgos, fideicomisos perpetuos, patronatos, y vinculaciones de toda especie; y prohibió fundarlos en lo sucesivo directa e indirectamente. Se estableció que los entonces poseedores de alguna de las vinculaciones que se suprimían, podían disponer como propios hasta de la mitad de los bienes, y que la otra mitad pasaría forzosamente al llamado como sucesor del mayorazgo que ya podría disponer libremente de ella.

El *Code* francés que, en su art. 896, prohibía las sustituciones fideicomisarias, sin embargo, en sus arts. 1.048 y 1.074, vino a permitir las, excepcional y restrictivamente, por una sola generación a favor de nietos y sobrinos del disponente.

El Proyecto de 1.851 propuso una negativa más rounda, que explico *Florencio García Goyena*: «Las instituciones perpetuas de esa especie o los fideicomisos perpetuos, están abolidos» ...«La sección va mas lejos, pues pretende que se prohiban todos, aún los reducidos, o que se limiten a un solo grado o generación»; pues, no solo los

consideró económicamente perjudiciales, sino que estimó, además, que «podrían por un medio indirecto hacerse perpetuos con solo renovarlos el último llamado».

Por eso, tomando como base el Código francés, no se admitió más sustitución que la vulgar (art. 629). Se autorizó, no obstante, en el art. 638, la distribución de la nuda propiedad a favor de uno y del usufructo para otro u otros (como el 889 francés), y la sustitución del heredero impuber para el caso de que muriera sin alcanzar la pubertad, así como la fideicomisaria, en la parte de libre disposición, impuesta a los hijos, en favor de los nietos (como el 1.048 francés).

Este criterio prohibitivo fue impugnado por Duran y Bas, en su *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Cataluña*. En el Principado —dijo— habían sido regulados los fideicomisos familiares conforme a la inteligencia dada la Novela 159, 2, de Justiniano, es decir, poniendo el límite de cuatro generaciones, con lo que se evitaban la mayor parte de los inconvenientes de los perpetuos. Y, además, permitiendo que los así gravados, pudieran establecer a censo enfiteutico las fincas fideicomitidas, se hacían desaparecer por completo sus inconvenientes. Con esa institución —explicaba Durán y Bas— se conseguía la conveniencia social de conservar la unidad del hogar.

En lo referente a las legítimas, el Proyecto pretendió extender a toda España el régimen castellano de la legítima gótica de los cuatro quintos, con posibilidad de mejorar a descendientes hasta con el tercio de esos cuatro quintos. No obstante se abolía el requisito formal justiniano de la necesidad de instituir herederos a los legitimarios; se atenuaban los efectos de la preterición, reduciéndolos al resultado que se obtenía en la práctica con el empleo de la cláusula *omni meliori modo*, sin necesidad ya de usarla.

La primera gran polémica de la codificación española giró en torno de la unificación, a la que se opuso el respeto de los derechos peculiares de las regiones y territorios a los que —impropiamente en algunos casos— se denominaban forales. A esa polémica no le fue a la zaga, en alegatos y dureza, la motivada por la cuestión de la libertad de testar y de las legítimas.

Conforme el criterio iniciado con la presentación, por Alonso Martínez, el 21 de octubre de 1881 a las Cortes, del proyecto de ley de bases —conforme el cual ya no se trataba de unificar radicalmente ni de efectuarlo partiendo solo del derecho de Castilla, no sólo se debían respetar la libertad de testar y las legítimas —reducidas, colectivas o solo simbólicas—, así como las demás instituciones con trascendencia económico-familiar de las regiones y territorios que las mantenían vivas, sino que trató de aproximar a ellas el Código civil. El mismo Alonso Martínez presentaría como «transacción» la solución adoptada, años después, en la Comisión, «en su deseo de concordia», con los representantes de las regiones forales. Razón por la cual la

base 15 ordenó que el tratado de sucesiones «se ajustara —explica el ilustre burgalés— en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno con asistencia de los vocales correspondiente y de los Sres. senadores y diputados, adoptó en las sesiones celebradas en noviembre e 1,882».

Entre esas transacciones sin duda se hallan las consignadas en la base 16:

«Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aún en la línea directa, de la segunda generación a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

»El haber hereditario se dividirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos; otra que podrá asignar el padre a su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente...»

De ahí los textos, respectivamente, de los artículos 781, inciso segundo [redactado con matices diferentes y que los Tribunales han diferenciado del texto literal de la base 16, 1], y 808 del Código civil.

10. Hemos visto aquellos puntos en los cuales el *Code civil des français* recogió en parte o rechazo de plano las innovaciones legislativas de la Convención.

Laferrière explicó que el *Code* se configuró bajo la influencia de tres principios: *tradición* de los del derecho antiguo; *transacción* entre el derecho romano y el consuetudinario, y *originalidad* en cuanto las ideas recogidas de la Revolución de 1789 que, a su juicio, constituyen su característica más sobresaliente.

Hemos repasado el alcance de esa originalidad. Ahora nos corresponde analizar como fue recogida la tradición histórica y realizada la transacción entre los distintos derechos que se vivían en los diversos países de Francia. Comenzaremos por la tradición.

«...¡que tarea —leemos en el Discurso preliminar del proyecto— la de redactar una legislación civil para un gran pueblo!. La obra superaría las fuerzas humanas, si se tratase de dar a este pueblo instituciones absolutamente nuevas, y si, olvidando que ocupa el primer rango entre las naciones civilizadas, se desdeñase el aprovechamiento de la experiencia del pasado y de esa tradición de buen sentido, de reglas y de máximas que han llegado hasta nosotros y que forman el espíritu de los siglos.

»Las leyes no son meros actos de poder: son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que estas deben adaptarse al carácter, a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan: que es preciso ser sobrio en cuanto novedades en materia de legislación, porque si, ante una institución nueva es posible calcu-

lar las ventajas que en teoría nos ofrece, no lo es coocer todos los inconvenientes que solo la práctica puede descubrir; que deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que en lugar de cambiar las leyes es casi siempre más util brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos otras leyes buenas en el transcurso de muchos siglos...».

¿Cómo refleja este párrafo el pensamiento de Montesquieu, de quien incluso repite literalmente algunas frases!

Y continúa, el discurso, párrafos después:

«Por otra parte, ¿cómo encadenar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o a la declinación de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular de antemano lo que solo la experiencia nos puede revelar? ¿Puede extenderse la previsión a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?».

»Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues la leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento, que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

»Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces.

»La misión de las leyes es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no la de descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

»Es el magistrado y el jurisconsulto», penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

»De ahí que, en todas las naciones civilizadas, se vea formarse siempre, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar, por obra de todos los conocimientos adquiridos, y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación».

En su prefacio al libro de la profesora Simone Goyard-Fabre *La philosophie du droit de Montesquieu*, Jean Carbonnier —analizando el tránsito del pensamiento de Montesquieu, al de las Constituyentes y al de la Convención y los ideólogos, y de éstos al expresado por Portalis, en el discurso de presentación del Proyecto del *Code civil*—

ha escrito estas reflexiones: «A la andadura empírica opuso [la Revolución] la andadura deductiva; a la legislación según las costumbres, la legislación según la razón. El legislador revolucionario no va a observar los hechos sino a gravar el derecho sobre el mármol. El modelo no es ya Montesquieu sino Rousseau o Maby, son su cortejo de Cretois o de Espartiates»... «Con Condorcet, Destut de Tracy, los ideólogos, la vuelta es mas nitida aún » ...«Puesto que el derecho es obra de voluntad, no producto del clima, el legislador tiene la posibilidad de imponer a los hombres su ideal de justicia... Nadie duda de que existía al gusto de Napoleón, un arte de legislar»... «Afortunadamente, Portalis es un poco el desquite de Montesquieu»... «Es manifiesta su preferencia por una legislación que se efectuara según las costumbres, las necesidades, los caracteres nacionales, contra el espíritu a priori, el espíritu de sistema, ¿cómo no reconocer una enseñanza del espíritu anglo-bordelés? Montesquieu no habría estado encantando por la perspectiva de una codificación unitaria. Sin embargo, «el hijo sin madre» [*L'Esprit des lois*] tiene, tal vez, su descendencia mas auténtica en el *Code civil des français*».

Deberemos volver sobre esto, a través de las consecuencias del *Code*, en cuanto al peso de la imposición, en derecho civil, del imperio de las leyes, seguramente más de lo que hubiera deseado Portalis y toda la Comisión autora del proyecto.

11. Antes, hemos de tratar de la unificación del derecho francés, que impuso el *Code civil*, y de la transacción mediante la cual se realizó dicho fin. Volvamos a escuchar el discurso preliminar.

«Francia dividida otrora en países derecho consuetudinario y países de derecho escrito, estaba regulada en parte por costumbres y en parte por el derecho escrito [advertimos que también las costumbres se compilaban y escribían; pero, ello no impedía que siguieran generándose y que las racionales vividas se impusieran sobre el texto escrito; y, de otra parte, que el derecho romano escrito, era adecuado por los autores y tribunales a las nuevas necesidades y circunstancias, sin intervención del legislador]. Había también algunas ordenanzas reales comunes a todo el imperio.

»Después de la Revolución, la legislación francesa ha sufrido, en puntos importantes cambios considerables. ¿Hay que descartar todo lo nuevo?, ¿hay que desdeñar todo lo antiguo?.

»El derecho escrito, que está compuesto de leyes romanas, ha civilizado a Europa. El descubrimiento que nuestros antepasados hicieron de la recopilación de Justiniano, fue para ellos una suerte de revelación. Fue entonces cuando nuestros tribunales tomaron un aspecto mas regular, y cuando el terrible poder de juzgar quedó sometido a principios.

»La mayor parte de los autores que censuran al derecho romano con tanta acritud como ligereza, blasfeman de algo que ignoran. Fá-

cilmente se convence uno de ello, si, en las colecciones que han sido transmitidas de dicho derecho, se sabe distinguir, las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita de aquellas que atañen solo a instituciones específicas extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres...».

«En el conjunto de nuestras costumbres, las hay, sin duda, que llevan la impronta de nuestra inicial barbarie, pero las hay también, que hacen honor a la sabiduría de nuestros padres, que han plasmado al carácter nacional y que son dignas de mejores tiempos. No hemos renunciado sino a aquellas cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón cuanto nuestros actuales modos de vida.

»Luego de examinar las últimas ordenanzas reales, hemos conservado de ellas todo lo que hace al orden esencial de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general.

»En las leyes sancionadas por nuestras asambleas nacionales sobre materias civiles, hemos respetado todas las que están ligadas a los grandes cambios operados en el orden político, o que, por su propio mérito, nos ha parecido evidentemente preferibles a instituciones gastadas y defectuosas. Cuando la más funesta de las innovaciones sería no innovar, es preciso cambiar. No debe cederse a prevenciones ciegas. Todo lo que es antiguo fue nuevo. Lo esencial es imprimir a las instituciones nuevas el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizar el derecho de llegar a ser antiguas.

»Siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas por las otras sin romper la unidad del sistema ni herir el espíritu general, hemos hecho, si se nos permite expresarnos así, una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario. Es útil conservar todo lo que no es necesario construir: las leyes deben contemplar los hábitos cuando estos no constituyen vicios. Demasiado a menudo se discurre como si el género humano finalizara, y comenzara a cada instante, sin ninguna clase de comunicación entre una generación y la que le reemplaza. Al sucederse las generaciones se mezclan, se entrelazan y se confunden. Un legislador aislaría las instituciones de cuanto puede naturalizarse sobre la tierra, si no observara con cuidado las relaciones naturales que siempre ligan, mas o menos, el presente con el pasado u el porvenir con el presente y que hacen que un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en una degradación peor que el aniquilamiento, no cese jamás, hasta cierto punto de parecerse a si mismo. En nuestros tiempos hemos amado demasiado los cambios y las reformas: si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro del abuso, los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, mas que el teatro de los excesos».

G. Baudry-Lacantinerie señalaría como, con ese criterio, fueron recogidos en esta transacción, las diversas fuentes de las que se surtió al *Code*.

1.º Las *coutumes*, principalmente de las de París, recogidas, especialmente, con respecto de lo atinente a la autorización marital, comunidad conyugal de bienes, sucesiones.

2.º El derecho romano, o más exactamente el *droit écrit*, es decir el romano adecuado por los comentaristas y por la jurisprudencia, que, en especial, fue recogido en la regulación de la propiedad, de las obligaciones y de la dote.

En caso de colisión entre ese derecho romano común y el consuetudinario, los codificadores, cuando estimaron que no cabía un término medio, se inclinaron, en general, por éste. Añade Baudry que la mayoría de los miembros del Consejo de Estado eran originarios de *pays de coutume*, y, por ello, imbuidos de sus principios.

3.º Los *ordonnances royales*, de las que tomaron bastante en cuanto se refiere a los actos del estado civil (Ord. de abril de 1667), donaciones (Ord. de 1731), testamentos (Ord. de 1735), sustituciones (Ord. de 1749).

4.º El derecho intermedio, principalmente aplicado para regular el matrimonio, la patria potestad y los privilegios e hipotecas.

5.º La jurisprudencia de los parlamentos regionales, p.e. en materia de ausencia.

6.º El derecho canónico, que inspiraba las disposiciones acerca del matrimonio y de la legitimación de los hijos naturales.

12. Volvamos la vista a la codificación civil española para observar esta misma cuestión. Ante todo, recordaré que, al ocuparme de ella hace un año —en mi conferencia, en la Real Academia de Jurisprudencia, *La polémica a la codificación. La escuela filisófica y la escuela histórica*—, señale que, ya en las Cortes de Cadiz, se esbozaron ambas tendencias cuando, ante la propuesta de Espiga y Gadea, afectuó Aner de Esteve la advertencia que antes hemos referido, así como la composición de ambos criterios reflejado en el art. 258 de la Constitución de 1812.

En el informe pedido en 1815 a los abogados barceloneses Tamaró, Ros, de Balle y Besona se refleja la tendencia histórica y se señala la importancia jurídica de las costumbres, en unos párrafos de los cuales, ahora al releerlos, después de haber vuelto también a releer el discurso de Portalis, veo que no hicieron sino traducirlos de éste.

También hice notar la afirmación de Arrazola de que, en 1837, por la naturaleza de las cosas, dividióse en dos campos el de la ciencia del derecho para llegar tal vez al mismo fin: la escuela filisófica da códigos de nueva creación a la sociedad; la escuela histórica resalta el pasado y lo actual de un pueblo y, por lo mismo, reputa imposible legislar a priori. Y recordé el curso de conferencias que en 1889

pronunció Durán y Bas, en la Universidad de Barcelona, *La escuela filosófica y la escuela histórica*, en el cual mostró las diferencias que las separaban en sus raíces modernas, aunque reconoció que, después se había moderado y templado su inicial y radical incompatibilidad.

El Proyecto de 1851 tomó por pauta el Código de Napoleón; pero su principal autor, Florencio García Goyena, al comentarlo, muestra que, en su redacción, se tuvo en la mente todo el derecho entonces aplicado a Castilla. En este aspecto, se efectuó una composición del derecho histórico castellano y del derecho nuevo. Pero se descartaban totalmente las instituciones peculiares de los demás antiguos reinos y señoríos, territorios y municipios, que tenían fueros y costumbres propias.

Después, se inició otra tendencia que comenzó por avanzar a través de leyes generales en materias que las reclamaban, y, más despacio, en una composición o transacción entre los diversos derechos hispanos, pretendiendo recoger las instituciones más perfectas de cada uno.

El título del tema *¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿Cuales son los principios que deben presidir la codificación?*, primero del Congreso de Jurisconsultos, celebrado en Madrid del 26 al 31 de octubre de 1863, ya nos muestra que los juristas venían a coincidir en la creencia de que era conveniente avanzar por la senda de la codificación, pero, junto a ella, predominaba el criterio de que este camino debía recorrerse sin apresuramientos.

«Imiten los legisladores de nuestra época —leemos en la presentación de las conclusiones— el afán de D. Alfonso X en procurar la perfección de su inmortal obra; pero aprendan al propio tiempo la suerte de las mejores leyes, cuando el legislador, olvidando su época, quiere borrar lo pasado y se desentiende de la vida real en sus elucubraciones científicas, y hace leyes buenas bajo el punto de vista teórico, pero inaceptables en la práctica».

De sus conclusiones pienso que merece ser destacadas las siguientes:

— El elemento histórico y el filosófico «deben hermanarse en la obra del legislador, no sacrificando este derecho tradicional, que es la representación viva de la manera de ser el pueblo, a teorías abstractas ni exigencias de escuela» (Conclusión 3.º).

—«Que esta unidad debe verificarse huyendo del extremo de hacer prevalecer una legislación de las diferentes que rigen en España sobre las otras, adoptando con racional criterio lo más aceptable de cada una (Conc. 5.º).

— Que era aconsejable preparar el camino de la codificación con leyes especiales (Conc. 6.ª inc. 1.º).

— Que «dado caso de que, desde luego, se quisiera codificar, convendría, al lado de las disposiciones generales, colocar otras especiales que dejaran en libertad sobre puntos determinados, para poder seguir la ley antigua de cada provincia hasta que el legislador creyera

suficientemente preparada la opinión para adoptar la ley general (Conc. 6.º, inc. 2.º). Y, entre esos puntos, señaló el sistema dotal, el de la sociedad legal y la materia de sucesiones (Conc. 7.º).

Este criterio vino a ser el que se siguió cuando, el 2 de febrero de 1880, se incorporaron a la Comisión general de codificación un representante por cada uno de los territorios de Cataluña, Mallorca, Aragón, Navarra, Vizcaya y Galicia, con el encargo de redactar una memoria acerca de las instituciones más importantes de cada una; y así se propuso, en el proyecto de ley de bases de 1881, presentado a las Cortes por Alonso Martínez.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, limitó el proyecto de codificación solo al derecho común que, con alguna transacción — como hemos visto —, partiría del derecho de Castilla, dejando subsistentes los derechos especiales que deberían ser recogidos en apéndices forales.

Con esta solución transaccional, sin embargo no se resolvieron todos los puntos de discrepancia. De especial interés son los mostradas por Durán y Bas y por Joaquín Costa.

El juriconsulto catalán, en su comunicación al Congreso Jurídico Español celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia en 1886, mostró dos discrepancias que pueden calificarse de básicas:

— Una, en lugar de promulgar un sólo código civil con apéndices, declarando aquél supletorio en lo no previsto en éstos, propugnó por que se efectuaran codificaciones independientes de los derechos de Castilla y de cada uno de los territorios forales, dejando a la acción del tiempo la elaboración del Código general, diferida para cuando la creencia de su necesidad obtuviera en el pueblo la adhesión de las conciencias.

— Otra, que el principio informador del derecho civil debe ser el de la libertad civil, en todo cuanto «la justicia, la moral o utilidad pública no obliguen a mandar o a prohibir alguna cosa»; por lo cual, debieran precisarse que leyes serían imperativas, y cuales declarativas o permisivas o supletorias.

El polígrafo alto-aragonés expuso sus puntos de discrepancia en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 y en su *Teoría del hecho jurídico*. Partía de su distinción entre *derecho necesario*, todo él derecho natural, y *derecho voluntario*. Respecto del primero, era su opinión que «tanto las autoridades como los súbditos están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara».

Las realciones de derecho voluntario, en cambio, deben desarrollarse en una serie de círculos correpondientes, respectivamente, al individuo, a la familia, a la gente o *gens*, al municipio, etc. que forman «una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el individuo a la humanidad» cada uno de los cuales «produce un derecho propio», que deben ellos mismos crear [es decir, cada círculo el suyo]

en la medida de su capacidad y que debe serle respetado por el organismo superiormente desarrollado en cada periodo de la historia»: en un régimen de libertad civil o *standum est chartae*, para el individuo y la familia, y de autonomía o *selfgovernment* respecto al municipio y la familia, con facultad de crear sus propias costumbres, *standum est consuetudini*. De ahí, la prioridad de las costumbres racionales sobre las leyes y de las de ámbito más reducido o las más generales. Por eso, en todos esos ámbitos, las leyes deben ser —a su juicio— *facultativas* o *supletorias*. Y esas leyes, entendía que deben hallarse «en revisión perpetua, y cuando la mayoría del pueblo la ha desusado, y acreditado en sus hechos otra diferente, debe aplicarse ésta [nueva costumbre] en materia supletoria, sin aguardar que el legislador se aperciba de ello y la estirpe del Código».

De ahí su perspectiva de como debía codificarse: «Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil)» y «agrupando ordenadamente, en derredor de aquella fundamental división del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero o costumbre no escrita en cualquier punto del territorio dejando a cada individuo y a cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro de tal código, y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode a su peculiar situación, en cada caso, o de producir otra diferente».

Además, seguía abierta la polémica, respecto de la interpretación e integración del propio derecho compilado por medio del histórico respectivo y por la propia costumbre, con preferencia al Código civil.

13. En la polémica de la codificación, aquí en España, se arguyeron, en favor suyo, especialmente razones de unidad y de simplificación.

a) El argumento de que la unidad nacional requería la unificación del derecho, lo hemos visto aducido en Francia y en Alemania y, entre nosotros, por Macanaz, por el Decreto de Felipe V de 1707, y por la Cortes de Cádiz. En ese mismo sentido, en la exposición que precedió a las conclusiones del Congreso de Madrid de 1863, leída el 31 de octubre, figura este párrafo:

«La unidad en España está tocando a su completa realización»... «Al lado de los principios de unidad religiosa y de unidad monárquica, se ha alzado la unidad del parlamento: ya no hay cortes de Aragón, de Cataluña, de Navarra y de Valencia; de un solo centro sale la voz del legislador que proclama el principio de la igualdad; va en marcha triunfal, sustituyendo el principio de la libertad a las libertades»... «y, ante esta igualdad, desaparecen las diferencias de persona a persona, de raza a raza, de pueblo a pueblo, de provincia a provincia...»

La unidad fundada en la uniformidad de raza, lengua, hábitos y derecho estuvo a tono con el principio de las nacionalidades acepta-

do tanto por los jacobinos y por Napoleón como por la escuela histórica alemana. La diferencia radicaba en que, mientras aquellos la apoyaban en la *volonté générale*, para la última era expresión del *Volkgeist* o espíritu del pueblo, que primero se muestra en las costumbres, pero que después, por la división del trabajo en una sociedad evolucionada, es expresado por los profesores de derecho.

Pero, la diversidad de costumbres jamás había plantado tensiones internas en Aragón, ni la diversidad de derechos municipales o comarcales en Cataluña. Ni las crea en Suiza, ni en los Estados Unidos de América que no tienen Código civil, como tampoco el Reino Unido de Inglaterra, Escocia y Gales. Mientras que sí existen tensiones separatistas en Francia.

Y es que, como advertía Durán y Bas, en una de sus conferencias de 1889 en la Universidad de Barcelona, no deben confundirse: la *unidad*, «confluencia de diversos medios hacia un fin», y la *uniformidad*, «identidad de los medios»; y que la «variedad en la unidad dentro de la legislación es racional, como lo es la unidad dentro de la variedad en la naturaleza».

b) El argumento de la simplificación que hallamos invocado por Filangeri, en Nápoles, por las Asambleas de la Convención, en Francia, y en boca de Thibaut, en Alemania, se adujo también en España, entre otros muchos, por Luzuriaga, y muy especialmente por Alonso Martínez, en un brillantísimo alegato retórico; que transcribí hace un año en mi colaboración al Centenario de la Universidad de Deusto, en el trabajo titulado *La seguridad de la norma jurídica*.

El Código civil, para el fin expuesto, rechazó todo valor, frente a la ley, al desuso y la costumbre en contrario y derogó totalmente el derecho antiguo.

En cambio dejó vigentes las leyes especiales que después han sido, casi todas, modificadas una o varias veces, y más tarde han sido promulgadas otras nuevas que han incidido sobre preceptos del Código civil, con normas urbanísticas, agrarias, monetarias, de arrendamientos rústicos y urbanos, de limitaciones a la transmisión de bienes a extranjeros, etc., etc.

Esto ha producido, así como las modificaciones del Código civil y la repercusión en todo ello de la Constitución de 1978, nuevas y más numerosas complicaciones de derecho transitorio, además de la incidencia fiscal, continuamente variable, que puede determinar la inviabilidad práctica de ciertos actos o negocios jurídicos, que civilmente lo serían pero que fiscalmente resultan prohibitivos por su elevado coste; o bien de ellos puede surgir la conveniencia, o, incluso la urgencia de efectuar otros cambios.

Si antes de promulgarse el Código civil resultaba complicado conocer la legislación vigente (*Novísima Recopilación* más un reducido número de leyes especiales y las *Partidas*) ahora no es menor, sino probablemente mayor, por la suma de textos que en progresión cre-

ciente, van apareciendo en el Boletín Oficial. Además, están sujetos a continuos cambios, en tanto que los de antaño regían normalmente muy largos periodos de tiempo sin sufrir variaciones.

En el derecho anterior, las leyes, y ni siquiera las compilaciones, pretendían regular *ex novo* materia alguna sino que, cuando no se limitaban a recoger por escrito las costumbres o leyes antiguas que seguían practicándose, se circunscribían a rectificar algún punto concreto —que se estimaba era contrario al derecho natural—, a resolver algunos casos controvertidamente dudosos o acerca de los que faltaba una *communis opinio* definida; o bien a declarar la no aplicación de textos de derecho romano que se estimaban inadecuados, o en fin para aligerarlos de formalismos.

Por otra parte, es comprensible que para un jurista de la Capital resultara incómoda la complejidad de costumbres y que ésta crearan inseguridad en él; pero no eran así para quienes las practicaban y vivían en cada comarca o municipio. Y las costumbres según ley dotaban de seguridad a la interpretación de ésta, así como sus antecedentes históricos. Esto constituía la mejor garantía de seguridad; pues no eran posibles los cambios subjetivos de interpretación por parte de funcionarios ni por modas pasajeras, traídas momentáneamente por cualquier opinión de algún teórico, como desgraciadamente ocurre hoy.

14. Después de lo expuesto hasta aquí, surge una cuestión crucial. Los cuatro juristas autores del proyecto del Código civil de los franceses, ¿hallaron una solución perfecta para el derecho civil francés?

Recordemos las frases de Carbonnier transcritas antes. Los redactores del *Code* filtraron y depuraron de lo socialmente más explosivo lo que habían traído las disposiciones revolucionarias, y, en lo demás, conciliaron el derecho que se vivía tradicionalmente en Francia para reducirlo a la unidad.

Pero, en cambio, aceptaron el postulado jurídicamente más revolucionario. Es decir, la imposición al derecho de la soberanía estatal, nacionalizando su producción que antes, operaba lentamente el pueblo guiado por sus juristas prácticos.

El solo hecho de la promulgación del *Code* implicaba esto. Con él se derogaban infinidad de costumbres y estatutos locales vividos. Algunos de los cuales eran de una importancia vital para la conservación de las casas labradoras.

Por otra parte, a cambio de haber codificado en general según la experiencia y las costumbres, y no según la razón abstracta, se dió un paso decisivo para el tránsito de un *ordenamiento espontáneo* a un *ordenamiento dirigido*, —según la distinción de Figa Faura—, por lo menos, en cuanto en adelante el legislador asumiría la posibilidad de imponer todo el derecho privado. Este fue encerrado en el «arca santa» del *Code civil* y su llave se entregaba a quien en el futuro detentare el poder legislativo.

Al final del discurso vino a reconocerse: «Nuestro propósito ha sido sujetar las costumbres a las leyes». Palabras que debemos situar detrás del texto constitucional que declaraba la ley expresión de la voluntad del pueblo.

¿Se jugó una partida sibterránea entre Napoleón y la Comisión que él mismo designó? Al encomendar la redacción del *Code* a expertos juristas, el Primer Cónsul dió viabilidad a su Código, aún al precio de que ellos lo redactaran conforme a las costumbres y a los criterios tradicionales. Pero, lo que aquellos expusieron en el discurso preliminar en el que presentaban el Proyecto, no tenía fuerza de ley, aunque contuviera muchas lecciones de derecho.

En este sentido podemos hablar de dos partidas. Una referente a la determinación del derecho recogido en el *Code* y otra incidente en la soberanía de la ley positiva estatal sobre el derecho.

Aquella la ganaron, a fin de cuentas, Tonchet, Portalis, Bigot-Préameneu y Maleville, en el campo de la jurisprudencia. Vamos a examinar el discurso y resultados de ese embite.

En contra de las advertencias contenidas en el discurso preliminar, Napoleón pensó que, con su Código, podrían resolverse todos los litigios, sin más que aplicarlo directa e inmediatamente, y sus artículos 4.º y 5.º partían de esa idea.

Art. 14.º «*Le juge que refuserá de juger, sous pretexte de silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

Art. 5.º: «*Il est défendu aux le juges de prononcer por voi de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*».

Conforme la letra de estos artículos, el *arrêt* de la *Court de Cassation* de 25 de mayo de 1914 había declarado que los Tribunales deben aplicar la ley «tal como es, sin que jamás les sea permitido modificarla o restringirla por consideración alguna por fundada que sea».

Los redactores deñ *Code civil* no pensaban exactamente lo que con esta resolución se quiso dar a entender. En su libro preliminar habían dedicado un título a la interpretación de la ley, que la Asamblea legislativa suprimió. Pero en su discurso preliminar habían explicado claramente su pensamiento.

«Sin duda sería deseable —dijeron— que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes o una máxima admitida hacen las veces de la ley. Y cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo hay que remontarse a los principios del derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres.

»Todo esto supone compilaciones, colecciones, tratados, numerosos volúmenes en fin, investigaciones y disertaciones».

Un párrafo después, sigue: «Sería un error, pues, pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado a todos los casos posibles...».

«Harta fortuna es —sigue despues— que la necesidad en que se halla el juez de instruirse, de investigar, de profundizar las cuestiones que se les someten no le permita olvidar jamás que si bien existen cosas libradas a la razón, no existe ninguna que lo esté a un mero capricho o voluntad.»

Y, más adelante, precisa: «La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes y hacerlo inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podrá concebirse la posibilidad de cumplirse la función judicial?».

«...A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre y la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, a contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

»Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa regulación de los rescriptos: pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivientes agitados entre particulares no está más al abrigo de arrebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitrio regulado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, a la acción de la prevaricación en el arbitrario absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie.

»Las partes que traten entre sí una materia que la ley positiva no ha definido se someten a las costumbres recibidas, o, en su defecto, a la equidad universal, así, pues, comprobar algo referente a una costumbre y aplicarla a una disputa privada, es realizar un acto judicial y no un acto legislativo. La aplicación misma de esta equidad o de esta justicia distributiva, que acompaña y debe acompañar, en cada caso particular, todos los hábitos de los cuales una de las partes litigantes obliga a la otra, no pueden pertenecer jamás el legislador, ministro de esta justicia o de esta equidad general que, sin hacer excepción alguna de circunstancias particulares, abraza la universalidad de las cosas».

Y, después de insistir en este mismo sentido, distinguía:

»Hay una ciencia para los legisladores como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia los principios más favorables al bien común; la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudia el espíritu de la ley cuanto la letra denota; y no se expone a ser una y otra vez esclavo y rebelde desobedeciéndole por espíritu de servidumbre.

»Es preciso que el legislador vigile la jurisprudencia; pero puede

ser iluminado por ella, y, aunque por su parte, puede corregirla, es necesario que haya una. En esa inmensidad de cuestiones diversas que componen las materias civiles y cuyo enjuiciamiento, en la mayoría de los casos, requiere menos la aplicación de un texto preciso que la combinación de varios textos que conducen a la decisión, aunque ninguno de ellos por separado la contenga, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. Así abandonamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no cabrían en el plan de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado contenciosos que no deben, en absoluto, ocupar al legislador, y todos los problemas que inútilmente se esforzaría en preveer o que una previsión precipitada no podría definir sin peligro. A la experiencia incumbe ir colmando los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mas, hablando con propiedad, no acaban de hacerse jamás».

Dos párrafos después, concluye con esta frase tomada de un pensamiento de Montesquieu: «El derecho es la razón universal. La suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes no son, o no deben ser, sino el derecho reducido a reglas positivas, o preceptos singulares».

Maleville escribió los primeros comentarios al *Code civil*, titulados *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. A Napoleón —que había luchado denodadamente para que el proyecto fuera aprobado— le sobrecogió la aparición de este comentario y exclamó con amargura: «*Mon Code est perdu*».

15. El impacto de la promulgación del *Code civil* en el método jurídico fue examinado a fines del siglo pasado por François Géný.

Este autor explicó que, antes de la codificación y fuera de los principios de buen sentido transmitidos por los jurisconsultos romanos, para la mayor parte del derecho romano, el jurista «estaba solo obligado a seguir la costumbre, a interpretarla a la luz de la razón, y a contribuir el mismo a formarla, como cosa propia a esta fuente esencialmente mudable y progresiva, autorizado también a buscar precedentes en la enorme reserva de autoridades anteriores, y por la fuerza misma de las cosas y gozaba de una gran amplitud doctrinal, que es lo que hoy sucede en Inglaterra, y lo que hasta la promulgación del nuevo código civil ocurría en gran parte de Alemania».

Los codificadores franceses trataron «de vaciar todas las leyes, todas las costumbres, toda la tradición anterior, todos los precedentes de nuestra jurisprudencia civil y mercantil, en un molde del cual salieran rejuvenecidos y transformados en fórmulas legislativas ciertas, precisas e impuestas con la fuerza y el absolutismo de dogmas jurídicos». Trabajo que no les parecía sino meramente «formal de simplificación y de sistematización».

Así lo muestran los textos del discurso preliminar del proyecto que acabamos de transcribir.

También resulta que así, de una objeción planteada por Cambacérès, entonces cónsul, durante la discusión en el Consejo de Estado. El *Code* —advirtió— no contiene la solución de todas las cuestiones que puedan presentarse; por lo cual —pensaba, él— era preciso dejar a los Tribunales la posibilidad de apoyar sus decisiones en los textos romanos y en las costumbres. Respondió Bigot-Préameneu que, con el fin de simplificar la aplicación del derecho, era preciso derogar de un modo absoluto todo el derecho antiguo, pero que esto no impediría que el derecho romano conservara su autoridad de razón escrita, «encuadrado en estos límites, nos será mas útil, en cuanto, en su empleo, no se podrán utilizar sino las máximas de equidad que contiene, sin hallarse forzado a seguir las sutilezas y errores que a veces se mezclan». Cambacérès no insistió: bastaba que los jueces —dijo— tuvieran la facultad de tomar como guía las leyes anteriores.

Los primeros comentaristas del *Code civil*, «formados —dice Géný— en el estudio de la jurisprudencia, bajo un régimen anterior a la codificación, no hubieran concebido fácilmente que la promulgación de una ley civil general cortara las alas al progreso doctrinal y judicial de la aplicación del derecho» Esta concepción tradicional la mantuvo, —a su juicio y no obstante opiniones contrarias— incluso Merlin —«que se ofrece, por decirlo así, como el puente entre el antiguo y el nuevo derecho»— y los primeros comentaristas, principalmente, Proudhon y Durantón, y hasta Tauillier, Duvergier, Tauillier, y más tarde en Troplong, con más acentuada independencia dogmática.

La nueva generación de jurisconsultos fue la que cambió el método de interpretación jurídica, que por primera vez fue expuesta en 1841, «de una manera tan franca que toca los lindes con la paradoja», en la *Memoria* presentada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, por Blondeau, a la sazón decano de la Facultad de Derecho de París, acerca de *La autoridad de la ley*, con el subtítulo *Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas*.

Este método sería el enseñado en adelante en las Universidades y empleado en los más acreditados tratados generales, aunque, como veremos, no se aplicara en la práctica. «Atenuado ligeramente por Demante y Marcadé —seguimos leyendo a Géný—, fácilmente se percibe este método en Demolombe, Aubry y Rau, y particularmente en Laurent. Es el mismo que todavía emplean [recordemos que Géný escribía a finales de siglo] Baudry-Lecantinerie y Vigié, en sus tratados elementales, que parece son los que, en general, representan mejor el carácter de la enseñanza actual del derecho civil en las Facultades de Derecho francesas. Con ligeras modificaciones es también el empleado en el reciente *Commentaire du Code civil* de M. Hué y

de la parte publicada del *Cours de droit civil français*, de Ch. Beudant».

Fue el reinado de la *Escuela de la exégesis*. Según ella, el Código civil solo debía interpretarse sirviéndose de sus elementos internos: literal, según la intención del legislador, lógico, sistemático, y, en último término, elevándose a sus propios principios, pero sin salirse ni elevarse por encima de ellos.

Laurent lo justificaba así: «La ley es la expresión de la soberanía nacional; como tal, obliga a los tribunales tanto como a los particulares. Cuando se dice que el juez está encadenado a la ley, esto quiere decir que no tiene derecho a someterla a control, que no le está permitido examinar si está en armonía con los principios de lo justo y de lo injusto que Dios ha gravado en nuestra conciencia. Es cierto que el legislador debe velar porque las leyes no violen la justicia eterna». Pero: «Si el juez pudiera juzgar la ley, si pudiera rechazar su aplicación, la ley no sería lo que debe ser, una regla obligatoria para toda la sociedad».

Sin duda tendría razón Laurent si, conforme sus palabras, ese rechazo se aplicara en términos generales a la ley; pero de lo que se trata es de discernir su encaje en las posibles aplicaciones concretas de que se juzgue; y tendría razón si su inaplicación, en ellos, se debiera a criterios subjetivos o ideológicos del juez, y no la naturaleza de la cosa de que se trate.

Para Laurent la interpretación no debe ser sino la aplicación de los principios legales a un caso no previsto por el legislador: «Los principios por bien formulados [por el legislador] que se les suponga, siempre son abstracciones. Cuando se trata de dar vida a lo que es abstracto las dificultades surgen a montones. La ciencia del intérprete debe resolverlas».

El *avant-propos* de su 4.^a edición, del año 1887, concluía con esta pregunta «¿Es verdad que sólo el respeto al texto proporciona una base sólida a la ciencia del derecho, mientras que la interpretación que se aparte del texto hace incierta a nuestra ciencia y arbitraria la aplicación de las leyes?. La respuesta a esta pregunta será mi justificación».

¡Claro que la respuesta depende, ante todo, de si la ciencia del derecho es una ciencia sin más base que los textos legales positivos, o si realmente la debe tener en la naturaleza de las cosas!

Liard fue el más radical: «El derecho es la ley escrita (...) los artículos del Código son teoremas respecto de los cuales, se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer las consecuencias. El jurista es un mero geómetra...»

Sin embargo, en la *Court de Cassation* y en la práctica de los Tribunales —como explicaría a primeros de este siglo el abogado Cruet— «parecía regir, como sobreentendida una especie de conspiración del silencio sobre el hecho de que los abogados y jueces, con

frecuencia hacían cosa muy distinta de aquella labor meramente deductiva», en que consiste la exégesis; si bien, a veces, revistieran su solución «con el disfraz de operaciones lógicas».

Gény no solo había descornado ya la cortina, sino justificado la labor interpretativa que los Tribunales venían desarrollando.

El positivismo legalista, «conduce al *abuso de hacer residir a priori todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de categorías lógicas predeterminadas por esencia*, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias circunstancias de la vida». Así resultaba, a su juicio, que los excesos del positivismo legalista son: «de un lado, *la objetivación absoluta e inmutable de las concepciones*; por una consecuencia necesaria, *limitación apriorística de categorías jurídicas*».

Respecto del dogma de la soberanía de la voluntad del legislador, rechazó Gény que pudiera extenderse a lo que hubiese escapado a su previsión. Tampoco aceptó el recurso a la voluntad objetivada, independiente de su autor; ni que se pudiera proyectar hipotéticamente condicionada a la evolución sociológica producida, para cubrir las exigencias del momento de su aplicación; ni tampoco separar texto y pensamiento del legislador.

Por lo tanto, estimó necesario acudir a otras fuentes: la costumbre, la autoridad y la tradición desenvueltas por la jurisprudencia de los Tribunales y a la doctrina dimanante de la «*libre recherche scientifique*». Tres palabras que delimitan su contenido. Conforme cada una, se trata, pues:

- de una *investigación*,
- *libre*, en cuanto no está sujeta a una autoridad positiva;
- y *científica*, porque debe someterse a los datos (*donées*) o elementos objetivos descubribles científicamente.

«Mientras el legislador no tropieza con ningún obstáculo en la apreciación de una situación general que regula de una manera enteramente abstracta, el juez, que estatuye en vista de los casos particulares y respecto de problemas absolutamente concretos, debe, siguiendo el espíritu de nuestra organización moderna» ...«fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva»; para lo cual, no podrá encontrar los apoyos necesarios sino en la *naturaleza de las cosas*; «pues solo puede dársele el atento examen de la *naturaleza de las cosas*».

«Se trata —explica— de construir, por un esfuerzo científico, una especie de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todos los movimientos de la vida jurídica».

Esa investigación requiere: «De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir, en nuestra naturaleza íntima, las bases mismas de la justicia; de otra parte, observar los fenómenos

sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda teniendo su firme base en lo que podemos llamar *naturaleza de las cosas positiva*, referente al conjunto de condiciones que forman como la atmósfera exterior de la vida jurídica; la primera descansando sobre un fondo más íntimo, que escapa a la observación de él y a la experiencia posible; pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho».

Ambas son necesarias: El juez y todo intérprete del derecho positivo «debe contar con las inspiraciones de la razón y de la conciencia para escrutar el misterio de lo justo antes de descender al examen de esta *naturaleza de las cosas positiva*, que precisará su diagnóstico y pondrá en acción los principios racionales». Fuera y sobre «la naturaleza de las cosas positiva, formada de elementos materiales y móviles, existe una especie de naturaleza de las cosas superior constituida por los principios racionales y por entidades morales inmutables. Si esta justicia absoluta se impone desde luego al legislador, no podrá ser indiferente al juez, cuando las lagunas de las fuentes positivas le lleven a crear el derecho que la ley le rehusa».

Gény entendió, a diferencia de Kant, que los datos de la razón y de la conciencia no tienen carácter subjetivo, sino que son «representación de una realidad superior situada fuera de nosotros», con «carácter universal» y «existencia objetiva». Aunque, el hecho de que pasen a través del alma de cada uno, las impregne de subjetividad y les dé la apariencia de perder «su aspecto de entidad superior al hombre, independiente de él».

La obra de Gény ha sido considerada, por varios autores franceses, el origen de la que han denominado doctrina moderna.

16. Todo lo que hemos visto, hasta ahora, corresponde a una visión histórica real pero incompleta y, por lo tanto, puede resultar engañosa.

!La legislación revolucionaria, conforme los proyectos de Código civil preparados por Cambencérès tuvo la pretensión de reducir todo el derecho civil en algunas reglas simples, conformes a los preceptos dictados por la Razón con una mentalidad sistemática e ideológica. Napoleón Bonaparte después de declarar que la utopía de la Revolución había terminado, aceptó a beneficio de inventario parte de sus logros. Los juristas redactores del Proyecto, con su espíritu vencieron al espíritu revolucionario; pero no en todo. La codificación según la experiencia se impuso a la idea de codificar conforme la razón abstracta; pero encerró el derecho en un instrumento de aquélla. Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu y Maleville, creyeron que habían reducido todo lo útil de las Pandectas, las Decretales, las recopilaciones de costumbres y las reales cédulas en otro texto más breve y más perfecto, sobre el cual los juristas seguirían trabajando como antes.

Napoleón pensó dejar una obra imperecedera. Bigot-Prémeneu, presentó la versión revisada de 1807, como «una arca santa que guardaría el derecho para el futuro». Sin embargo, lo que se hizo fue dejar el derecho en manos del Estado, o de la persona o asamblea que ejerciera el poder legislativo, que —como antes he dicho— se quedó con la llave del arca.

El *Code* había estatalizado todo el derecho civil, en contra de lo que creían los expertos juristas que lo redactaron. Sin embargo, al hacerlo, venían a reconocer tácitamente, ellos mismos, que —en contra de lo aconsejado por Montesquieu— las costumbres eran mudables por leyes.

Y Napoleón, que fue capaz de llevar a término lo que las asambleas de la Convención no consiguieron, para lo cual tuvo que sofocar la oposición del Tribunado y de la Asamblea legislativa, no se percató de que, al entregar todo el derecho civil a la soberanía de la ley, siendo esta expresión de la voluntad del pueblo, los futuros parlamentos legislativos podrían volver a introducir en su arca santa el derecho revolucionario —que, bajo su égida, había sido rechazado por contrario al propio núcleo básico de la sociedad que es la familia.

Finalmente, al efectuarlo, se ponía el derecho civil en manos del poder político —cosa que parecería bien a Napoleón mientras él tuviera las riendas del Estado—, con lo cual ha resultado facilitada la creciente publicitación del derecho privado.

Este es un tema que fue magistralmente examinado nada menos que por Georges Ripert, primero, en *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, aparecido en 1938 y reeditado en 1947, y, después en *Le declin du droit*, publicado en 1949; y que también abordaría René Savatier, en *Du droit civil au droit public*, editado en 1950.

Ripert, en la primera de estas obras —que acometió «con el propósito de señalar la importancia del factor político en la evolución de nuestro derecho civil, más particularmente en el curso de esos cincuenta últimos años»— exclama: «Jamás poder alguno [el de hacer la ley por el Parlamento, desde la introducción del sufragio universal] se ejerció mas soberanamente ¡En verdad Luis XIV en toda su gloria no estuvo jamás revestido de tal poder!. Por primera vez, la autoridad pública impone la ley siguiendo solo su voluntad. Cuando los antiguos jurisconsultos afirmaban: el pueblo es quien hace la ley, la afirmación no tenía peligro, pues el pueblo no tenía el poder de hacerla sino por la lenta formación de la costumbre». Añadamos que, según diría Costa, entre nosotros, es así como el pueblo es verdaderamente soberano, es la esfera de su competencia real.

Pero sigamos a Ripert: «Decir con Guy Coquille: “el primer movimiento, el primer nacimiento a la vida del derecho civil, es una voluntad de los Estados de las provincias”, era una manera de decirle al rey que no lo podía tocar. Los reyes de Francia además, no se atrevieron apenas a modificar por ordenanzas las costumbres. Esta

intervención habría sido considerada, en muchos casos, como un desconocimiento de las libertades prometidas a las provincias. El rey apenas disponía sino en materia de policía y de justicia. En todo caso, ninguna de las grandes ordenanzas de Luis XIV toca directamente al derecho civil...»

Por otra parte, el rey debía contar con los poderes rivales. Explica Ripert que debía contar con la iglesia —en materia matrimonial—, con los Parlamentos —que debían dictar los «*arrets de reglement*» si consideraban que no se podía registrar alguna ordenanza—, con las corporaciones que determinaban las condiciones de la fabricación y venta de los productos, clasificaban los maestros, artesanos y aprendices, reglamentaban las actividades de cada clase.

A partir del Código civil, ante el poder del Estado debieron inclinarse las costumbres locales, que quedaron con un papel insignificante, la Iglesia, las *courts de justice*, las corporaciones.

Desaparecido el derecho de veto del poder ejecutivo; y ya dueño omnímodo el legislativo, o sea, el Parlamento elegido por sufragio universal, el poder de legislar carecerá en adelante de límites. «Toda voluntad del Parlamento es ley» ...«La máquina de fabricar leyes, movida por el sufragio universal se ha agitado» ...«Nuestro siglo ve todos los días el milagro de la multiplicación de las leyes que se parece al milagro evangélico, pues ha hecho leyes para nutrir una multitud; y los desechos llenan cestos».

La razón básica de esto, señalada por Ripert, en la Introducción de su libro, se halla en que «una democracia es necesariamente actuante, pues tiene un ideal que jamás puede alcanzarse. Pone como principio el progreso indefinido de la sociedad, dirigiéndose este progreso al desarrollo de la civilización material».

Lo que más asombraba a Ripert era que los juristas estudiaran esas leyes civiles positivas «como si establecieran las únicas reglas que la Razón pueda concebir»; sin que sus críticas, pocas veces, se refieran sino a la técnica. Incluso Gény no se había ocupado sino del método de interpretación. Y lo que más le inquietaba a Ripert era el hecho de que «el jurista renuncie a dirigir, a crear el derecho».

Tranquiliza a muchos juristas pensar que la ley sea lo que quiere el pueblo; y, sin embargo —sigue Ripert—: «Saben que la ley es simplemente la expresión de la voluntad de una mayoría de parlamentarios, así mismo elegidos por una mayoría de electores. Como los indiferentes son más numerosos que los actuantes, en el fondo es la expresión de una minoría; y, como acerca de más de un punto, los electores no tienen claridad alguna y a los parlamentarios les son indiferentes, la ley simplemente representa la voluntad persistente de un hombre o de un grupo de hombres. Se sabe que tal ley ha sido preparada, querida por tal persona o tal grupo, y que el voto ha sido facilitado por una campaña de prensa y qué dinero ha pagado esta propaganda».

En *Le declin du droit*, observa que, impuesta la política de partidos: «Los diputados en la Asamblea nacional son los representantes de su partido», que les impone una disciplina estricta.

Hace un siglo nuestro Joaquín Costa había sido más rotundo, cuando, refiriéndose a los liberales españoles de su tiempo, decía; «Pensan que el pueblo ya es rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral: no lo creais; mientras no se reconozca además al individuo y la familia la libertad civil y al conjunto de individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho a darse periódicamente un amo que dicte la ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo rey en el pretorio de Pilatos».

Así, observa otra vez Ripert: «La ley no es sino la traducción del éxito momentáneo de un partido o de un hombre» ...«La ley moderna —insiste en *Le declin eu droit* (n. 7)— es la expresión de la voluntad de un partido victorioso».

Con razón, advierte también, en una de las pocas adiciones que contiene la segunda edición de la primera de las dos obras que vengo citando: «La dictadura hace desaparecer el vicio que consiste en confiar la confección de las leyes a quienes deben sufrir sus efectos, pero agrava el mal de la todopoderosa política para regular las relaciones entre los hombres, y frecuentemente, para mantenerse, está obligada a satisfacer tantos intereses como un Parlamento».

En *Le declin du droit*, va enumerando las consecuencias del movimiento legislativo de nuestra época, en unos capítulos en cada uno de los cuales pone por lema, debajo de su correspondiente título, un texto ilustrativo de *Montesquieu*.

I. *La ley del más fuerte*. «En un estado popular es preciso un resorte más, que es la virtud... Cuando la virtud cesa... la república es un despojo, y su fuerza no es mas que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos» (E.L. 3, 1).

II. *Todo deviene derecho público*. «No deben regularse por lo principios del derecho político las cosas que dependen de los principios de derecho privado», (E.L. 26, 15).

III. *Bajo la servidumbre de las leyes*. «Como en la democracia el pueblo parece pronto para hacer lo que quiera, se ha caracterizado esta especie de gobierno por la libertad; se han confundido los poderes del pueblo con la libertad del pueblo», (E.L. 11, 2).

IV. *El espíritu de desobediencia*. «Se era libre con las leyes, se quiere ser libre contra ellas. Cada ciudadano es como un esclavo escapado de la casa de su amor», (E.L. 3, 3).

V. *La discontinuidad del derecho*. «El espíritu de moderación debe ser el del legislador. El bien político como el bien moral se encuentran siempre entre dos extremos», (E.L. 21, 1).

VI. *La inseguridad jurídica*. «La libertad consiste en la seguridad, o al menos en la opinión de que se tiene seguridad» (EL, 12, 2).

VII. *La destrucción de los derechos individuales*. «Tomamos, pues, por máxima que, cuando se trata del bien público, el bien público no consiste nunca en que se prive a un particular de su bien ni siquiera que se le quite la menor parte, por una ley o una regla política» (E.L. 26, 15).

En cada uno de estos capítulos va señalando como las leyes de este siglo habían venido vulnerado cada uno de estos principios, destacados por el *Président* bordelés.

17. El sometimiento del derecho a la ley positiva viene a ser algo semejante a si se sometiera la medicina a un vademecum oficial, solo revisable por el poder legislativo. Pues bien, acabamos de ver el fenómeno, mostrado por Ripert, de que se ha puesto el derecho a merced de la política; y las consecuencias que en el derecho civil se han producido, las señala el mismo autor en *Le declin du droit*. Pero de esa prepotencia no puede culparse solo ni principalmente a la transacción que se operó con el *Code civil da français*, por la cual, a cambio de recoger cuanto se consideraba adecuado al pensamiento entonces vigente y mejor resuelto en las costumbres vividas, se las sometió a todas a la elección y al juicio de cuantos legisladores de quienes en el futuro dependiera. La causa fundamental de esta prepotencia era muy honda: la Revolución francesa no había dejado en pie más poder que el del Estado.

Tocqueville, en el cap. II del lib. I, *De l'Ancien regime et la Revolution*, advirtió que la Revolución francesa «no había tenido solo por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad». Y por ello, la destruyó todo cuanto pudo.

«Pero —sigue Tocqueville— apártense estas ruinas y se percibirá un poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las partículas de la autoridad que antes estaban dispersas en una infinidad de poderes secundarios: órdenes, clases, profesiones, familias, e individuos y como difundidas en todo el cuerpo social. No se había visto en el mundo poder semejante desde la caída del Imperio romano. La Revolución ha creado este poder nuevo, o mejor dicho, ha nacido por sí mismo de las ruinas amontonadas por la Revolución»

Edmund Burke, en sus *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, señaló que los viejos parlamentos regionales constituyeron «cuerpos políticos permanentes hechos para resistir arbitrarias innovaciones, y estas corporaciones estaban bien pensadas para asegurar a las leyes conjuntamente tanto su autenticidad como su inviolabilidad. Habían sido asilo seguro para las leyes en todas las revoluciones del capricho y de la opinión, salvando este sagrado depósito de la patria durante

los reinados de príncipes arbitrarios y de las tormentosas arbitrariedades de las facciones».

Quedaban solos, frente a frente, el Estado y cada individuo aislado. Su suma únicamente tenía relevancia colectiva, confundándose con él mismo Estado, al formular la *volonté générale*, que —según Rousseau— no limitaba la libertad individual, sino que obligaba a ser libre a quién pretendiera serlo por su cuenta.

René Savatier, en *Du droit civil au droit public*, captó perfectamente la trascendencia jurídica de esta idea, que fue reforzada de hecho por la Revolución, al destruir ésta todas los órganos y tejidos sociales. «La libertad quedaba susceptible de ser restringida en el límite de los intereses y de la voluntad de ese Estado, expresada por un sufragio general. Pero fuera de ahí, todos los grupos, todas las comunidades que restringieran la libertad del individuo, desde la familia hasta las corporaciones, todas eran a los ojos de la Revolución, a los ojos de Juan Jacobo Rousseau y también a los ojos de Bonaparte, unos usurpadores de la libertad individual». No hay más interés que el general de la sociedad apreciado por quienes gobiernan el Estado. Ante él deben inclinarse los intereses del individuo y de la familia: Así —concluye Savatier— «el derecho privado, el derecho civil, inevitablemente va a incorporarse al derecho público». Y, en esta perspectiva, de visión limitada, resulta que todo servicio social se considera servicio público, y todo lo social lo asume el Estado. Y así —volvemos a leer a Savatier— «un nuevo peligro surge: éste también orden filosófico, es el de subordinar sistemáticamente doctrinalmente, el hombre a lo social, a la persona pública, el individuo a lo colectivo».

Pero, no eso solo. Si quien derriba algo necesario es porque lo considera viejo, consecuentemente piensa construir de nuevo. La Revolución francesa destruyó una sociedad, que consideraba obra de la historia, para construir otra nueva, conforme sus ideas.

Comenzaron los hombres que la dirigían por distribuir geométricamente y ordenar aritméticamente el país, como hace notar Burke, quien comenta que así, los revolucionarios hicieron «libre a Francia, como los romanos a Grecia, Macedonia y otras naciones», destruyendo «los lazos de unión, bajo el pretexto de proveer a la independencia de cada una de sus ciudades».

En eso, vemos el espíritu matemático, racionalista y operativo, que ha caracterizado las ideologías políticas del tiempo de las *lucres*, que habían querido sustituir la experiencia por la razón abstracta, la espontaneidad social por la planificación estatal. De Maistre, en sus *Reflexiones sobre Francia*, supo comprender que en esto se hallaba la esencia de la Revolutivo, cuando explicó que una contrarrevolución no es una revolución en contrario, sino lo contrario de la Revolución: La revolución procede y progresa deshaciendo lazos sociales. La contrarrevolución consiste en tejerlos incansablemente.

Sánchez Agesta ha explicado muy claramente el giro operado desde la Revolución francesa: «El poder se ha atribuido, a través de la ley, la facultad de conformar el mismo orden social. El germen del racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por un crecimiento evolutivo de fuerzas sociales espontáneas sino por una voluntad operante, según esquemas de organización racional».

Se tala el bosque y se ara la tierra, para hacer un parque de jardinería francesa con sus líneas regulares y geométricas. Lo natural se sustituye por lo fabricado, y lo orgánico por lo mecánico. La sociedad que naturalmente se desarrolla de abajo hacia arriba, es descompuesta en individuos abstractos e iguales, que son estructurados desde arriba por el poder político, conforme al modelo, que se estima les hará más libres y felices.

Así lo estudié, hace casi veinte años, en *Sociedad de masas y derecho*. Una sociedad orgánica tiene vida propia; una masa de individuos ha de ser moldeada, manipulada, ha de ser puesta en movimiento, conducida por hilos artificiales y, cuando se estime preciso, aquel movimiento deberá ser acelerado, frenado o se variará su dirección.

El teólogo evangélico y profesor de la Universidad de Zurich, Emil Brunner, por la década de los cuarenta, escribiría su libro *La Justicia* con un largo subtítulo, que traducido por Recansens Siches al castellano, público la Universidad Autónoma de México. En esa obra, Brunner afirmaría que el Estado totalitario, «propiamente, su raíz histórica la tiene en la República de la Revolución francesa, en el *Contrat social* de Rousseau, en su principio de la *aliénation totale*», y que «es consecuencia necesaria de la concepción de que el Estado es soberano, de que no está ligado por ninguna ley, de que, por el contrario, puede convertir en ley todo lo que quiera y le parezca bueno y de que todos los derechos que existen en el pueblo dimanen del Estado».

La euforia de la propaganda política, a través de los *mass-media* no permite, a veces, detectar realidades subyacentes, que no recogen las imágenes del televisor y acerca de las cuales no dejan pararse a pensar las charlas superficiales y frívolas de los locutores. Pero, a veces, los mejores entre los mismos políticos confiesan su existencia como lo hizo quien había sido, nada menos, Presidente de la República francesa, Georges Pompidou, en su libro póstumo *Le noeud Gordien*. En él, después de explicar que, la ruptura de los vínculos tradicionales, se había instaurado «en las costumbres y en los espíritus», advirtió de que, «al mismo tiempo», el hombre se encuentra dotado, a causa de los descubrimientos científicos, de un poder de presión sobre los elementos ciertamente nuevo, pero también sobre el hombre; poder absolutamente desmesurado. El sabio, el ingeniero, el tecnócrata disponen de medios colosales. Estos medios, en lo esencial, se concretan en manos del Estado y de una administración que

encuadra a los individuos, los coloca en fichas perforadas, los designará mañana por un número [*ya estamos ahí*], determinando la progresión del nivel de vida, las actividades deseables, y su reparto geográfico, tomando a su cargo la educación, la instrucción, la formación profesional, muy pronto el deber y el derecho a la procreación, y la duración del trabajo y del ocio, la edad del retiro, las condiciones de la vejez, el tratamiento de las enfermedades...» Ahora, desde unos pocos años después, ya, con su seguridad social, facilita el aborto, y, tras las manipulaciones genéticas, quizás pronto la eutanasia.

La profecía de Tocqueville —en el cap. VI del libr. III, *De la démocratie en Amérique*— acerca de esa especie de opresión, que vislumbró como una amenaza de los pueblos democráticos, y que no sabía con que palabra expresar, está ya ahí, tratando de evitar al pueblo «el trastorno de pensar y el esfuerzo de vivir».

Pero, volvamos a seguir leyendo *El nudo gordiano*, donde, líneas después, insiste que, «en el mismo momento en que el individuo se siente libre y se libera de las obligaciones y represiones tradicionales, se contruye una máquina técnico-científica monstruosa, que puede reducir a la esclavitud al mismo individuo, o destruirlo de la noche a la mañana.

»Que nadie acaricie la ilusión del control. Una vez en el volante del coche, nadie puede impedir que el conductor acelere el acelerador y que dirija el vehículo donde quiera».

18. «Los hombres de la Revolución —vuelvo a Ripert, en *Le déclin du droit*— que han creado la potestad legislativa, vieron claramente, que ésta para ser soberana, debía ser única. Pronunciaron la disolución de todos los órdenes y asociaciones, y prohibieron que se crearan nuevas». En *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, ya había apuntado que, esa condena «se había hecho en nombre de la libertad», de acuerdo con «la enseñanza de los fisiócratas y los filósofos liberales». Notemos, pero, que la reducción a la nada de toda especie de corporaciones, en la ley de *Le Chapelier* se centró, en las de ciudadanos de un mismo estado y profesión. El *Code civil* ni citó «el contrato condenado».

«Pero —sigue Ripert— lo que la democracia ha condenado, es la corporación obligatoria y jerarquizada, o la coalición dañina [a juicio de ella] para el orden económico, jamás ha sido hostil en principio a la asociación libre que agrupa miembros iguales en derecho. La libertad de asociación siempre ha estado en los programas de los partidos democráticos». Sin embargo, los sindicatos obreros no vieron hasta 1864 suprimido el delito de *coalition*, que se les aplicaba, y sólo el 21 de marzo de 1884 se los legalizó.

En cambio, el mismo profesor, en otro de sus libros fundamentales —*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, del que apareció la 1.ª edición en 1946—, expone su opinión de que «el advenimiento

del régimen capitalista en Francia puede fecharse desde la Revolución de 1789. Ya que ésta, destruyendo el orden antiguo, que habría podido oponerse al desarrollo del capitalismo, permitió la creación de un régimen nuevo que debería asegurarle el triunfo. Importa poco que lo hubiera o no querido. Es frecuente que, mucho tiempo después de los acontecimientos de una revolución aparezcan sus efectos.

»Afirmando la libertad de comercio y de industria por la Ley de 2 y 17 de marzo de 1791, el legislador no pensaba únicamente en declarar un principio: quería destruir algo. Las agrupaciones obligatorias habían sido suprimidas. Las agrupaciones libres serían prohibidas por tres meses después. Un orden social, de muy largo pasado, era aniquilado por el poder todopoderoso de la ley.

»Nada se había creado para sustituir este orden, pero la omisión era voluntaria, se hacía en beneficio de la libertad» ...«El régimen, que si no se creo, se hizo posible, será denominado mas tarde *régimen capitalista*. La Revolución permitió su advenimiento dejándole el campo libre. No le fue útil por lo que le dio, sino por lo que destruyó». Pero, también le creó «un *ámbito jurídico* favorable», el «*marco de la vida económica* que creo la Revolución». Añadamos la desvinculación de muchas tierras; y la pulverización de otras por los efectos de la generalización del régimen de la *réserve* y el *partage forcé*.

El influjo en la legislación del capitalismo, de sus conflictos y de los sindicatos ha sido considerable. En especial en el derecho laboral, que ha reducido el ámbito del derecho civil, en el derecho fiscal, que incide indirectamente pero con gran peso, en el derecho de la economía, que ha jugado con la inflación —de cuyas consecuencias en el derecho civil, hace casi treinta años, que me ocupé—, que trajo la tecnocracia, de moda en Francia que nosotros seguimos —de la que también traté en su momento— y, ahora recientemente, el derecho del consumo, afectante ampliamente en la contratación.

Tocqueville, en el prólogo de su citado libro, lo había advertido: «Rotos los vínculos de casta, de clase, de corporación o de familia, los hombres, en sociedades constituídas en esta forma, sienten irresistible inclinación a no preocuparse sino de sus intereses particulares, a no pensar más que en si mismos y a retraerse a un individualismo estrecho que mata todas las virtudes públicas» ...«Los encierra, por decirlo así, en la vida privada» ...«el dinero, al mismo tiempo que se ha convertido en signo principal para clasificar y distinguir entre sí a los hombres, ha adquirido en ellos una movilidad singular y pasa incesantemente de mano en mano, trasladando la condición de los individuos y ensalzando o abatiendo a las familias» ...«El deseo de enriquecerse a toda costa, la pasión por lo negocios, el afán de lucro, el logro de bienestar y de los goces materiales son, por consiguiente, las pasiones más comunes en estas sociedades y poco a poco va extendiéndose a todas las clases».

19. El mismo Ripert advertiría el cambio operado por el neoliberalismo respecto del Estado, del mismo concepto de empresa, del régimen de la economía y de la seguridad social (n. 145). De ahí que el Estado se haya visto constreñido a tomar parte en la economía —como legislador omnipresente, como gestor, como arbitro, como regulador— y, al mismo tiempo, al necesitar los servicios que la empresa tiende, a utilizarla, nacionalizándola si fuere preciso (n.145).

Ahora —advierto yo— se ha percatado de que es más rentable, no apoderarse de ella, sino controlar sus beneficios fiscalmente, dominar su crédito desde el Banco estatal, vigilar sus relaciones laborales y dirigir sus convenios.

Esto ha traído la necesidad de una concertación dialéctica entre las Centrales sindicales obreras con más masa de votantes, las Confederaciones empresariales más poderosas y el Estado representado, en el puesto de mando, por el gobierno nutrido por el partido mayoritario o la coalición que consiga el respaldo de una suficiente mayoría parlamentaria. Todo es mayoritario, es decir, cuantitativamente medido, siendo desechados los cuerpos sociales, los empresarios, los obreros y los ciudadanos que piensen de modo diferente que esas mayorías de capital o de los sindicatos reconocidos y subvencionados. Mayorías que, en definitiva, siempre son relativas, pero que representan los máximos poderes de hecho y las mayores fuerzas de presión. Todo ajeno al derecho.

Ripert, en los últimos capítulos de *Le regime democratique et le droit civil moderne*, y René Savatier, examinaron minuciosamente los efectos que esas presiones, ya en su tiempo —hace más de tres décadas—, habían producido en el derecho civil francés, adulterándolo.

Pero, insistamos, en el criterio cuantitativo tanto de la democracia —incluso de las que se han autocalificado de corporativas u orgánicas, sin ser realmente sino plebiscitarias— como del capitalismo y de los sindicatos y confederaciones modernos.

En el último capítulo de *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, explica Ripert que la sociedad antigua estaba jerarquizada en Francia, pero con jerarquías abiertas que permitían el ascenso no solo dentro de cada clase sino de una a otras, teniendo las más altas, esencialmente «una función de servicio». En ella el régimen corporativo era también jerárquico.

Cita el testimonio de Peguy, en *L' Argent*, de que reinaba en ella «una desigualdad común, comunmente aceptada, una desigualdad general, un orden, una jerarquía, que parecía natural, que no hacía sino apuntalar los diferentes niveles de un bienestar común». A ella contraponen nuestra actual igualdad, calificándola de «la más monstruosa desigualdad económica que jamás se ha visto en la historia del mundo».

Todo se clasifica por el dinero, advierte Ripert. Todo se mide

por el dinero. Todo es masa: individuos, obreros, capital, votos. Y también el derecho, que emana de ese espíritu cuantitativo, se masifica.

El resultado actual de estas secuencias, dimanantes de la Revolución, ha sido expuesto, en dos líneas, por Simono Weil, en *Le déracement*: «Puede decirse que en nuestra época el dinero y el Estado han reemplazado todas las otras adhesiones».

La historiadora Marie Madeleine Martin, —en su libro *Les doctrines sociales en France et l'évolution de la société française du XVIII^e siècle à nos jours*— comenta que el desmenuzamiento de la sociedad, producido desde 1789, «prepara el triunfo directo al Estado-Dios, reinante en un pueblo de robots, o del dinero-rey, actuado por algunos amos ignorados».

El denominado derecho de masas invade e infecta los principios e instituciones del derecho civil.

Hace muchos años —desde que escribí *Sociedad de masas y derecho*— vengo insistiendo en que las masas no pueden ser desatendidas por el derecho. Pero, advierto contra el riesgo de que su protección incremente la masificación, así como en la importancia de la desmasificación. De ahí, la necesidad de compaginar la protección de las masas con la de evitar el incremento de la masificación, sino reducirla.

18. Hemos visto que Ripert se quejaba del conformismo de los juristas y de la inocuidad de sus críticas. En cambio, en España sí que hubo en el siglo pasado, verdadera oposición y resistencia contra la transformación del derecho civil, especialmente en sus principios y fuentes tradicionales. Esa lucha —en especial por los juristas de las regiones forales— se centró en la defensa de sus costumbres peculiares en materia económico matrimonial y sucesoria, en especial en cuanto protegían la conservación dentro de la familia de la casa, el manso o el caserío, teniendo muy claro cuán grande era la trascendencia de esa conservación. Pero su defensa tenía ya un flanco al descubierto, como lo muestra este texto de Costa en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881.

«No creais que exagero: la desamortización de los montes, hija de ese idealismo utópico de que han nutrido los economistas a la política española durante medio siglo, la desamortización que ha sido la causa de que el Pirineo aragonés haya quedado despoblado de sus antiguas selvas, ha producido como resultado inmediato la pérdida de la mitad de las fincas rústicas, que han desfilado a vuestra vista, hechas polvo y lodo, por el puente de Piedra, o han descendido al *Ebro*, por el Gallego, por el Cinca y por el Segre; por esto la provincia de Huesca, ha visto disminuir su censo de población desde 1860 o 1870 en una proporción aterradora» ...«por eso muchos pueblos, antes ricos, del Alto Aragón, han perdido la cuarta parte, la tercera y aún la mitad de su vecindario en pocos años» ...«y es que, en

efecto, han pasado por allí y allí han hecho su prueba las doctrinas económicas del *laissez-faire*, y las doctrinas políticas que hacen del Estado una entidad inerte y pasiva» ...«si vuestra idea sobre el derecho consuetudinario pudiesen prevalecer» (...) «si vuestras ideas pudiesen prevalecer, el derecho civil salido de esta Asamblea consumaría la obra iniciada por el derecho político emanado de las Cortes españolas», se provocaría «un castigo y una venganza de una naturaleza creada en el curso de muchos siglos, al calor de patriarcales costumbres, y destruída en un día por la nefasta virtud de vuestras leyes».

Esa adecuación del derecho a la tierra y su vivencia táctil por las costumbres la expresaba ya este texto, bastante anterior, de José Ferrer y Subirana, al proclamar, refiriéndose a la legislación en sentido lato, pues incluía las costumbres de Cataluña, que —decía— «no anda errante y perdida por la región de los sueños y delirios humanos; no, tiene su trono, y un tronco de diamantes aquí en esta tierra en que vivimos; por eso no flota a merced de los vientos, por eso no perece en las circunstancias por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones».

Este último aspecto lo profundizó proféticamente Durán y Bas, quien, hablando de la escuela jurídica catalana, clamaba: «el derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional» ...«cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias ni se identificará con los sentimientos del país; y el tiempo presenciara, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: “El tiempo no respeta sino lo que ha fundado”».

Tan lucidamente perspicaces como estas palabras, fueron las escritas por el jesuita vasco Luis Chalbaud y Erraquin, cuando refiriéndose a la aplicación del derecho de la Tierra Llana de Vizcaya a la propiedad familiar, afirmaba que si se priva de «apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis quitado el nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con esto brota la familia inestable, y, tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el flujo de nuevos elementos» ...«viene la absorción del Estado» ...«y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra».

Pero en el flanco desguarnecido de las instituciones forales no sólo están el derecho fiscal y la moneda común —que el Estado hace

tiempo, más que guardar manipula, así como los efectos de la inflación—, sino que irrumpe una legislación que, al tratar de neutralizar aquélla en ciertos sectores, viene provocando inmensos traslados de riqueza de unos a otros. Uno de éstos se produjo del campo a la ciudad, que tras el dinero inflacionario arrastró a sus habitantes, tomando proporciones gigantescas en la tercera etapa inflacionaria producida en España después de la guerra —de la que me ocupé en mi comunicación al Pleno de Académicos de la Real de Jurisprudencia del 20 de enero de 1975—. Tercera etapa que siguió a la estabilización de 1959, coincidiendo con el desarrollo industrial y con el gigantesco crecimiento de las ciudades, que a las mayores trajo la multiplicación de los problemas de todo orden: polución, congestión circulatoria, delincuencia, droga (y, ¡cómo se han incrementado en los trece años transcurridos!). El desequilibrio fue enorme. Santiago Carrillo, (*Demain l' Espagne*, p. 184) reconocía no sin alborozo: «Con diez vacas hoy se gana menos que un obrero industrial.» El campo se despoblaba, los hombres que querían permanecer no encontraban mujeres con que casarse, quedaban abandonados casas, lugares, pueblos, comenzando por los más agrestes. La multiplicación de incendios, la proliferación de lobos, la irrupción de perros asilvestrados ni fueron ni son ajenos a ese abandono.

Esto, como ya observé hace veinte años —al final de un estudio *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral*— se hallaba en la cabeza del ariete que amenazaba caserios, masías, casas, labradores; pues, trajo el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, con los cuales —envueltos en la galaxia electrónica de los medios masivos de comunicación audiovisuales— se extendía por doquier la masificación, cotrapunto de las esencias que mantenía el derecho foral. Cuando en 1982 recopilé este trabajo e mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico* —alertando contra un nuevo peligro—, añadí una apostilla de la cual extracto aquí lo esencial.

Los parlamentos de las autonomías pueden llevar hasta el propio terreno foral la mentalidad jurídica racionalista, operativa, contrapuesta totalmente al modo de vivir, de pensar e incluso de ser en el que se basaron esos derechos peculiares que —según palabras de Torras y Bages— los fabricaba el propio pueblo como las abejas construyeron sus panales

21. Estamos en al año cien de la promulgación del Código civil español. Lo que queda del derecho civil se halla en la zona donde todavía queda de libertad, espontaneidad e iniciativa social. Y está, aún, en buena parte está en el Código, aunque se halle atenazado por su capítulo I y tenga sus instituciones más importantes, el matrimonio y la familia desorganizadas por las reformas de 1981, y, además, han sido puestas bajo custodia de los jueces de familia, ingeren-

cia que ha sido acentuada en la de 1983. En fin, la última —por ahora— reforma de la adopción de 11 de noviembre de 1987, ha puesto en manos de las instituciones que el Estado designe, una especie de nacionalización de los niños susceptibles de adopción plena.

Ahora, nos hallamos en el momento en que penetra en España el derecho comunitario, como derecho propio y prevalente, con nuevas interferencias en el derecho civil y en el mercantil, unas directas y otras indirectas, pero reales en la práctica. Ello comporta una elevación del techo del derecho positivo por encima del nivel estatal. También lo significaba el Tribunal de Estrasburgo, aunque, en su defensa de los derechos humanos, los conciba idealistamente y los aplique monolinealmente al modo del derecho natural ilustrado.

Pero el Estado y su aparato legislativo, aún cercenado por el de los parlamentos de las autonomías, bajo la vigilancia del Tribunal constitucional, no han modificado el principio básico del sistema jurídico de la supremacía de ley positiva, que sigue imponiendo el Estado, en los términos operativos y extensivos a todas las relaciones sociales, como hemos visto en los epígrafes anteriores. El individuo, ni la familia, ni la sociedad no recuperan la iniciativa que naturalmente le corresponde. Al contrario, se les obliga a moverse por una red cada día más tupida de normas de toda clase. Se llega, incluso a entender la subsidiariedad al revés y se pretende imponer esta inversión.

Pero, no se logra la paz, la justicia, la seguridad ni el bienestar general.

El Estado no puede cargar ni con lo que constituye su campo más tradicional de competencia. El terrorismo, la delincuencia, el tráfico de drogas, la marginación y el paro, todo ello con secuelas de inseguridad ciudadana, la drogadicción, la mendicidad, el pasotismo juvenil, se le escapan.

Pero además, frente a su creciente presión fiscal, con toda la electrónica a su servicio, y su regulación cada vez más minuciosa de la economía, resulta que, sincronicamente, la economía sumergida gana cada vez más terreno y alcanza cotas más elevadas. Desde el Perú a Suecia, desde Italia a la URSS, es un fenómeno, que, en especial por su persistente ascensión y su intangibilidad, resulta de gran significación y muestra que su raíz está muy profunda.

Es una señal más de que el Estado ha rebasado ya sus límites de peso soportables por la sociedad. Y, consecuentemente, ha de consentir que se le escape ese sector, a fin de sostener el edificio sólo con aquellos que tienen fuerza económica para ello, para conseguir que no se hunda, arrastrándole a él en su caída, como armazón y techumbre suya que es. Y para que no le ocurra lo mismo que, en las civilizaciones antiguas, fue su sino final. Ortega y Gasset lo explica en el capítulo XIII de *La rebelión de las masas*.

Releamos unos extractos de éste libro tan perspicaz.

Cuando le ocurre «cualquier dificultad conflicto o problema, el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado: que se encargue inmediatamente de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios». Es esto una muestra de que ha llegado lo que él calificó de «el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado: es decir la anulación de la espontaneidad histórica, que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos».

El resultado —dice— «será fatal: La espontaneidad social quedará violentada una vez y otra vez por la intervención del Estado: ninguna nueva simiente podrá fructificar. La sociedad tendrá que vivir para el Estado: el hombre, para la máquina de gobierno. Y como a la postre no es sino un máquina cuya existencia y mantenimiento dependen de la vitalidad circundante que la mantenga, el Estado, después de chupar el tuétano a la sociedad, se quedará hético, esquelético, muerto con esa muerte herrumbrosa de la máquina, mucho más cada- vérica que la del organismo vivo».

Esto traería la descomposición del nudo gordiano; pero no se desatarían ya sino escombros.

Se trata, como urgía hace quince años Pompidou, de romperlo antes. Y, para ello, reclamaba: «instituciones que aseguren, en todas sus etapas de la vida, en todos los escalones de la sociedad, en todos los marcos en que se inserta la vida individual —familia, profesión, provincia, patria— el máximo de agilidad y de libertad. Y ello con el fin de limitar los poderes del Estado, de no dejarle más de lo que es su propia responsabilidad, que en nuestros días ya es inmensa; de dejar a los ciudadanos la gestión de sus propios asuntos, de su vida personal, la organización de su felicidad tal y como ellos la conciben, con el fin de escapar a esa funesta inclinación que, bajo pretexto de solidaridad, conduce directamente al rebaño».

El derecho civil diferencia bien las responsabilidades voluntariamente asumidas y las que como efecto de culpa o negligencia sean impuestas por la ley. La saludable solidaridad, a la que nos insta constantemene Juan Pablo II, es la que nace espontáneamente del hombre ante su prójimo, al que considera como formando parte de un mismo cuerpo, y la que, en su orden, sigue el principio de subsidiariedad, comenzando por la familia y las comunidades más inmediatas.

Pero, para vivirla, tal como es necesario para liberarnos de *Leviathan*, —que Rosseau disfrazó de *Demos*— hemos de volver los ojos hacia la trascendencia divina y asentarnos de pleno en esta tierra en la que tenemos nuestras raíces.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO MARTÍNEZ Manuel: *El Código civil en relación con las legislaciones forales*; cfr. 2.^a ed. Madrid, Plus Ultra, 1947.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil*, vol. I, cfr. 10.^a ed. París, Sirey, 1908.
- BRUNNER, Emil: *La justicia*, México, Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, 1961.
- BURKE, Edmund: *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid IEP 1974.
- CARBONNIER, Jean: *Preface* al libro de Simonne Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Montequieu*, París Kiensieck, 1979.
- CASSIRER, Ernsts: *Filosofía de la ilustración*, México, Fondo de Cultura Económico, 1973.
- COMAS, Augusto: *Estructura más apropiada para un código civil español. Distinción formal entre leyes obligatorias y supletorias*, Madrid, Tip. Miguel J, Hernández, 1886.
- COSTA, Joaquín:
 — *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, Madrid, Impr. de la Libr. Gral. de Legislación, 1883.
 — *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, Impr. de Legislación 1880.
 — *Poder legislativo del Estado, Requisitos de la costumbre jurídica según los autores*, R.G.L.J., 68, 1881 pp. 476 y ss.
 — *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el "status" individual, el referentum y la costumbre* (Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, Impr. San Francisco, 1901.
- BEAULIEU, Helion: *El compesinado*, en VERBO, n. 20, pp. 66 y ss.
- BOURGET, Paul: *Reflexions sur l'heritage*, en «*Au service de l'ordre*», París 1929, pp. 173 y ss.
- CALASSO, Francesco:
 — *Introduzione el diritto commune*, Milán, Giuffrè, 1951.
 — *Medievo del diritto*, Milán, Giuffrè, 1954.
- CONGRESO DE JURISCONSULTOS DE MADRID 1863: *Reseña de las sesiones*, Madrid, Impr. Manuel B. de Quiros, 1863.
- CARRILLO, Santiago: *Demain l'Espagne*, París, Ed. du Seuil, 1974.
- CASTRO BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España. Parte general*, vol. I, 3.^a ed., Madrid, IEP, 1955, pp. 14. y ss.
- CHALBAUD y ERRAZQUÍN, S.I., Luis: *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca*, Bilbao, Ed. Vizcaina, 1918.
- CRESPO DE MIGUEL, Luis:
 — *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851* en R.G.L.J., 252, mayo, 1987, pp. 653 y ss.
 — *El matrimonio en el Proyecto del Código civil español de 1821*, en «*Excerpta e dissertationibus in iure canonico*», VI, 1980, pp. 33-397.
- DURÁN Y BAS, Manuel:
 — *La codificación y sus problemas*, Barcelona, Impr. Fidel Giró 1889.
 — *La escuela jurídica catalana*, en «*Estudios jurídicos*», Barcelona, Impr. Casa Caridad. 1888.

- *Estructura más apropiada para un Código civil español. Distinción formal entre leyes supletorias y leyes obligatorias*. Madrid, Impr. de la Rev. de Legislación 1886.
- *Prólogo al «Sistema» de Savigny*, vol. I, (cfr. *infra*).
- *Memoria de las Instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Impr. Casa Caridad, 1883.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.
- FIGA FURA, Luis:
- “*Mos italicus*” y los juristas catalanes, A.A.M.N. XX, pp. 273 y ss., 1976, pp. 273 y ss.
- *El ordenamiento jurídico mercantil en R.G.L. y J.*, 252, enero 1882, pp. 5 y ss.
- FILANGIERI, Cayetano: *Ciencia de la legislación*, Nápoles, 1870-1789; cfr. 2.ª versión en castellano, Buerdeos, 1823.
- FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *El matrimonio en el Código civil*, Conferencia expuesta en la Real Academia de Jurisprudencia el 6 de febrero de 1869, en el Curso II, Conmemorativo del Centenario del Código civil, (pendiente de publicación).
- GÉNY, François: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, ed. en castellano, Madrid, Unión Ed., 1985, pp. y ss.
- HAYEK, FRIEDRICH, A.: *Derecho legislación y libertad*, Vol. I *Normas y orden*, cap. II, cfr. vers. en castellano, Madrid, Unión. Ed. 1985, pp. 75 y ss.
- HAZARD, Paul: *La pensée européenne au XVIII siècle*, cfr. vers en castellano, Madrid, Guadarrama, 1958.
- KOSCHAKER, Paul: *Europa y el derecho romano*, Madrid, Ed. R.D.P., 1955.
- LAURENT, F.: *Principes de droit civil français*, vol. I, 4.ª ed. Bruselas, Brylant-Cristophe y Cia. Ed. 1887.
- LE PLAY, Federico Le: *L'organisation de la famille selon le vrai modele signalé per l'histoire de toutes les races et de tout les temps*, Paris, 1871.
- MAISTRE, Josep de: *Consideraciones sobre Francia (1796)*; cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Dictio 1980.
- MARTÍN, Marie Magdaleine: *Les doctrines sociales en France el l' evolution de la société française du XVIII siècle nos jours*, Paris, Ed. du Conquistador 1963.
- MAURRAS, Charles: *Les nouveaux organisateurs. A propos de la liberté testamentaire*, en «*De Démos a César*». Paris, 1930, pp. 55 y ss.
- MONTESQUIEU: *Oeuvres completes*, cfr. Gallimard, col. Pleiade, 1949 y 1951; y Nagel 1950 y 1955.
- MOZOS, Jose Luis de los: *Los precedentes de la codificación del derecho en los propósitos de la ilustración española*, A.D.C. XL, I-III, julio-septiembre 1988, pp. 637 y ss.
- PEGUY, Charles: *L' argent* en «*Oeuvres en prose*», vol. II. Paris, Gallimard 1961, pp. 1606 y ss.
- POMPIDOU, Georges: *Le noeud gordien*, Paris, Plon, 1974; cfr. en castellano, Madrid, Sociedad Hispano Americana de Ed. y Distr., 1975.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie: *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er. Pluviose an IX, par la Commission nommé par le Gouvernement consulaire*, Paris, 1801; cfr. en castellano, ed. Valparaiso (Chile) Edeval, 1978, pp. 27 y ss.

- ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, Madrid 1930, cfr. en Madrid, Rev. de Occidente 1954.
- RECASENS SICHES Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosas y lógica de la razonable*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- RIPERT, Georges:
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1.^a ed; Paris, Institut. 1939, 2.^a ed., Paris, Libr. Générale de Droit et Jurisprudence, 1948.
 - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1.^a ed. 1947, 2.^a ed. Paris, lib. Gén. de Droit et Jur., 1951.
 - *Le déclin du droit*, Paris, Libr. Gén. Dr. et Jur., 1949.
- ROMANI Y PUIGDENGOLÉS, *Breves reflexiones sobre los fueros civiles españoles*, Barcelona, Impr. Vda. e Hijos de J. Subirana, 1878.
- ROUBIER, Paul: *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *Le contrat social*, cfr. ed., Paris, Unión Générale Editions, 1963.
- SAVATIER, René:
- *Du droit civil au droit public*, 1.^a ed. Montreal Univ.; 2.^a ed. Paris, Libr. Gén. Dr. et Jur. 1950.
 - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*; ed., Paris, Dalloz, 1952.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis:
- *Principios de teoría política*; Madrid, Ed. Nacional, 1973.
 - *Curso de derecho constitucional comparado*; 5.^a ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho 1974.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von:
- *La vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Heidelberg 1814, Cfr. traducida en Thibaut-Savigny. *La codificación*, Madrid, Aguilar, 1970, pp. 47 y ss.
 - *Sistema del derecho romano actual*, vol. I; cfr. 2.^a ed. en castellano, Madrid, Centro Góngora, s. f.
- SQUELLA, Agustín: *Prólogo* a la ed. de Volparaiso 1978 del *Discurso* de Portalis.
- TOCQUEVILLE, Alexis de:
- *L' Ancien régime et le Révolution*, Vol. I, cfr. ed. Paris Gallimard 1952.
 - *De la démocratie en Amérique*, Lib. III, cfr. ed. Paris, Gallimard, Vol. II, 1963.
- THIBAUT, Anton-Friedrich-Justus: *Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania* (Heidelberg 1814): cfr. traducido en Thibaut-Savigny. *La codificación*, ed. cit., pp. 3 y ss.
- TOMMASI, Donato: *Elogio póstumo de Filaengeri*, cfr. traducido al castellano en el Vol. I de la obra de este *Ciencia de la legislación*, Burdeos, Impr. de Pedro Beaume, 1823.
- TORRAS Y BAGES, Joseph: *La tradició catalana*, Barcelona 1888; cfr. 2.^a ed. Vic., Estampa de la viuda de Ramón Anglada, 1902.
- VALLET DE GOYTISOLO Juan Bms.:
- *Cotejo con la Escuela histórica de Savigny*, R.J.C. 78, 1979, pp. 591 y ss. y 771 y ss., y 79, 1980, pp. 9 y ss., 281 y ss. y 569 y ss.
 - *El derecho romano como "buena razón" en Cataluña*, en «Boletín de la Faculdade de Direito». Coimbra 1982, pp. 694 y ss.

- *Las expresiones fuentes del derecho y ordenamiento jurídico*, A.D.C. XXXIV-IV, 1981, pp. 825 y s., o en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo 1982, pp. 21 y ss.
 - *Joaquín Costa y los principios "standum est chartae" y "standum est consuetudini"*, en «*Joaquín Costa*», Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1987, pp. 5 y ss.
 - *Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J., 1974, Vol. I, cap. I-III, pp. 24 y ss.
 - *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986.
 - *La polémica de la codificación: La escuela filosófica y la escuela histórica*, A.R.A.J. y L., 18, pp. 61-104.
 - *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral*, en A.D.A., XIV, 1968-1969, pp.59 y ss., o en A.D.C. XXIII-III, pp. 459 y ss., en *Estudios sobre fuentes* pp. 465 y ss.
 - *Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario*, en A.R.A.J. y L. 5, 1977, pp. 41 y ss. y en *Estudios varios*, Madrid, Montecorvo 1980, pp. 127 y ss.
 - *La seguridad de la norma jurídica*, «Estudios Deusto», 34/2, julio-diciembre, 1986, pp. 443 y ss.
 - *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, Taurus, 1968.
 - *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (discurso de ingreso), 1986.
- WEIL, Simone: *La déracinemet*, en *L' enracinement*, 2.ª ed., Paris, Gallimard, 1949.
- WIEACKER, Franz. *Historia dl derecho romano en la Edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.