

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

20

(1991)

François Gény
e la scienza giuridica del Novecento



giuffrè editore milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

EL METODO ENTRE INFIELES O EL CODIGO EN ESPAÑA

No hay duda que hay derechos superiores a la voluntad legislativa. Esta no se ejercita legítimamente sino para *exteriorizar* el derecho que *no crea*. Pero por razones de carácter general y de seguridad social, la ley se *presume* por todos como expresión del derecho superior tal cual existe. Esto supuesto, ¿debe admitirse que esta presunción sea destruida por la pretensión de derechos individuales desconocidos y en qué condiciones puede serlo sin considerable peligro? En esto está la verdadera dificultad. Gény, *Método*, parte II, cap. 1, nota 2

1. La asignatura. — 2. La matrícula. — 3. Lectura primera: la ley de la relatividad. — 4. Lectura segunda: la economía de la libertad. — 5. Lectura tercera: la costumbre de la democracia. — 6. Lectura cuarta: la ciencia de la política. — 7. Lección magistral: el valor del derecho. — 8. Examen de curso: la cultura de las fuentes. — 9. Examen de grado: el silencio de la *Méthode* y la algarabía del *Método*. — 10. Nota final: las dos dogmáticas.

1. La *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* de François Gény ve la luz en 1899, declinando el siglo que se había inaugurado con la codificación. Busca la salida permaneciendo en el interior. Procura abrir campo y asegurar terreno para formas de determinación del derecho distintas a la ley, a esta clase de norma de determinación política que impera con los códigos. Es un método que alcanza su sentido íntegro en tiempo y tierra de codificación cumplida, de ordenamiento y cultura conformados por ella. Este modo de imperio de la ley, esta forma característica del caso francés, constituye su base aceptada de partida y su razón crítica de ser.

El *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* de Francisco Gény comienza a vez la luz en 1902 por fascículos mensuales, completándose la tirada y ofreciéndose como libro en

1903. La edición sigue viva un par de décadas. Una segunda se realiza en 1925. La traducción es anónima y siempre la misma. Produce la *Casa Editora, Librera, Impresora Hijos de Reus*, descendientes de José Reus, fundador en 1852 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de cuyo éxito ha nacido y se alimenta la casa. Su *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* la dirige entre siglos Gúsmersindo de Azcárate, lo que la propaganda inserta en la revista resalta. Era la editorial más importante en el campo jurídico no sólo por sus publicaciones, sino también por sus relaciones. Desde 1891 esta *Casa Reus* también era la que estaba al cargo de la *Colección Legislativa de España*, «publicación oficial», como no deja de especificar su catálogo, no sólo de legislación, sino también de jurisprudencia. La empresa es concesionaria de la colección y propietaria de la revista y la biblioteca. Esta comienza a ser seriarse en 1913, figurando el *Método* como volumen número XC en la edición de 1925.

El catálogo también hace propaganda. He visto el de 1917, entrada número 1.288: «Gény (Francisco), Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, por el autor, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Dijon, con prólogo de Raimundo Salelles, Profesor de Derecho civil de la Universidad de París, 1913; un volumen en 4º de 638 páginas; 10 y 10,50 pesetas. La importancia de la obra se aprecia solamente con la detenida lectura de su índice de materias, y según palabras del Profesor Dorado Montero en *La Lectura*, es la monografía más abundante de doctrina, de datos, de puntos de vista, de observaciones agudas y a menudo originales, no conociéndose otro trabajo tan recomendable como éste en dicha materia». 1913 es errata por 1903. El precio no se ha alterado desde entonces; es doble por un recargo mínimo de cincuenta céntimos para los envíos fuera de Madrid. Lleva años la obra en circulación. La transposición está completa, y la valoración, planteada. François es Francisco, y la *Méthode*, el *Método*. ¿Qué significación alcanzan el nuevo autor y el nuevo texto?

Hay una transmisión que ha de pasar no sólo por medio de idiomas, sino también a través de ordenamientos, no se sabe si tan vecinos los segundos como los primeros. El mismo anuncio editorial, tomando expresiones de Pedro Dorado Montero, no parece que identifique satisfactoriamente la entidad de la obra. Se destacan

información, penetración y originalidad, pero no se señala la significación. Su posición de cara al sistema de fuentes y al estilo de interpretación impuestos por la codificación no es que se reseñe. Puede ser un indicio de que la relevancia de Francisco Gény y su *Método* no es la misma que la de François Gény y su *Méthode*, y de que quizá no lo sea porque se difiera más por derecho que por lengua; porque no toda codificación resultara tan cumplida. Estamos de momento ante una incógnita.

2. Quien llegara a España por nuestros años sin noción de su cultura jurídica y con deseos de informarse, se encontraría con una biblioteca surtida. La *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política* de Manuel Torres Campos, que con sus dos volúmenes cubre prácticamente todo un siglo, desde 1800 hasta 1896, alcanza a cinco mil cuatrocientas cincuenta y cinco entradas. Y siguen años de florecimiento. El catálogo de *Filosofía, Derecho y Ciencias Sociales* de la *Casa Reus*, que sólo en pequeña parte se solapa y que registra además ediciones ajenas, pues es de ventas, en calidad, no sólo de *Casa Editora e Impresora*, sino también de *Casa Librera*, suma tres mil seiscientos diecinueve ingresos de publicaciones vivas en 1917. ¿Por dónde empezar? ¿Cómo informarse? Descarto, por lo que se verá y diré, la información mediada por observadores posteriores.

Pues somos profanos, elijamos la vía más vulgar de la literatura más divulgadora y más divulgada. Allá por los años de la *Méthode* y el *Método*, la empresa de mayor éxito entre las de esta indole era aquí la de los *Manuales Soler*, de la editorial de mismo apellido. Se dirigía a un amplio público, peninsular y ultramarino. A tenor de su propaganda, que parece verosímil, arrancarían en 1899 con unas ventas de diez mil ejemplares, más de la mitad en España, para superar el millón al cabo de una década, con el porcentaje español mantenido, por encima de ciento cincuenta mil en Argentina y Méjico, más de cincuenta mil en Colombia y Chile, y cifras menores en otros países hispanos. Las magnitudes se refieren a ventas globales por ejercicio. Son datos que también se presentaron como de lectores anuales, pero un cálculo de su media por título debía resultar más modesto; serían unos dos mil al inicio, en 1899, cuando aparecía la *Méthode*, y habrían alcanzado los setenta mil en 1903,

cuando se completaba el *Método*. Las tiradas efectivas se situarían lógicamente por debajo, pero habían de superar ya los diez mil ejemplares, número de suscriptores hacia estas últimas fechas. El precio del volumen, un libro de bolsillo encuadernado entre las cien y doscientas páginas, era de 1,50 pesetas, menos de la séptima parte que el del *Método* en rústica.

Con miras al mercado interior y para el consumo interno, se acuña un lema, *España progresista*, y ciertamente se responde al signo progresista de una educación popular. Los textos eran originales contratados; los autores, especialistas acreditados. La propaganda, que solía ir encuadernada con los ejemplares, se ocupaba no sólo de destacar estas circunstancias, sino también de reproducir reseñas periodísticas que las avalaban. Era una universidad abierta que pretendía cubrir la gama enciclopédica de los saberes útiles. También los adjetivos pertenecen a los anuncios: «Famosa Biblioteca Util y Económica de Conocimientos Enciclopédicos» trabajada por «Eminentes Profesores, Distinguidos Autores y Reputados Artistas» y destinada a «las personas amantes de la instrucción», «las familias que se preocupan de despertar en el hogar la afición al estudio» y «los centros y asociaciones de carácter científico, político, profesional o recreativo para el perfeccionamiento intelectual de sus asociados». La colección llegó al centenar de números. Gozó de más vida que su propia editorial; ésta pasa de *Manuel Soler, Editor* a *Sucesores de Manuel Soler, Editores* para acabar con un cambio de propiedad en 1919. Los *Manuales Soler* siguen reeditándose como *Manuales Gallach*.

En cien manuales cabían muchas cosas. Entre química y física, agronomía y geología, hidrología y meteorología, geometría y gramática, higiene y medicina, micología y dietética, agricultura y enología, educación y pedagogía, redacción y contabilidad, cooperativismo y polemología, ingeniería y telegrafía, carpintería y arquitectura, mecánica y pirotecnia, electricidad y cerrajería, periodismo y panadería, etc., etc., entre tantas materias tan útiles como atractivas, algún lugar quedaría para el derecho. Tiene sus títulos. No dejan de figurar en el catálogo de ventas de la *Casa Reus*, cauce de distribución importante, pero no primordial para su caso. Seguramente nos hallamos ante las exposiciones jurídicas que han contado con más público en España antes del advenimiento de la Universi-

dad de masas. Y no son meros prontuarios prácticos, sino manuales de auténtica entidad teórica. Utilidad y atractivo no estaban reñidos con inteligencia y dignidad.

Se trata en lo fundamental y concreto de escritos de Adolfo Posada, *Ciencia Política*, de Joaquín Costa, *La ignorancia del Derecho*, nuevamente de Posada, *El sufragio*, del mencionado Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, de Lorenzo Benito, *Las bases del Derecho Mercantil*, y otra vez de Dorado, *Valor social de leyes y autoridades*, relacionados conforme al orden de serie en la colección. Son sus números VIII, XII, XIII, XXIII, XXXIV y XXXVIII. Los años de aparición, que no suelen figurar, son 1900, la *Ciencia*, 1901, *La ignorancia* y *El sufragio*, 1902, la *Bases* penales, y 1903, las *Bases* mercantiles y el *Valor social*. Todos vienen a quedar entre *Méthode* y *Método*. No faltan otros volúmenes que interesen al campo jurídico por entradas de historia, sociología, economía, política o incluso derecho internacional, alguno de algún autor entre los dichos, pero los que vemos son los básicos y específicos. Si no hay un manual de derecho civil, es porque no lo hubo.

No es preciso que nos detengamos en presentar a los autores como juristas de reconocido prestigio, con obra más amplia todas ellos. Ni será necesario que nos extendamos con la literatura. Ahorro notas. Bastan unas lecturas y se trata de leer sencillamente. Las posiciones que se producen, difunden y consumen mediante estas publicaciones son, conforme a su vocación, nada esotéricas. Procuero ajustarme a los textos. Los subrayados, salvo el último, son originales. Pues algún orden de lectura hace falta, sigamos el evangélico, el inverso al de aparición de los autores en la colección, de los últimos a los primeros; con los de más de un volumen, doy comienzo por el de carácter más general.

3. Comenzamos entonces por el *Valor social* de Dorado Montero. El calificativo ya anuncia algo, aunque no sea aún lo decisivo. Hay más. O hay por de pronto también menos. Si entonces existe una constitución política con capítulo parlamentario y un código civil con título de fuentes, cosas todas ellas que no debemos dar por sabidas por muy elementales que nos parezcan, si los códigos existen, no es cuestión en lo esencial de ellos. Es de entrada como si no existieran. No resulta lo elemental. De cara a la ley, el problema

básico no parece que sea el de su posición cardinal en un sistema de fuentes. Unas cuestiones primarias de legitimidad de normas y poderes, *leyes y autoridades*, no responden mínimamente a las previsiones y presupuestos de la codificación. El mismo valor de la ley se dirime por criterios y baremos menos exclusivos y más relativos.

«De algunos problemas tocantes a la tutela del Estado» es un epigrafe capitular del *Valor social de leyes y autoridades*, con una cuestión primera: «¿Es la ley opuesta a la libertad?». El problema es que puede serlo, que el monopolio político, aun parlamentario, de determinación del derecho no garantiza por sí un orden de libertad. La misma ley puede ser superflua o incluso contraproducente, como en alguna materia de código: «Si no hubiera leyes que se cuidaran de imponer por la fuerza la cohesión familiar, no por eso la sociedad doméstica se disolvería, porque el mismo interés de los asociados se encarga de obrar como fuerza centrípeta. Igualmente, si la autoridad familiar faltase, la vida doméstica apenas sufriría quebranto»; y «lo que se dice de la familia puede también decirse de otras pequeñas sociedades; por ejemplo, de las compañías mercantiles» de pocos socios. Pero la ley, aunque no así siempre, también se justifica.

Allí donde los intereses derivan más hacia el conflicto, «en las sociedades cuyo radio es bastante extenso», es donde la ley puede desplegar «una de sus principales funciones, la principal acaso», la de composición y concordia, «ensanchándose más cada día el círculo y la conciencia de la solidaridad y la cooperación». Alcanzándose estas metas, la misma ley podrá sobrar. Mientras tanto es saludable y precisa. Así se justifica una «tutela del Estado, transitoria» por funcional. La autoridad consiguiente de las leyes no es en sí buena ni mala, sino conforme a principio y según finalidad. Tampoco representa un canon constitucional perpetuo. El momento en el que se alcance el objetivo de unos principios, ley y autoridad resultarán en sí superfluas.

Esto no es sólo un anhelo, sino también una evidencia. «Todas las tutelas perpetuas que en la historia han existido (de las mujeres, de los esclavos, de los siervos, de las personas sociales, consideradas como menores por su propia naturaleza, de las colonias...) han ido desapareciendo gradualmente y acabarán por desaparecer del todo.

¿No deberá ocurrir otro tanto con la del Estado oficial?». Y este mismo deseo de futuro encierra su sentido de presente: ningún poder tiene autoridad por sí mismo ni siquiera en su recinto constitucional propio. Esta es la consecuencia: «reputar la ley y la coacción autoritaria como tutores y correctivos de la masa y la opinión colectiva, y a su vez esa opinión colectiva, pública, como correctivo y tutor de la autoridad y la ley».

Los capítulos siguientes no dejan de aplicar la regla a la materia de fuentes. Quienes sólo reconocen la ley «no advierten una cosa», ello es que «no pasa de ser la forma actual, originada por las concepciones reinantes desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la segunda mitad del XIX, y aún podríamos decir que hasta ahora mismo, y tan transitoria y preparatoria de formas ulteriores como las demás». Lo cual impugnatoriamente se aplica a la pretensión «de que se concentre toda la justicia en los Códigos, que expresan la voluntad del gobernante, y se niegue el carácter de fuente del derecho a todo lo que no sea la ley dada por éste». Es «el culto a la fórmula legal» y son unos adoradores, «los legistas», que se pasa a someter a fuerte denuncia. Con su cierre de horizontes, con su bloqueo del ordenamiento, con su ignorancia y con su impotencia, pues de todo ello se trata, la ley se asegura que lo que produce fácilmente es injusticia. La codificación así la genera.

Y la injusticia fundamentalmente es el impedimento a la libertad, efecto incluso, no de desconsideración, sino de desconfianza. «Uno de los grandes males que las leyes pueden producir, y a menudo producen, es el de comprimir y ahogar la libertad de los ciudadanos, de tal modo que hacen imposible todo movimiento normal del sujeto. Y esto, en ocasiones, por querer favorecer a los individuos mismos a quienes perjudican». Para la libertad, mejor escuela que la ley sería ella misma. Se plantea incluso el panorama «de la *futura esclavitud* a que nos lleva el afán de preverlo todo por ley y de convertir a los poderes públicos en tutores de los individuos». Habría una paradoja en el legado de una revolución como la francesa por cuanto que, de una parte, «es de cuando data la afirmación explícita de la personalidad individual, con propio valor como tal», y de otra, «es desde cuando mayor uso se ha hecho del instrumento legislativo». El «absorbente movimiento codificador moderno arranca de la época revolucionaria».

La codificación, si no era base, es clave. Resulta que claramente no basta y tal vez ni siquiera sirve. El otro manual del propio Dorado, aun con toda la dificultad suplementaria de la especialidad, no deja de reflejarlo. No es el mejor campo. Las *Bases para un nuevo Derecho Penal* enseguida se aprecia que cubren una materia no ordinaria. Es una rama en la que se piensa que debe decididamente operar «la tutela del Estado», con el carácter excepcional que entonces esto implica. La concepción tutelar se aplica respecto al delincuente con una consecuencia que llega a afectar a un principio de legalidad. Aun con el peligro del «antojo legislativo» respecto a la determinación de delitos y penas, parece que en este capítulo resulta indeclinable tal imperio de la ley, «de aquí, el aforismo *nullum crimen, nulla pena sine lege*», pero intenta reducirse a una regla de máxima, como un techo de la discreción judicial que debiera existir y operar en beneficio de los propios delincuentes. El legalismo ya imperante en este campo se considera que ha conducido en cambio a la irresponsabilidad de la justicia.

Con la evidencia social del caso, se diagnostica «el fracaso del sistema penal corriente» que es el de la codificación, «derecho antiguo» o viejo de cuya superación precisamente se trata. Que en España haya un código penal desde 1848, varias veces reformado, ya no nos extrañará que no ofrezca el terreno del tratamiento y la resolución del problema de los delitos y las penas. Toda su concepción punitiva se pone en cuestión, con un exceso de contraste entre lo viejo y lo nuevo, lo presente y lo futuro, del que el mismo autor debe defenderse en un *postscriptum*, particularmente obligado, según nos notifica, por «las observaciones y reparos» que ante las galeradas le hizo Francisco Giner de los Ríos, pero lo que de momento nos interesa es que la codificación pueda darse así prácticamente por desahuciada. Y retengamos también el nombre de Giner, que como verdadera autoridad comparece.

4. El manual destinado a la exposición de otro derecho codificado, el mercantil, también se resiste a confinarse en el universo de la legislación y a contentarse con las solas escapadas que la misma ley permite. Y sigue habiendo más. *Las bases del Derecho Mercantil* de Lorenzo Benito no son las del código vigente, el mercantil de 1885 como no deja de informarse. Esta ley tiene aquí su importancia, pero

tampoco absoluta. El propio derecho codificado se ve que conoce otros fundamentos superiores y previos. Tanto la materia como sus directrices se preconstituyen con antelación e independencia de las leyes. Siendo una rama más ordinaria del derecho, de libertad y no de tutela, puede interesarnos en especie el argumento.

Es un manual que se dedica a la exposición de instituciones vigentes, de unas instituciones mercantiles cuyo «núcleo», cuya «ley fundamental», se identifica con el código en vigor, pero un manual que presenta además el empeño de afirmar, si no tanto de colacionar, otras fuentes no siempre claramente por debajo de la propia ley. No componen este orden solamente las leyes y disposiciones anejas, sino también «las costumbres, los contratos y las resoluciones de los tribunales». Se celebra y aprovecha que el código mercantil español permita la anteposición de «los usos del comercio» a la ley civil cuya aplicación como ordenamiento más general se intenta así obstaculizar. Puede también interponerse en la materia una jurisprudencia con base en la propia práctica establecida y no sólo con la del criterio del autor. Hay un motivo concreto para todo esto: «El derecho civil es el más tradicional de todos los derechos y el mercantil es por el contrario el más progresivo». Y este ordenamiento respecto al que quiere mantenerse las distancias ya es también aquí código, el civil de 1889. El principio de libertad no estaría de su parte, sino en el campo de un derecho mercantil que no se identifica completamente con su código propio.

Lo esencial a nuestro efecto puede ser que este mismo derecho, el mercantil, no parezca contener su principio de fundación. No se lo prestaría el código ni alguna otra de sus fuentes positivas; no serían ellas las que justificasen su existencia ni legitimasen su autoridad. No se ve que este ordenamiento cuente como tal con título para hacerse por sí mismo aceptar y valer. El propio código mercantil, aún comprobándose que es el núcleo, no acaba de acreditarse que sea la ley fundamental. Pese a la codificación propia y a la civil, no hay por lo visto ley ni otra fuente que preste base y razón a esta rama del derecho.

Sintomáticamente, la exposición de un derecho efectivo sólo es una «parte segunda», aunque la mayor, del manual. Más sintomáticamente todavía, éste se inicia con la aseveración de que «las bases de la existencia del derecho mercantil» están en cuestión. Para

conjurarse la inseguridad, para fundarse en fin la materia, he aquí una « parte primera » consagrada precisamente a la explicación y justificación del derecho mercantil en general antes de entrarse en la consideración del español. Y abre la historia: « El derecho mercantil existe desde que el comercio hizo su aparición en el mundo, y el comercio es coetáneo de las primeras relaciones pacíficas... ». Puede el arranque parecer banal, pero la historia resulta que se toma en serio. El comercio es signo de paz; el derecho mercantil, de libertad. Y en esta fundación no entran los códigos, ni siquiera el propio, o éste sólo lo hace en un momento postrero y sin un papel protagónico.

Se figura una historia del derecho, de este derecho mercantil; se procede a la invención. En lo esencial lo habrían producido los mismos interesados a través de los tiempos con prácticas tanto de mercado local como de tráfico ultramarino. Existiría desde la antigüedad, alcanzando un especial desarrollo durante los siglos medievales. La edad moderna supondría un giro, sumándose más decisivamente ahora la actividad reguladora de unas monarquías, no tan positiva. « Efecto de esta ingerencia de los soberanos en la formación del derecho mercantil en esta época es el perder en parte su primitivo sentido universal, nacionalizándose y reflejando en cierto modo el carácter propio de cada pueblo, acentuándose diferencias que, aunque existieron ya en el período en que el derecho mercantil fue obra exclusiva de la costumbre, no tenían el relieve que adquirieron más tarde por efecto de la codificación realizada ya en la Edad Contemporánea, o sea en el siglo XIX ».

Hay otro factor anterior al de la ingerencia legislativa y más inequívocamente negativo. Es el contexto tradicional « del derecho romano y el derecho canónico, incapacitados uno y otro, por las peculiares condiciones de su origen y desenvolvimiento histórico, para poder comprender el carácter económico de las instituciones comerciales ». Que el derecho ahogase a la economía es un fenómeno de tal incidencia en la materia que todavía puede estar pesando. « Decir que la naturaleza del derecho mercantil responde al doble carácter de éste, económico y jurídico, parece en cierto modo una perogrullada, y sin embargo, hay necesidad de insistir en ello hasta hacer penetrar esta verdad en la conciencia de todos, y principalmente en la de los legisladores, que con frecuencia se han

olvidado de esto, y han hecho de la ley un obstáculo para el desarrollo de las energías mercantiles». Son explicaciones necesarias, no tan banales cuando no suelen atenderse. Y el legislador que así estorba ya puede ser el de la codificación.

Ya habíamos llegado al tiempo contemporáneo, tiempo del código. De nuevo llegamos a la matriz de una revolución, la francesa. Se nos dice que «tuvo un sentido altamente humano, y por eso su influencia en Europa no quedó circunscrita tan sólo al país que la produjo», extendiéndose no solamente por la fuerza de las armas. El código de comercio francés de 1807 se asegura que «constituye la obra más fundamental de todas las de Napoleón», mereciendo como modelo «el dictado de padre» para otros muchos códigos. Se hace el elenco, con el debido registro de los vástagos propios, pues resultan dos, con un código mercantil español de 1829 «que ha sido substituido por el vigente de 1885». Pero la codificación tampoco es el fin de la historia; ya ha efectuado su ingreso en ella con una doble valencia, la positiva de su valor humano y la negativa de su forma legislativa.

Dentro de la misma codificación se ve un futuro gracias no ya a la matriz francesa, sino a otra corriente de composición no obligadamente codificada. «Los países anglogermanos» se nos explica que, al «haber roto por completo con el derecho canónico, a partir desde la reforma protestante», pudieron «desenvolver su derecho mercantil en condiciones de libertad muy diversas a las de los países latinos», logrando así colocarse a la cabeza del progreso no sólo de dicho ordenamiento, sino también del «movimiento comercial» sin más, de donde se sigue «la necesidad de que nuestros legisladores tengan que inspirarse en las leyes alemanas o inglesas, cuando pretenden introducir reformas en nuestras leyes comerciales». Quienes progresan de este modo dentro de la horma de la codificación, como la misma Alemania o como tras sus pasos Italia, se nos dice que marcan camino.

El presagio del futuro guarda bastante relación con la imagen del pasado y el diagnóstico del presente. Lo que se patrocina y propugna es una confluencia de codificaciones que, con el ejemplo ahora de Suiza, supere definitivamente esta historia, «porque las diferencias que han separado y separan el derecho mercantil del civil son más históricas y circunstanciales que de fondo o esenciales» y

así lo son «porque el derecho de contratación es, y no puede ser menos de ser, un derecho económico». El progreso común hacia aquellas condiciones de libertad más adelantadas en otros países y más propias del derecho mercantil constituiría la base y ofrecería el conducto de dicha aproximación.

En cuanto que rama escindida del derecho civil, todo el mercantil, incluido el codificado, sería un fenómeno histórico. De la misma escisión da cuenta la historia. Y lo hace en consideración de una libertad ahogada en el pasado, confinada en el presente y radiante por fin en el futuro. La propia posición de la historia resulta de fondo. El problema radica en que la misma sustantividad, el carácter actualmente no excepcional y virtualmente regular, del derecho mercantil como exponente de libertad social ni puede ser justificado ni es oportuno que lo sea por el propio código. En estas condiciones, no basta la ley y se hace precisa la historia.

Tampoco es la historia el único ni el mejor garante concebible del derecho así entendido. Ya también se la mira como un recurso transitorio. Está también y sobre todo «la economía política que no hizo su aparición como ciencia hasta el siglo XVIII». Es más joven y tiene también más futuro. Gracias a ella, la materia mercantil tampoco tendrá por qué disolverse a la postre dentro de un sistema civil y constitucional más integrado. Se entiende que es la propia economía la que seguirá requiriendo de una forma más estable y fundada la misma especialidad ordinaria e interna de un derecho mercantil. Sería su filosofía. Mientras tanto, mientras que no se llegue a una edad económica más plena, es mediante la historia que puede defenderse el derecho mercantil ante uno civil adverso, frente un ordenamiento general cuya integración, lastrando los códigos, no acaba así de lograrse.

La edad de la codificación no ha resuelto ni la dificultad del contexto. El lastre que se nos decía histórico, o más concretamente romano y canónico, sigue presente y pesante en el código civil español de 1889. No dejan de ofrecerse ejemplos tan explicativos como justificativos. Interesando todo el ordenamiento y preocupando sus bases, no es por reflejo corporativo que se defiende una especialidad. No son tampoco los códigos los que pueden legitimarla. Y el problema no es sólo de contenido, sino también de forma. No es solamente cuestión de que el codificador patrio no

haya sabido escapar de un pasado refractario a libertad, sino también de que al legislador en general no conviene jurídicamente confiarle la libertad misma. Y esto último, mediando la imagen de la historia, tiene un valor más intemporal. Vale también incluso para el futuro, para un tiempo en el que los lastres tradicionales hayan llegado por fin a superarse.

5. Y llegamos a *La ignorancia del Derecho* o *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre* que es el título completo de esta obra de Joaquín Costa. No es además, frente a la regla editorial, un escrito original para esta colección de *Manuales Soler*. Salvo expresiones de ocasión, es el discurso de ingreso del autor en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, correspondido en el acto de recepción el mismo año de 1901 por contestación de Gumersindo de Azcárate, a quien ya conocemos como director de la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*. Era un texto que así resultaba especialmente avalado. Y sólo costaba 1,50 pesetas.

Son palabras mayores. Sencillamente estamos ante una impugnación en toda regla de las presunciones de la codificación. Según el título anuncia, se comienza por una del título preliminar sobre fuentes, *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*, del código civil vigente, de 1889. Figura bien al principio. Tras declarar el artículo primero que las leyes obligan por su promulgación en la prensa oficial, sin otra requisito sustancial, procede el segundo a la presunción del caso, que es la de conocimiento: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Son cosas que aprendemos con nuestras lecturas. Esta concreta para Costa «constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia». Ahora con los códigos resulta «que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que les condena a regir sus vidas por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados». Ya se ve que son palabras también fuertes.

Y la cuestión se eleva: «Acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que *el pueblo está obligado*

a conocer y cumplir las leyes, deban invertirse los términos diciendo que *no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos*». Costa subraya. La «presunción base de todo nuestro sistema legal» descansa en «una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo» que ya es la que merece cuestionarse. «Para mí — para nuestro autor — la antinomia no se resolverá en tanto que no desaparezca efectivamente y de hecho esa dualidad de personas, fundiéndose en uno los dos conceptos de legislador y legislado, conforme lo tienen admitido nuestras constituciones civiles respecto del derecho individual». El problema aún recae en la categoría de la ley y en la posición de la libertad.

Por esto el título anunciaba a continuación el extremo del *status individual*. El capítulo lo aborda en los términos de «soberanía» del individuo en su esfera, de constitución de su derecho «en lo que expresa la palabra, en un *Estudo*», de concepción de su persona como «persona *jurídica*, la cual no es meramente el *sujeto* del derecho, sino juntamente y al par *sujeto* y *objeto*, que encierra dentro de sí los fines para que el derecho está dado, parte de los medios necesarios para realizarlos y actividad racional para aplicar éstos a aquéllos». Es una base de autodeterminación personal, «autarquía del Estado individual» o «*selfgovernment* molecular» para todo el ordenamiento social que no deja de traducirse y concretarse en un catálogo de derechos o libertades superiores e irreductibles a la ley, «manifestaciones de ese que podríamos llamar Código o Constitución del Estado individual».

No es solamente filosofía. No es sólo un elenco teórico de libertades que alcanzan al terreno de la determinación del derecho, con la «potestad de introducir costumbre individual con fuerza de pacto» y el «derecho de pactar con fuerza de ley», y al de la administración de la justicia, con derechos «de ejecutar por sí los propios contratos» y «de transigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores», sino que también es una exposición práctica de la forma como dichas facultades pueden fundarse sobre el propio ordenamiento establecido y defenderse en su caso frente a sus mismas leyes. Costa cuenta con el campo de maniobras que ha dejado el propio código civil de 1889, su mismo título básico *De las leyes*, que en su conjunto resulta no ser de signo tan inequívoca-

mente legalista como anunciaba su arranque. No impone enteramente un principio de prevalencia y aún menos de exclusividad de la ley, permitiendo en concreto la permanencia sectorial, no sólo de derecho canónico y derecho romano, sino también de derecho regional, dicho «foral», y además «escrito o consuetudinario». Costa sabe aprovechar particularmente esto último.

Incluso bajo la codificación, bajo la concreta codificación española, resulta que «nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños a la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida a una estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla». Consta que todavía se presentan dificultades, que hay aquí un futuro incierto, pero la cuestión sigue elevándose: «Acaso la clave, o una de las claves, para despejar la incógnita o para descubrir carreras por donde despejarla, se encuentre en la teoría de la costumbre jurídica y de su relación con la ley, con la soberanía y con la autoridad».

Por ello el título también finalmente anunciaba *el referendum y la costumbre*. Llegamos a los puntos cardinales de la categoría de una ley que no es la que presume la codificación. Este es el epígrafe del capítulo: «Unidad e indentidad de ley y costumbre. Las leyes se promulgan siempre *ad referendum*». Que quede claro: «El legislador no tiene derecho a mandar aquello para lo que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso». Debe condicionarse la ley por consideración de los legisladores, representantes, para con los legislados, representados, porque la voz última sólo pueden tenerla éstos. Y debe también insistirse puesto que hay gentes de difíciles entenderas, las más involucradas:

Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano: derecho positivo que verdaderamente sea derecho, no hay otro que aquel que el pueblo dicta expresamente en sus hechos al Ministro o al Diputado, o el que el Diputado o el Ministro saben adivinar en las elaboraciones más o menos calladas de la opinión: si el pueblo crea una costumbre *fuera de ley*, es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vio que existía allí una necesidad demandando plan, regla, para satisfacerse; si el pueblo crea una costumbre *contra ley*, es que el legislador, por distracción, por precipitación o por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad o no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era

adecuada, que le venía ancha, que le venía estrecha, o que le era enteramente exótica. Y en ese caso, no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley *según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre*.

He aquí una constitución social que completa a la individual y que definitivamente nos aleja e incluso extraña de las presunciones de la codificación. A nuestro autor le distancia y enajena del constitucionalismo en uso, bastante menos consecuente. La posición de Costa no resulta muy parlamentaria, pero el código civil tampoco es que estableciera ningún requisito de este género para la norma legal. Y la propia codificación sustrae en su campo libertad. Ni por forma ni por contenido tiene esta ley más legitimidad que la que Costa imagina.

No puede ser indulgente el juicio: «Los liberales de las dos últimas generaciones» conceden «en cuanto políticos» la libertad que sustraen «en cuanto jurisconsultos». «Liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas». Queda toda una tarea por delante: «Los esfuerzos de la Filosofía jurídica han de dirigirse lo primero a reducir esas dos personalidades a una sola». Para curarse y curar de la esquizofrenia, Costa personalmente sobre todo recurre a la sociología de la costumbre y a la historia de la doctrina; mediante ambas intenta salvarse y salvar todavía del imperio de la ley, de lo que no es más que una forma de absolutismo a su entender.

Frente al código, hay por lo visto un mundo no resignado a perderse. También quiere fundarse en la misma categoría de libertad que el constitucionalismo en general predica así como implantarse en el mismo ordenamiento que los códigos aquí respetan. En la previsión de futuro, Costa también mira a Suiza; busca casos que, aun conociendo la codificación, no hayan quedados constitucionalmente encerrados en ella. Su debate frente a un presente volviendo la vista a una historia, figurándola a su modo, tampoco se mueve por consideración del pasado, sino siempre del porvenir, para que consiga con todo redimirse una actualidad adversa.

6. Y una *Ciencia Política* no es ajena a todo ello. El manual de Adolfo Posada intenta ante todo definir su campo para evitar

confusiones. «Creemos que la *Política* puede definirse como palabra que se *refiere al Estado*: la política es *ciencia* o *arte, estudio* o *práctica, pensamiento* o *acción*», todo esto, pero en cuanto «*relativo al Estado*». «La *Política* es ciencia del Estado», conexión que se subraya porque se piensa importante. Desde el principio precisamente se trata de que no llegue a producirse la reducción política del derecho. Porque el derecho es lo que no se identifica o no debe identificarse con el Estado.

«El hombre es un ser político», pero esto no quiere decir que no lo sea antes jurídico. El Estado es una forma de poder, una «institución de dominio», pero por una razón y con una finalidad que tienen que ver con el derecho. Su actuación primaria es la declaración, más que creación, del mismo: «El Estado *legisla*, y la ley quiere ser reflejo venerado del derecho: impone el cumplimiento de una ley, porque la cree justa». Esta forma de poder se constituye «*para que el derecho reine en las relaciones humanas*». Es el autor siempre quien subraya.

El derecho es cosa de individuo y sociedad antes que de Estado y poder. «No hay hombre que no dirija su conducta racional de una manera más o menos amplia, dándose cuenta del derecho al que tal conducta debe acomodarse», y esto con su base y su consecuencia: «En esa esfera de la vida individual, la persona viene a ser *como un Estado*», con una zona así obligada de autonomía. «Las *personas individuales* no son el objeto de la política, sino en cuanto pueden relacionarse con el *Estado político*». Fuera de él y con independencia en principio de él tienen derecho porque tienen libertad.

Esto alcanza no sólo a conducta individual, sino también a ordenamiento social. «Si bien en toda sociedad podemos señalar el Estado, *no toda la sociedad es el Estado*», aunque aquí es donde se establece del vínculo. «Toda sociedad tiene *su* Estado, en cuanto toda sociedad tiene una *personalidad* propia, una *autonomía*, es decir, poder suficiente para regirse interiormente con independencia». Y esto no se afirma solamente a efectos coyunturales ni transitorios. El Estado es condición y garantía de la autonomía de la sociedad e incluso, con tales mediaciones, de la libertad del individuo. Estamos ante una concepción de necesidad, pero también de bondad, de la institución estatal. Se le concibe de forma radicalmente no lesiva a una inspiración de libertad.

La libertad individual y la autonomía social quedan constituidas en condiciones precisas para que se erija un Estado conforme a derecho. «Dondequiera que hay una *persona*, es decir, un ser individual o una entidad colectiva, capaces para dirigirse por sí mismos, esto es, dotados de razón, hay la condición indispensable para que surja el Estado, como fuerza moral, capaz de regular la vida de una manera jurídica». Todo el argumento ya está definiendo el campo de esta regulación. Está fijando unos límites y unas funciones a la ley como determinación normativa del Estado. Define su legitimidad, marca su dirección y delimita su alcance.

Hay preguntas de carácter previo: «¿Para qué sirve, qué hace el Estado? ¿Cuál es, en suma, su misión?». Entre posiciones de «*estatismo* o absolutismo del Estado» que ven su fin en él mismo y otras que sólo lo miran «como mero instrumento al servicio de los intereses individuales», la cuestión se considera que está mal planteada. El Estado es un medio, como quieren los segundos, pero necesario, como pretenden los primeros; es un instrumento preciso para un fin que no se identifica con su existencia. Ya lo sabemos, pero se abunda. «El derecho como fin del Estado» es un epigrafe que viene ahora. El objetivo práctico del Estado no es ni puede ser otro que su principio teórico.

Y el medio lo está entre ellos, entre principio y objetivo; ha de responder a ellos. Tiene un objeto. Las posiciones menos jurídicas, tanto la estatista como la individualista, se nos dice que conducen a un terreno similar, para sus diversos fines, de afirmación impositiva de la autoridad política. Frente al individualismo de este cariz estatista, se nos explica que han venido a concebirse y situarse un anarquismo y un socialismo, un anarquismo que, porque afirma el derecho, niega el Estado y un socialismo que, por igual razón, se inclina en cambio a reforzarlo. Del círculo vicioso de este género de confrontaciones a varias bandas sólo se ve salida por la vía que indica el derecho. Es siempre el objeto. Es la determinación del medio por la inspiración del principio y la persecución del fin:

Lo que el Estado trata, es de hacer efectivo en las relaciones humanas *el derecho*, porque todos entienden que el orden social se funda en el derecho. La dificultad mayor estriba en determinar cómo se hace imperar el derecho por el Estado: lo cual depende de cómo se entiende que se hace cumplir el derecho. Si se estima que el derecho se hace cumplir y se cumple por medio de la fuerza, *obligando* a someterse a una persona coactivamente,

el fin jurídico del Estado se entenderá como pretende el individualismo, y surgirá enfrente la afirmación socialista como en son de protesta, animada por el espectáculo de injusticias que tal manera de cumplir el derecho permite. Si en cambio se entiende el derecho como orden racional en virtud del cual se ponen, por todos, los medios adecuados para que la vida humana sea como debe ser: una vida fecunda y completa, en ese caso, sin caer en el puro socialismo, el *fin jurídico* del Estado implicará la acción espontánea y reflexiva del todo social hacia el cumplimiento, mediante el desarrollo, por todos y cada uno de los miembros del Estado, de una conducta acomodada a las exigencias generales de la justicia.

Es la aplicación de los principios. Son la libertad individual y la autonomía social como requisitos de legitimación, condiciones de existencia y procedimientos de actuación de un Estado que, correspondientemente, tiene como razón y objetivo, causa y fin, una justicia entendida en dicho preciso sentido y bajo dichos precisos compromisos de reconocimiento y realización, garantía y promoción, de libertad y autonomía. No es una petición de principio porque el razonamiento circular reposa sobre la base de una entidad que no se encierra en el círculo, la personalidad que se ha dicho no exclusivamente individual, sino también social. Los estados básicos eran los de las personas, los individuos.

Cuestión ulterior es la de los poderes del Estado político, tocándose más específicamente ahora « la función legislativa », función porque debe serlo del derecho, « declaración o determinación » suya. No es exclusiva, puesto que la concreción se puede también producir mediante otras formas, « verbigracia mediante las *costumbres* », pero ya sabemos que la ciencia política, el arte del Estado, no entiende de todo el derecho. Lo suyo es en este punto la ley. ¿Lo es así también el código? Era un problema que estaba al orden del día. Hemos llegado nuevamente a su lugar.

Pero no aparece. No se plantea. Sabemos que hay un volumen más jurídico de Posada en los *Manuales Soler*. Es *El sufragio*, con un doble título completo dentro de la misma colección; primero, *El sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*; luego, *El sufragio. Doctrina y práctica en los pueblos modernos*. Trata el derecho electoral como procedimiento político. Es un capítulo que afecta neurálgicamente, no sólo a la legitimidad, sino también a las posibilidades de la ley, mas no parece cosa a la que convenga o interese aquí extenderse. Conforme al espíritu de la empresa, el

prólogo entiende que, si se aborda un abanico de cuestiones, es para que «entren a formar parte del caudal común de la cultura popular». Por lo visto, la codificación no figuraba entre las materias que debían seguir ese curso. Puede quizá entenderse con el catálogo de la colección en la mano. El volumen precedente era *La ignorancia*, o mejor el *Status individual*, de Joaquín Costa. La ausencia entre los *Manuales Soler* de uno de derecho civil podía ser síntoma de reparo y temor.

La ignorancia es ahora la cuestión. El caso es que la posibilidad de que la ley se produzca como un ordenamiento, no sectorial y heterointegrado, sino sistemático y autorreferencial, no es algo que merezca consideración por parte de unos manuales de derecho electoral y de ciencia política. El hecho es que rehuyen el problema. Estos textos constitucionales, estrictamente ellos, no lo abordan. Una doctrina de este objeto, de esta identificación, no quiere saber nada de unas prácticas legislativas que simplemente no casan con sus presupuestos jurídicos. El momento del código no es constitucional. No parece descuido, sino incomodidad.

¿Podía superarse? Este es entonces el punto. Desde un momento constitucional en el que se ha procedido a la distinción entre derecho y Estado, se ha proseguido colocándolos en tal orden y se ha identificado al primero con unas nociones capaces de comprometer al segundo no sólo en lo que importa a su institución, sino también en lo que atañe a su función y en lo que interesa a su actividad, desde este momento preciso, ¿cuál es el tiempo del código? ¿Cuál, el espacio de la codificación? Si no es ninguno, resulta angosto. Ya sería un compromiso enfrentarse al resultado.

7. El resultado es común y compartido. Lo es de estos *Manuales Soler* que atienden más específicamente la materia jurídica. No parece que nos encontremos ante salidas de tono de autores ocurrentes, que nos las veamos con posturas marginales ni aisladas. Eran planteamientos y previsiones, análisis y diagnósticos, que podían cultivarse en el mundo del derecho y propagarse fuera de él. Y no eran exactamente supuestos ni posiciones, requerimientos ni secuelas, de la codificación. Eran posiciones de autoridad en el ámbito de una cultura no sólo popular.

Aparte de nuestros cuatro autores, hemos dado con un par de

autoridades. Gumersindo de Azcárate hace cosas como dirigir la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* o como encargarse de la contestación al discurso de Joaquín Costa en la Academia de Ciencias Morales y Políticas; Francisco Giner de los Ríos, otras como interponer reparos y mover a explicaciones a Dorado Montero por razón y en base de su mera y exclusiva autoridad moral e intelectual. Estamos realmente ante unos nombres que merecen la máxima consideración en la España de la época. Son juristas, más inclinado el segundo, Giner, a la filosofía y la pedagogía; el primero, Azcárate, a la política y la sociología, pero compartiendo ambas actitudes éticas, posiciones jurídicas y empresas culturales. Así se granjearían un prestigio. Aunque sólo cubra hasta 1896, son cosas que pueden apreciarse a través de los registros de la *Bibliografía Española del Derecho y de la Política* de Torres Campos. Nosotros no debemos salirnos de nuestros materiales.

No vamos a entrar en la noticia y mérito de unas personalidades y unas obras. Somos profanos y sólo sabemos lo que vamos averiguando. Y no debíamos extendernos tampoco en unas lecturas. Vamos a leer sencillamente lo preciso, a entablar conocimiento de unas autoridades para el entendimiento de unos autores, para la inteligencia de una cultura. A tenor de las propias citas de nuestros *Manuales Soler*, a criterio no sólo de Dorado, sino también del resto, de Benito, de Costa y de Posada, la autoridad mayor es la de Giner. Mantengamos el orden evangélico y comencemos por Azcárate. Que pueda interesarnos ahora, anunciando una cuestión ya surgida y aún incierta, en 1885 publica y en 1892 reedita *El Régimen Parlamentario en la práctica*. En el catálogo de ventas de la *Casa Reus* se ofrece al precio módico de 3 pesetas. Y estamos así situados entre la codificación propia y la *Méthode* ajena, que es un espacio corto de tiempo.

El asunto es constitucional. Como había códigos, hay constitución, de 1876, con un capítulo parlamentario de práctica bastante degradada por lo que se nos dice. Este es el objeto, la degeneración constitucional. Y esta es la secuencia de algunos epígrafes capitulares: «Corruptelas parlamentarias», «Omnipotencia del poder ejecutivo», «Impotencia del poder judicial». Son problemas institucionales, estructurales, que no se resolverán con el advenimiento previsible y ausplicable de un nuevo régimen: «La democracia,

además de las dificultades transitorias que ha de llevar consigo un cambio radical en la organización del Estado, encontrará planteado, juntamente con el problema político y social, éste otro que se refiere a la moral pública», que es así más que constitucional.

Otro capítulo de *El Régimen Parlamentario* responde al epígrafe «El Derecho y la Política». Expone que «la política es el *medio*» y «lo jurídico es el *fin*»; que el llamado derecho público, penal incluido, es procedimiento, mientras que sustancia es el que se denomina privado. Y agrega que resulta corriente un sacrificio bien poco saludable, el del fin por el medio: «La verdad es que forma singular contraste, en algunos países, la inmensa actividad consagrada por los individuos y por los partidos a las cuestiones políticas, que son por esencia de *forma*, con la escasa atención que se presta a los problemas jurídicos, que son en esencia de *fondo*. El absurdo que de aquí resulta es igual al que nos ofrecerían una academia o una sociedad mercantil que se preocuparan casi exclusivamente de su constitución u organización y desatendieran, la una, el fin científico, y la otra, el fin económico para el que han sido creadas y establecidas».

Y el fin era el derecho. Sufre por lo anterior ante todo la libertad del individuo: «Muchos creen erróneamente que del derecho político forma parte toda la materia concerniente a los llamados *derechos individuales*, siendo de notar que entre éstos se concede, por lo general, más importancia a los que revisten un carácter mixto de civiles y políticos», sustanciales y procedimentales. Para Azcárate, lo civil no se reduce a lo privado, pero es ante todo privacidad, intimidad, espacio de libertad intangible para la ley, irreductible a ella. Si siguiéramos con el catálogo de ofertas de la *Casa Librera Reus*, si reparásemos en una publicación anónima de 1876, pero que aquí justamente se le adjudica, *Minuta de un Testamento*, a 1,50 pesetas, ya con esto, comprobaríamos que nos encontramos ante un individuo realmente significado en la España de la época por su singular y profunda sensibilidad respecto a una libertad sustancialmente individual porque comienza por la autonomía y responsabilidad de la conciencia propia así como respecto a una libertad procedimentalmente social porque vive del reconocimiento y se alimenta del compromiso con la equivalencia de la condición ajena.

Y no es otra la posición donde encontraríamos a Giner, autoridad primera. Bibliografía y catálogo transmiten que este problema de los espacios individuales y colectivos fue objeto principal de sus desvelos. En 1899 reúne y publica sus páginas sobre *La persona social*, que la *Casa Reus* ofrece al precio de 5 pesetas. Hay una noción de fondo: «El círculo sustantivo de derecho que rige una persona, sea individual, sea social, se llama *Estado*». Ya podemos saber lo que significan el término de derecho, el de estado y la conexión que se establece entre ambos en esta aplicación determinada. Giner es quien más autorizadamente la expone.

Y llega a las fuentes, con unas nociones de constitución, ley y costumbre que guardan consecuencia. Hay remisión a un *Resumen de Filosofía del Derecho* que Giner ha realizado con la colaboración de Alfredo Calderón. Había comenzado a publicarse en 1886 y ha tenido una edición más cumplida, nunca completa, en 1898. Figura en el catálogo de ventas de la *Casa Reus* a 7,50 pesetas. Estamos moviéndonos con precios entre los *Manuales Soler* y el *Método*, más asequibles siempre que éste. Entre la codificación y la *Méthode*, en este tiempo aquí corto, también seguimos.

El resumen o curso de *Filosofía del Derecho* se ocupa más cumplidamente de las fuentes y en particular de la ley. La categoría se presenta como una forma que no debe ser objeto de desprecio, pero tampoco de «ciega idolatría». Su valor depende de que sea una efectiva expresión del derecho, lo que no siempre resulta. Y el contraste primordial no es de procedimiento constitucional, sino de sustancia moral. La distinción entre derecho y ley se subraya porque tienden a refundirse indebidamente en beneficio y con premio de la segunda, en perjuicio y con detrimento del primero. «Es ejemplo», se nos explica, «la importancia excesiva concedida en todo el curso de la historia contemporánea a las formas políticas, consideradas como la más firme garantía de los derechos y de las libertades»; e ilustración más tangible se nos asegura que ofrecerían «el llamado derecho *civil* y el procesal de nuestro tiempo, ya rara vez adaptados a lo que éste exige».

Para podersele considerar ajustada a derecho, es relevante el contenido y no sólo la forma de la ley. Hay unos requisitos porque no debe reconocérsele una soberanía. El ordenamiento legislativo se nos dice que ha de concebirse esencialmente como intérprete depu-

rador del derecho consuetudinario, « de suerte que el pueblo mismo vea en la obra legislativa la expresión fiel, pero concreta, purificada y sistemática » de sus propios sentimientos y aspiraciones, logrando así además superarse « el carácter ocasional, y en la apariencia empírico e incoherente, de la costumbre ». Pero el contenido de la ley debe legitimarse no sólo de cara al pueblo, sino también del individuo.

Y en esto no cabe ponderación ni medias tintas. Es el punto que parece cardinal. La norma debe ante todo fundarse en « el reconocimiento de la esfera de independencia personal, propia de cada sujeto para la dirección de su vida jurídica y que suele llevar el nombre de *libertad civil*, la cual es conculcada siempre que, por extender indebidamente el carácter obligatorio de la ley, se entromete el poder social a regir aquellas relaciones cuyo gobierno corresponde por su naturaleza a los particulares: tal acaece, por ejemplo, cuando la ley declara insoluble el matrimonio o establece el sistema de legítima ». Son cuestiones de libertad dicha civil, de la relación matrimonial como de la disposición sucesoria, aquí muy sensibles, no sólo frente al derecho canónico, sino también frente al código de posiciones que no resultaban menos adversas.

Con lo que hemos llegado efectivamente a la codificación naturalmente entonces problemática: « El concepto del *código* está muy vacilante todavía ». Representa un triunfo discutible de la ley. El agostamiento a su calor de otras fuentes puede ser fatal para sus propios requisitos de legitimación y validez. No puede prescindirse de la costumbre, que debe incluso servir como confirmación de la ley y no al contrario. Entre una y otra, pero debiendo así acercarse al terreno consuetudinario, ha de mediar la jurisprudencia. La misma doctrina, « el llamado derecho *doctrinal, científico* o *de los jurisconsultos* » tiene un papel de orientación y guía de carácter cultural, sin suplantación de las fuentes. « *Fuentes del Derecho* » propiamente sólo serían la ley y la costumbre. Por encima de todo ha quedado bien situada la libertad autónoma del individuo. Con ella no sólo resultaba cuestionado el código como forma, sino también en cuanto a su contenido. La codificación estaba entonces aquí aquejada de esta debilidad esencial.

La libertad estaba reñida por lo visto con el código; la civil, con el civil. Un sistema que comenzase por reconocer y respetar la

autonomía del individuo y prosiguiese haciendo lo propio con el autogobierno de la sociedad, no reduciéndolo a un terreno político, un sistema tal, no tiene cabida para la codificación porque tenga un lugar para las leyes. En materia civil, ya se nos dice que el matrimonio como la sucesión son espacios de la libertad de unos individuos antes que terrenos de la ordenación de un código. Respecto a otras ramas e incluso respecto al tronco, las *Bases* de Dorado Montero, las de Lorenzo Benito, el *Status individual* de Costa, la *Ciencia* de Posada y el mismo *Régimen Parlamentario* de Azcárate no nos dicen otras cosas. Igual que la libertad civil, incluso la mercantil podía ser expresión de autonomía individual y social, un principio constitucional. En 1890, Benito ha publicado una traducción, *La Libertad*, esto era, *On Liberty* de John Stuart Mill, otra afirmación categórica tampoco tan lejana, de 1859, y de una tierra a la que también como vimos el autor miraba para que su materia no acabase de recluirle en el interior de la codificación. El dato de la versión no deja de registrarla la *Bibliografía Española del Derecho y de la Política* de Torres Campos.

Pero no debíamos extendernos en lecturas. Ya las tenemos para hacernos presente una cultura. No es de códigos, cuya existencia choca aunque la confrontación se eluda. Azcárate y Giner han puesto de manifiesto la incomodidad que, en el caso de Posada, sólo pude sospechar. No hay ningún descuido, aunque haya algún abandono. Si la codificación no es tema preferido, es porque no merece preferencia. Una vez que se había diferenciado el derecho de la ley por razón de libertad, una vez que se hace esto y no en otros casos, el mismo mantenimiento del derecho constitucional a un nivel de forma política evitándose el fondo jurídico puede acusar la constancia del desajuste entre tales precisos elementos, el derecho y la ley, la libertad y el código. Deben primar los primeros y tienden a hacerlo los segundos. Es constancia de unos autores y testimonio de unas autoridades.

Así eran, autoridades de la libertad y no de la ley, o antes de la primera que de la segunda. Dorado, Benito, Costa o el mismo Posada podían expresar más o menos felizmente unas posturas o acentuar en mayor o menor medida algunas modulaciones, pero no cabe duda de la sintonía. Es la misma de Giner y Azcárate. Pueden explicarse los unos por los otros porque la posición en la que se

mueven es una misma. Importa más lo que comparten que lo que pueda diferenciarles. Hay un autor colectivo que se ha ganado una autoridad social. Los *Manuales Soler* tienen su mérito.

Y estamos dando siempre con lo mismo, un desajuste. La autoridad de una cultura no abonaba la de un orden. Una disciplina común no se conforma. El código no contaba con este sostén ni con esta cobertura. No parece que se le dejara en efecto mucho sitio a la codificación, a un sistema de consustancial vocación legalista. La universidad abierta de los *Manuales Soler* y el universo cerrado de los códigos eran realmente espacios distintos. Se mantiene el interrogante de si queda de por medio alguna zona de contacto que pueda servirle acogida y abrirle campo a la *Méthode* de François y al *Método* de Francisco. Estamos acercándonos a nuestra incógnita.

8. Sólo hemos entrado hasta el momento en tratos con una sola tendencia, pero no con una cualquiera. También estamos comprobando que resulta la que mejor puede sintonizar con una actitud crítica, la de aquellos incluso entre quienes pudo quizá fraguarse la iniciativa de la traducción. Vemos que andaban lejos de la *Méthode*, ajenos a los presupuestos del *Método*. No comparten la base de partida ni aceptan la razón de ser. Son críticas distintas. ¿Es todo un malentendido? ¿Juega el equívoco? He aquí la incógnita desnuda.

Pero hemos podido detectar de paso algo más para entender una recepción, para conocer su terreno. Las posiciones aborígenes de impugnación del código, las de dicha concreta tendencia, contaban, no sólo con unos predicamentos personales, sino también con unas bases objetivas. Refiriéndose a la situación de hecho del derecho, nuestros autores han podido transmitir noticias sobre la costumbre y la jurisprudencia, los derechos romano y canónico o los fueros regionales que ya de por sí no encajan en los supuestos de la codificación, en aquel sistema de ley que era la base aceptada de partida y la razón crítica de ser de la obra de Gény.

Aquí había códigos, comenzándose por los básicos político y civil, pero el sistema establecido no parece exactamente el de la codificación. La constitución, el código político, establecía un sistema de vocación legalista, contemplando el procedimiento parlamentario y requiriendo la codificación, pero ni el uno acababa de

regularizarse ni la otra de imponerse. El código civil, su título preliminar, partía de la concepción legalista, pero luego contenía salvedades a favor de ordenamientos no reducidos e irreductibles a ley. Y no han faltado datos e indicios de que el campo de juego de las fuentes no legales podía ser mucho más dilatado y significativo, más relevante a efectos no sólo cuantitativos, sino también cualitativos, de lo que los códigos mismos llegaron a reconocer. ¿Cómo encajan las piezas? ¿Es la codificación la que preside? ¿Qué firme pisa entonces la cultura que se le resiste?

Aprovechemos nuestros materiales. Tenemos la *Colección Legislativa de España* y la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. La primera ya sabemos que no se limita a las leyes, extendiéndose a la jurisprudencia. La segunda cuenta también con unos preciosos anexos, el *Boletín* de legislación y las colecciones jurisprudenciales propias. Todo lo edita la *Casa Reus*, con carácter oficial lo primero. La *Revista General* no es además tan sólo de *Legislación y Jurisprudencia*. Conoce, aunque no anuncie, otras fuentes. Acercándonos a nuestro momento, será también de la costumbre.

En 1879 la revista abre una sección de *Derecho foral* que acoge escritos de *Derecho consuetudinario* debidos a Joaquín Costa. De 1896 a 1898 es este segundo título el que recibe y merece la sección, publicando estudios y encuestas sobre costumbres de manos diversas bajo la dirección de Costa. Y la revista también ofrece noticias. En 1897 la Academia de Ciencias Morales y Políticas inicia unos concursos de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular* dando origen a una serie propia de publicaciones de 1900 a 1921. Paralelamente, Costa reúne escritos suyos y ajenos, fundamentalmente aquellos de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, bajo el mismo título de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular en España*, dos volúmenes publicados en 1902 por nuestra otra casa, *Manuel Soler, Editor*. Junto con nuestros catálogos, son materiales bastantes para proseguir sin necesidad de salirnos de nuestros medios. Y lo que nos interesa es lo básico.

No damos con el cuadro que suele hoy representarse para este derecho español de la edad de la codificación, pero estamos ante el panorama que la época nos brinda. Lo primero que resulta es que en la España del XIX no parece que se haya impuesto el principio de imperio de la ley en su sentido específico de norma contemporánea

políticamente determinada. El susodicho título preliminar del código civil de 1889 a la hora de la verdad hace ceder la ley, por una parte ante el derecho canónico, por otra ante unos derechos regionales que pueden prevalecer incluso con su componente consuetudinario y con su cobertura integradora del derecho romano y del mismo canónico. Y el código mercantil de 1885 permitía en su terreno la anteposición frente al civil también de la costumbre.

A lo que además debe agregarse un valor de la jurisprudencia no reconocido por los códigos sustantivos, pero consagrado en los procesales. Las sucesivas leyes de enjuiciamiento civil, de 1855 y de 1881 con sus reformas, admitieron a efectos de casación, junto a la infracción de ley, la de jurisprudencia, la de una « doctrina legal » o doctrina sin más que estos códigos identifican primero como la que adoptan los tribunales y luego como la que éstos mismos crean. Dada la carencia de código civil durante casi todo el siglo, con un sistema de vocación legalista que expresamente lo requería, el papel suplente de la jurisprudencia resulta de importancia más que suplente.

Y estamos ante una codificación sustancialmente tardía. Los códigos españoles de los años ochenta, el procesal de 1881, el mercantil de 1885, el civil de 1889..., no llegaron a tiempo de hacer mucho. Las cosas se las encontraron dadas. La llegada se produce tras varias décadas de presencia y beligerancia, presión y vicisitudes, compromisos y acomodamientos de su cultura. No es que fueran los primeros códigos, como también venimos viendo, pero tampoco se había producido durante los años anteriores una codificación que pudiera imponer su propia suficiencia. Porque haya habido códigos, no había habido codificación.

Código mercantil había existido uno primero, vigente en teoría como se nos ha dicho entre 1829 y 1885, pero no se había constituido en núcleo y ley fundamental de su materia. Sus propios exégetas hubieron de extenderse no sólo a otras leyes sucesivas, sino también a diversas fuentes, como la jurisprudencia y la costumbre; y tampoco mantuvieron confinada la materia en un ámbito positivo, sino que ya acabaron también buscando otros motivos de legitimación y ordenación, como la filosofía y la historia. No hay un desarrollo, pero esto ya se gesta. El código nunca bastó. Le faltaba

además al mercantil la referencia del civil respecto al que situarse y definirse, plantearse y legitimarse.

Civil ninguno hubo hasta el de 1889. Durante cerca de un siglo, no fueron muchas las leyes que se introdujeron en su terreno. El derecho civil, huérfano de código en un sistema que lo requería, venía doctrinalmente construyéndose con recurso a la historia y a la filosofía, a fuentes pretéritas pasadas por derecho natural, y positivamente estableciéndose mediante la labor judicial. Aunque no exclusivamente, para este derecho sobre todo cuenta la jurisprudencia de casación, con su valor equiparado a ley y su campo amplio de juego en manos de un tribunal supremo que aquí era único y resolutivo. Bajo dicho concepto se le publica y considera. Esto no lo reflejaba en 1889 el título preliminar del código civil, pero la situación tampoco es que se altere. Operaba un sistema de fondo más judicialista que legalista. Se añade la admisión de otros ordenamientos no legales, el canónico y los regionales, por el propio código. Y fuera de él, también en el campo público, existe todo un mundo consuetudinario más inmune cuya revelación le sigue.

Los códigos más sustantivos, el civil de 1889 y el mercantil de 1885, fundan ciertamente poco. No inauguran. La misma jurisprudencia precedente puede concurrir a su lectura. Y la doctrina no será exactamente exegética. En una última demora también ocurre que se han organizado los planes de estudios de derecho conforme sustancialmente, no a los presupuestos generales de la codificación, sino e la cultura particular de fuentes que viene por aquí gestándose a lo largo del XIX. Los códigos pueden identificar asignaturas, pero no definir las. Si hubiéramos seguido las obras más académicas de nuestros mismos autores también habríamos llegado a esto. He aquí las denominaciones de estas materias más sustantivas según el plan de 1883: *Derecho Civil español, común y foral* y *Derecho Mercantil de España y de las principales Naciones de Europa y América*. Son más que síntomas.

Por una parte, en el derecho civil ya abiertamente se integraba el derecho regional dicho foral, con sus fuentes forzosamente no legales al no existir parlamentos regionales, además de que se definía un ordenamiento común que, faltando todavía el código, había de seguir componiéndose más con historia y filosofía que con ley. Por otra parte, el derecho mercantil ya paladinamente se presentaba,

pese en su caso al código, como un orden que transcendía los confines propios de la ley. No son cosas nuevas ni tampoco viejas. No las alteran los códigos sustantivos de 1885 y 1889 que a continuación llegan. Son años además éstos de una legislación concesiva de libertades, que se implantan de un modo efectivo. Es un factor que también concurre a la frustración cultural de la codificación. En fin, ésta no produjo solución de continuidad ni siquiera en el grado ya relativo previsto.

La literatura jurídica que eclosiona entre siglos refleja todo esto en sus mismos títulos y desde luego en los contenidos. No faltan lecturas exegéticas de los códigos, y particularmente ahora del civil; tampoco faltarán juristas que se tomen absolutamente en serio la presunción aquí amortiguada del código, pero la codificación no acaba de conformar el derecho. Historia y filosofía podían seguir fundando el propio orden de los códigos por encima de su misma posición legislativa, estorbando seriamente un acceso incontrastado de la ley a su imperio de principio. La misma doctrina oficialista que no cuestionaba las bases de los códigos establecidos, incluido el político, y estaba atenta a sus requerimientos, tampoco solía contentarse con sus desnudas presunciones de autoridad y vigencia. No parece que pudiera. Aun con todas las diferencias, lo común es moverse en un campo más abierto y aireado que el característico de la codificación. No acotaba la ley aquí el terreno. No tuvo el código a su alcance la fundación del sistema. No lo había sometido a sus reglas. Una libertad se le resistía. Y algunas cosas se compartían.

La realidad de un sistema no era ni estaba tan ajena a la tendencia de unos autores. Ofrecía incluso base. Había comunicación. El abanico del catálogo de la *Casa Editora Reus*, desde la *Colección Legislativa* de carácter oficial a la *Biblioteca Jurídica* dirigida por Azcàrate, ya constituía todo un síntoma. Si un extremo representaba el ordenamiento; el otro podía ser la cultura. Pero no eran posiciones complementarias ni estaban equilibradas. Seguían predicando principios contrapuestos y constituyendo posiciones encontradas. La concepción cultural del derecho como libertad, si no era incompatible con la ley, con los códigos, lo resultaba con la codificación, con el sistema. Aun compartiendo un terreno, los códigos españoles y los *Manuales Soler* no podían concordarse. Cuestiones esenciales obligan a mantener las distinciones. El título

preliminar *De las leyes* del código civil, aun con su admisión de fuentes no legales, no tenía realmente mucho en común con la *Filosofía del Derecho* de Francisco Giner, aun con su consideración de la ley. Comunicación no era comunidad.

Y una cultura, la de derecho, se demostraba de fundamentos más asentados y firmes, más asimilados y propios, que un ordenamiento, el de código. Aunque no sea cosa que suela luego subrayarse, el sustrato social de la codificación se hallaba debilitado precisamente y ante todo por razón y predicamento de una filosofía. Ya sabemos que era también una práctica; que constituía, no una abstracción del derecho, sino una teoría de la libertad; no una ideología, sino una moralidad. No podía resultar una doctrina concorde con los códigos ni siquiera a unos efectos críticos constructivos. No lo era que pudiera acudir en su ayuda, no ya a su concepción y sustento, a su cuidado y abrigo, sino tampoco a su educación y compostura, a su vigilancia y salud.

La cultura de derecho no era posición vencida. El sistema de código no la había puesto en retirada. El propio medio no le era completamente desfavorable. Había un caldo de cultivo. Posiciones como las difundidas con los *Manuales Soler*, las propugnadas por el *Régimen Parlamentario* de Azcárate o las concebidas en la *Filosofía del Derecho* de Giner no estaban fuera de juego. Aunque el régimen constitucional, con su regulación concesiva de las libertades, y el sistema codificado, con su ignorancia resuelta de la civil, fueran de otra posición, el horizonte no estaba cegado. Existía una cultura que impulsaba y conducía su propia dinámica. La codificación estaba lejos de haber dicho la última palabra.

De cara a ella, puede entenderse que no sólo una cultura jurídica elevada la viera con malos ojos; tampoco las cosas estarían mucho mejor a pié de obra. El desapego respecto a los códigos no era sobrevenido, no se había improvisado ante la codificación. Ya estaba metida aquí una marcha que la ley por sí sola no parecía con fuerza para cambiar. Y la situación no se resolvía, resistiéndose la cultura, por la misma entidad práctica de los problemas teóricos que se ventilaban. Contraposición de principios y confrontación de posiciones tenían sentido. No había confusión. La alternativa radical entre derecho y código podía afectar a la misma posibilidad de las

libertades más propias para el individuo y más elementales para la sociedad.

Si una posición, la de nuestros autores, se ha dicho progresista, puede decirse conservadora la otra, la de nuestros códigos. De esta forma se había producido realmente la colisión más frontal durante los años finales de la codificación, con su ocasión. El código civil de 1889 se había topado con una seria resistencia que no lo era a un progreso. Una oposición de este otro signo estaba quedándose fuera de lugar y tiempo. El código sólo podía decirse civil a medias, particularmente por la conservación en su propio campo de un derecho canónico que entonces afectaba seriamente no sólo al orden familiar, institucionalizando, sino también a la condición personal, discriminando y supeditando. Era código especialmente lesivo para la libertad básica que se nos ha dicho civil, para el derecho en este sentido fundamental. Y llegaba en una época a cuyas alturas sobrababan razones para la susceptibilidad. Aquí radicaba una diferencia. De esto nacía una oposición.

Su significación no es cosa que suela subrayarse, pero quedó patente y puede verse en los mismos debates parlamentarios de la codificación final española y particularmente del código civil entre 1885 y 1889. Conviene seguir sumando algunos materiales. Exponente significado de la posición de derecho frente a ley en el parlamento, en el Congreso de los Diputados en concreto, fue Azcárate, nuestro autor de *El Régimen Parlamentario en la práctica* y director de la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* que albergara el *Método*. Ya estaba en otra órbita, aunque el debate le obligara a entrar críticamente en el mundo interno del código. Y esta necesidad se acentuaría tras la promulgación. Ahora, con la codificación, si no implantada, establecida, ya convendría cuestionarla desde el interior. La táctica no alteraba la posición. El código no lograba una incidencia cultural de atracción hacia su campo. A efectos críticos empero, convendría ahora la entrada.

Entre el código y el *Método*, antes de la *Méthode*, hay otras traducciones más críticas con la codificación. Están fuera de la *Biblioteca Jurídica* que dirige Azcárate, pero no muy distantes y, sobre todo, dentro del campo civil. *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* de Enrico Cimbali, cuyo original es de 1885, está publicado en 1893, con prólogo de Felipe Sánchez

Román que se nos presenta como civilista y por el cual nos enteramos que otro miembro del gremio, Augusto Comas, ha estado en correspondencia con el autor. Por las actas parlamentarias también podemos ver que este otro civilista se ha significado en la otra cámara, en el Senado, combatiendo el código de 1889. Y una golondrina pudo hacer verano. Entre nuestros autores, Dorado Montero diligentemente traduce *La reforma integral de la legislación civil* de Giuseppe D'Aguzzo; se publica en 1894 y el original es del año anterior; Adolfo Posada hace lo propio con *El Derecho civil y los pobres*, según vierte el título, de Anton Menger, que se publica en 1898, siendo el original de 1889. Hay una receptividad que no es ajena a la propia apertura del sistema de fuentes o a la concreta falta de cierre con la codificación.

La misma necesidad táctica más que la posición estratégica pudiera dar razón de que le llegase también el turno a la traducción de la *Méthode*. Nuestros materiales no nos informan del grado de participación de Azcárate en la iniciativa, pero tampoco se trataba de una posición de carácter personal. Era todo un ambiente. No resultaba desde luego proclive al entendimiento ni favorable al aprovechamiento de la obra de Gény, pero tal era, tal seguía siendo, la atmósfera que por aquí se respiraba. Con todo esto, con todo lo visto, no ha hecho más que agudizarse la propia incógnita de la recepción deparada al *Método*.

9. Gény no comparece ni en la *Ciencia* de 1900, ni en *La ignorancia* ni en *El sufragio* de 1901, ni en las *Bases penales* de 1902, ni en las mercantiles ni en el *Valor social* de 1903. Nuestros *Manuales Soler* manejan literatura foránea, incluida francesa coetánea, pero no la *Méthode*, de 1899, aun habiendo ocasión. Un silencio antecede a la recepción. Entre 1902 y 1903 la *Casa Reus* procede a la publicación del *Método*. Desde el primero de estos años obra en castellano su mensaje, proclamando en la tribuna del prólogo por Raymond Saleilles, aquí Raimundo Saleilles: «*Por el Código civil, pero más allá del Código*». ¿Qué puede aquí significar la consigna? ¿Qué se ofrece y qué se recibe? Llegamos por fin a nuestra incógnita.

La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la revista de la misma *Casa Reus*, publica en 1904, en su número CIV, una reseña del *Método*, suscrita por Enrique García Herreros. No es que sea

muy entusiasta. Se distingue entre dos cosas, la « fundada crítica » de un legalismo, de « los juristas idólatras de los Códigos », y « las bases quizá no demasiado sólidas » de un método, de la propuesta que se hace. Esto se ve que convence menos. Puestos a ello, se tiene a mano, « en nuestra patria », otra posición más consecuente, precisamente la de Joaquín Costa, la cual « demuestra la superioridad de la costumbre sobre la ley y llega a plantearse el problema de si las leyes se promulgan siempre *ad referendum* ». De lo que ahora es objeto de importación, entre Saleilles y Gény, entre prólogo y texto, se comete con el segundo la descortesía de preferirse el primero, quien subraya en la consigna la parte transcendente, *más allá del Código*, y no la inmanente, *por el Código*. « La obra y su prólogo son en extremo interesantes y dignos de ser leídos ».

Sólo ha faltado añadir que la obra sobra, que su traducción aporta poco, que hubiera bastado para el caso con la edición del prólogo en las páginas de la revista. Pero estas desatenciones tampoco puede decirse que lo fueran del medio. La propia *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* también ha traducido y publicado muy diligentemente, en 1901, en su número XCIX, la lección con la que inaugurara Gény en Dijon el curso corriente, el de 1900-1901, *La notion de Droit positif à la veille du XXe siècle*, aquí ya, por unos meses, *La noción del Derecho positivo a principios del siglo XX*. El interés de arranque es llamativo. Mas no se mantiene. La recepción tampoco tendrá por qué ser una señal de recibimiento.

La *Casa Reus* procede. La obra extranjera que apareció a continuación en su *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*, en 1904, va más allá de Gény, pero no a su través. Se trata de *Las más famosas sentencias del Buen Juez francés Magnaud*, ejemplo de impugnación de las leyes no acordes con derechos aún en el momento de su aplicación obligada. La presentación, de Dionisio Díez Enríquez, lo resalta. Sigue habiendo diligencia, pues la edición que se traduce es de 1900, pero ahora se aplica más a un caso que al otro. La crítica de Gény al juez Magnaud, tachándolo poco menos que de anarquista, está en la *Méthode*, pero en la edición de 1919, en la versión ampliada que aquí nunca se traduce. En 1925, reeditándose la traducción de la primera, se ignora este rechazo mientras que nuestro *Buen Juez* conoce en 1909 una segunda edición corregida y

aumentada. Sólo se reduce el título en portadilla por ambas ediciones: *Las sentencias del magistrado Magnaud*. Datos de tiradas no tengo, pero la primera edición del *Método* permaneció en catálogo un tiempo y la segunda no se agotó; sigue ofreciéndose al cabo de los años.

El silencio precedente a la recepción cobra elocuencia. No parece que fuese mucho lo que pudiera brindar por estas latitudes primero la *Méthode* y luego el *Método*. La misma iniciativa de la traducción pudo ser coyuntural por parte de una posición que sólo apreciaba en Gény su limitada vertiente crítica. Transcendiéndose el código mediante el código y dentro del código, con el código y por el código, puede que incluso se favoreciese en demasía la posición adversa, no otra que la del código. No parece que puge una demanda. La oferta quedaba muy por debajo de unas necesidades. No hay un mercado común de las ideas jurídicas. España y Francia contituían al efecto dos mundos. Podían serlo la *Méthode* y el *Método*. Peso a la codificación, no había una comunidad jurídica. Entre el silencio y la recepción, Francisco Gény se encuentra de entrada en un limbo. Conocía algo la existencia, pero no sospechaba el alcance de unas peculiaridades que podían llegar a inutilizar su *Método*.

Unos espacios no resultaban parientes por estar contiguos y comunicados; no lo eran estrechos porque compartiesen superficies y accidentes, depresiones y relieves. Porque se crucen senderos, confluyan corrientes, coincidan remansos, se reciban sedimentos y transmitan desechos, no estamos ante geografías que se confundan. No son los mismos unos problemas porque lo sean unos términos. Las diferencias entre contextos alcanzan a textos. Expresiones gemelas no son equivalentes. Unas categorías de ley y de derecho o de jurisprudencia y de costumbre pueden no significar lo mismo a un lado y otro de un istmo. La comunicación no sólo era cosa de traducción. El mismo discurso, correspondiéndose entre lenguas, podía no hacerlo entre ordenamientos. Las propias formas de parentesco ya marcaban sus diferencias; el primero, el lingüístico, es por consanguinidad; el segundo, el jurídico, por adopción.

No es de extrañar que el *Método* tenga dificultades para que valga su entrada y se le de un sitio. Siguen acusándose problemas en la misma *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vemos

asomar cuestiones: *Las normas jurídicas y la función judicial*, en 1916 y 1917, números CXXIX, CXXX y CXXXI, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales*, en 1919, número CXXXIV, *La Jurisprudencia*, en 1925, 1928 y 1933, números CXLVI, CLII y CLXIII... La primera referencia nos lleva a un trabajo de entidad, debido a Demófilo de Buen, que también tuvo tirada exenta en 1917. Se viene a un terreno legalista, con acopio de doctrina, pero con constancia y conciencia de unas dificultades, no sólo de sistema establecido, sino también de principio jurídico, que impide en definitiva el acomodo. Autoridades siguen constituyendo Giner, Azcárate y Costa. La presencia de Gény es más bien modesta y no parece que en este contexto pueda dejar de serlo. Unas conclusiones de signo judicialista le desbordan.

La segunda referencia remite a una reseña del mismo De Buen de un discurso de ingreso de 1918 en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el de Felipe Clemente de Diego, «maestro de los civilistas españoles» que está trazando «una nueva dirección» según aquí nos lo presenta el reseñante. También se nos dice que esta disertación sobre *El uso* forma unidad con «los trabajos publicados en la *Revista de Derecho Privado* que dirige» el reseñado. Efectivamente, son páginas que conducirán en 1922 a un volumen unitario de *Fuentes del Derecho Civil Español*. Es su autor el susodicho Clemente de Diego, director y maestro.

Y aquí tiene un sitio Gény. En este volumen, en estas *Fuentes del Derecho*, hace una comparecencia de protocolo, por su valor crítico frente a la pretensión de suficiencia de la ley y corolario de autointegración: «Las nuevas doctrinas se alzan contra ese método, alegando que los medios de la hermenéutica tradicional no pueden en todo caso suministrar una regla, y aun suministrada, ella no responde a la voluntad del legislador, sino que es una creación del intérprete». Y esta tradición tan engañosa es la propia de la codificación. El efecto es suyo y el *Método* sirve para dejarla, no sólo en evidencia, criticada, sino también en posición, introducida. Ya es el presupuesto del discurso, que era lo que aquí precisamente fallaba. Sigue una revalorización de la función judicial que no desborda metodológicamente a Gény, que se mantiene sustancialmente en el terreno del *Método*. Y lo propio pasa con la costumbre.

Los problemas resultan planteados por estas *Fuentes del Dere-*

cho Civil Español, antes que con referencia al valor específico de la ley, la jurisprudencia y la costumbre en España, de conformidad con la presunción legalista genérica del código, y, así, de esta forma, dentro de los supuestos del *Método*. La exposición del caso español no es sólo que sea ulterior; queda situado, particularidades comprendidas, dentro de los confines y en el interior del horizonte de la codificación. Se trata de depurar el capítulo de las fuentes, distinguiéndose unas estrictas, con hegemonía del código, respecto a otras más latas, con presencia de un derecho natural y una voluntad privada sin vinculación estrecha, sin la identidad común que sólo podía prestar la noción de libertad. Se tiene constancia de la entidad constitucional del capítulo de fuentes, pero tal identificación ni se toma en consideración. Ya es cuestión de normas, de lo que diga entonces la constitución con su propio punto de partida reductivo del derecho, y de la doctrina que se mueve en esta cultura de código.

El panorama literario cambia. Desaparecen Giner y Azcárate; lejos queda su problemática; la postura consuetudinaria de Costa se remite « a tiempos anteriores al Código », el de 1889. Una evacuación discreta de doctrina aborigen se acompaña de una entrada masiva de literatura foránea. Interesa más el efecto de suplantación que la posibilidad de recepción. No son unas posiciones en su integridad lo que importa. Es el cambio interior de perspectivas. Así se arropa. Puede que fuera maestría, pero no es esclarecimiento. Ya se sabe que los buenos juristas también cometen malas obras.

Quedaba una tercera referencia de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con remisión a tres números diversos, respecto a cuestión de ésta última, de jurisprudencia. Llevan a páginas de Rafael García Ormaechea. Lo primero, en el número CXLVI de 1925, es una nota que rinde tributo a Clemente de Diego; lo segundo, en el CLII de 1928, una reseña editorial del volumen de *Jurisprudencia del Código Civil, 1889-1926* publicado por Ormaechea en 1928; lo tercero, en el CLXIII de 1933, un trabajo suyo tan modesto de título, *Notaciones sobre Jurisprudencia*, como sustancioso de contenido. Se trata de un estudio específico del valor efectivo de esta fuente en la formación contemporánea del ordenamiento español. Con esto vuelve a pisarse tierra, a escaparse nuevamente del mundo de Gény. Pero igual que se ha comenzado por un tributo de autoridad, se acaba con otro. He aquí el broche de

Ormaechea: « Huyendo de dictar normas a la actividad judicial, hay que reconocer a los Tribunales libertad de coordinación de los factores que integran cada pleito como base de sus resoluciones, a fin de que les sea posible hacer, según feliz expresión de Géný, un poco de justicia entre los hombres ».

El periplo es sintomático. La mera invocación acusa no sólo una autoridad ya reconocida, sino también un horizonte ya presente. El ambiente está cambiando. Ya no lo crea tanto la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Se nos ha hablado de otra que realmente le hace la competencia, la *Revista de Derecho Privado*, en cuya dirección se sitúa Clemente de Diego. Ha participado en su fundación y, como también se nos decía, ha venido publicando por entregas en ella, desde el primer número de 1913, buena parte de su volumen de *Fuentes del Derecho*. La depuración era el objetivo de la nueva revista. Se trataba de recomponer una doctrina, con la ruptura precisa, para reconducir un ordenamiento, con el tracto oportuno. *Publicación mensual para el estudio de las cuestiones prácticas del Derecho español civil, mercantil, etc.* es el subtítulo del nuevo periódico. Nació para la intervención; la *Revista General* era bimestral. Es la *de Derecho Privado* la que crea el espacio teórico para una recepción práctica.

En el número décimo de la *Revista de Derecho Privado*, de 1914, se publica una reseña, que suscribe Francisco Candil, del primer volumen, aparecido el mismo año, de *Science et Technique en Droit privé positif* de Géný, « uno de los juristas más finos de la Francia contemporánea y que mejores garantías ofrecen para tratar el problema de la interpretación, pues casi toda su actividad la ha dedicado a tan interesante estudio, trazando el camino, hoy fecundo en resultados, en su hermosa obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* ». Son las expresiones que faltaban en la primera reseña. Ya no habrá traducción, pero hay recepción. Se ofrece el terreno y construye la pista. Géný aterriza. Lo hacen por fin la *Méthode* y el *Método*. En 1933 y en otro campo de juego, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, podía su nombre constituir un hito de autoridad incluso para quien, como García Ormaechea, seguía palpando las inconveniencias.

El punto G pueda aquí situado, no en la edición primera, la de principios de siglo, sino más bien en la postrera, la de 1925, aunque

tampoco resultara exactamente el éxito esperado. Es ahora cuando se recibe la crítica y su objeto, también el código, la cultura que no había logrado dominar con la codificación. En un medio tan refractario a ésta, una y otra cosa se imponen juntas. No viene antes el temible sistema y luego la revisión meritoria, sino que aquí la segunda hace las funciones de embajadora del primero. No extrañará el papel peregrino y triste que le toca finalmente jugar a Francisco Gény y su *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, trasunto de François Gény y su *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. Si la *Méthode* era sombra alargada del *Code*, el código es acompañante corpóreo.

Y el ambiente aún podía resistirse. Había otras recepciones. Azcárate, Posada y Dorado eran los más diligentes para un arco que se extiende del reformismo italiano al constitucionalismo anglosajón. La *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* contaba con compañía. Hay una más activa por entonces, la *Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia de La España Moderna*. Y no están solas. *La reforma de la legislación civil y el proletariado* de Francesco Cosentini, suma del género, aparece, con prólogo de Azcárate añadido a los de Edmond Picard y Giuseppe Salvioli y con apéndice del autor que trata de maestro al prologuista español, en la *Biblioteca Moderna de Filosofía y Ciencias Sociales de la Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán*; el original es de 1911 y la edición española de 1921, póstuma para Azcárate. Era una efervescencia todavía.

Era todavía la cultura que la *Revista de Derecho Privado* quería desterrar de todo el campo jurídico. Pero no sólo ni principalmente es negocio de importación. El mercado sigue siendo nacional. Las recepciones no serán lo decisivo. Tampoco era Stuart Mill quien había fundado *La libertad* de nuestros *Manuales*. Se da con lo que se mira. No se encuentra sino lo que se busca. No se utiliza sino lo que se necesita. Se adopta lo que se piensa que se precisa. Y no hay cultura que se imponga por su virtud intrínseca. El receptáculo no es pasivo. Si deben comprenderse y explicarse las cosas, no son unos recibimientos lo que puede dar cuenta de unos cambios, sino al contrario. No se entiende un destino sin conocerse un medio, las coordenadas de una situación y las abscisas de una evolución. Gény y el *Método* desembarcaron en puerto extraño y sólo se acomodaron

cuando les fue algo familiar el clima. No provocaron la mudanza. Pero algo hicieron.

Nombre y obra resultarán emblemáticos para la operación depuradora e involutiva, para librarse el ordenamiento de unas evidencias sociológicas y unos compromisos sociales aquí encauzadas y agudizados por la misma apertura del sistema de fuentes, para alcanzarse la presunción de la cultura de código. Más tangiblemente, nombre y obra servirán para autorizarse en el terreno positivo de modo superfluo unas fuentes no legales o para predicarse en el ámbito especulativo de igual forma, sin incidencia práctica, un derecho natural, ambas cosas sobre los supuestos sentados por una codificación especialmente poco sensible para con la libertad individual y con la autonomía social, particularmente así poco triunfal.

Con su posición doctrinal en el campo del código, Francisco Gény servirá más para la imposición de un imperio ni siquiera mitigado de la ley frente a la anarquía de la costumbre, capacitación social, y a la libertad de la justicia, habilitación judicial, más para esto que para equilibrarse e integrarse un sistema de fuentes bien complejo porque no había precisamente nunca admitido una reducción tamaña. Tampoco hará falta mucho conocimiento de causa; también bastarán las citas de mera invocación y de segunda, tercera y ulteriores manos. Acabará su nombre tomándose en vano. Es la algarabía.

Historia contrafactual no hay. Despejada la incógnita, no cabe inventarse otras, fantasear futuribles. Pero si la evolución hubiese sido la contraria, la de integración más equilibrada del sistema, no hubieran ido mejor las cosas. Se habría probablemente consumado la inutilización del *Método*. En verdad es que arrivaba a tierra de infieles. Y resultó ser de misión. Tampoco va a achacársele la culpa. La mala acción no es suya. Mas si hubiera de exonerársele, si la historia no fuera factual, buena disculpa sería la de distancia de mundos con disparidad de universos.

10. Lo cortés no quita lo valiente, como también la viceversa. Francisco Giner fallece a principios de 1915 y la *Revista de Derecho Privado* le dedica no sólo una necrología inmediata, sino también los estudios de un número del mismo año, el XX. El principal es de Fernando de los Ríos, quien, encareciendo su filosofía, no deja de

incidir en el capítulo de fuentes. Estamos en un momento álgido de la conflagración, no sólo entre las evidencias de la sociología y las presunciones de la doctrina, sino también todavía entre principios, la libertad de Giner frente a la ley del código.

De los Ríos toca el extremo sensible de la relatividad de la norma de determinación política, « un punto de hermenéutica legal en que se hallan frente a frente dos dogmáticas del derecho y dos visiones del mundo » y en cuya formidable confrontación Gény con su *Méthode* hace comparencia como simple testigo de « la crisis » de una parte, la contraria naturalmente. No sé si el desenlace podía estar aquí todavía incierto a dicha altura de 1915. Estará cantado desde luego cuando el propio De los Ríos escriba en el exilio hacia el final de sus días, en 1945, otras páginas sentidas sobre *El pensamiento vivo de Giner*, prólogo a una selección de sus escritos y libro póstumo. Aquí ya estaba muerto el pensamiento. Pero un asunto como éste de enfrentamiento titánico entre dogmáticas no se había dirimido en el tiempo corto de unos años ni en el círculo estrecho de unos autores.

Hemos vuelto a dar con palabras mayores y además certeras. Son nada menos que dos dogmáticas o dos visiones del mundo, dos paradigmas o dos auténticas culturas, las que se han enfrentado y estaban lidiando. Ya nos son conocidas. En cuanto que apuestas de principio, se trata de la dogmática de libertad y la dogmática de ley, verdaderamente en cuanto tales contrapuestas. Porque para su respectivo desenvolvimiento la una reconozca el objeto de la otra, la primera el de la segunda integrando a la ley incluso en posición preeminente, y viceversa, reconociéndose a la libertad por parte a su vez de la ley como objetivo también prioritario suyo incluso, porque ninguna suponga la cancelación obligada de la otra, nada se quita de la ordalía. Era una confrontación que la *Méthode* se encontraba ya resuelta y el *Método* todavía librándose. Esto hacía la diferencia. Francisco Gény no ha logrado acomodarse hasta que no se ha impuesto la dogmática, si no suya, de su medio, la de ley, la propia de la codificación. El efecto aquí ha sido la desaparición práctica de la otra cultura, la de libertad, la ajena a los códigos. El pensamiento de Giner no resucita.

Una cultura en efecto desaparece. Y no es algo desde luego tan sencillo. No se distrae tan fácilmente una dogmática. No es cosa que

se extravíe un paradigma. Una *Filosofía del Derecho* no se pierde porque la ignore un *Método* o la silencien unas *Fuentes*, pero la desaparición es el caso que se produce, si no con el ataque primero, sí con el peso definitivo de los códigos. La cultura de los *Manuales Soler* acaba borrándose del mapa. El núcleo de las posiciones de Dorado, Benito, Costa y Posada, o también de Azcárate y Giner, parece hoy exótico incluso para su mundo, anacrónico hasta para su tiempo. Y era la filosofía del derecho como teoría de la libertad y práctica del orden. Era la dogmática que contaba con una legitimación de principio y un contraste de actuación; era la que no precisaba ni enmienda en el primer momento ni desviación en el segundo. Pero la dogmática de ley tampoco es por la de libertad, con su moral y exigencia, como se corrige. El caso es que el triunfo de la una, no sólo doblega como derecho, sino que elimina como cultura a la otra. Es un agujero negro, no un mero eclipse.

Tampoco todo está perdido. Hay cosas entre las vistas que se conservan, como el mito de la revolución francesa que deja a medio camino la disección y autopsia de los códigos o como la figuración de la historia económica que sólo ofrece media entrada a la antropología moderna del sujeto autónomo; como el sentimiento de humanidad que en el campo penal une ilusión a inoperancia o como la voluntad de emancipación social que, en el mercantil, se contenta con mantener a raya la supeditación civil... Resulta la parte mala. Una dimensión positiva de estos mismos motivos como signos de confrontación con el ordenamiento y formas de contraste con la libertad, se ha perdido. Sólo se retiene el engaño. Hoy, aquí, no sólo alguna rama del derecho, como la constitucional misma, sino toda la cultura jurídica elude el problema clave del desajuste entre unos principios jurídicos y unas formas legislativas. Ya no puede ser incomodidad, faltando conciencia, sino descuido, sobrando experiencia.

Es la cultura de libertad la específicamente perdida. Es el derecho irreductible a ley, tan beligerante frente a la codificación y tan resistente bajo ella, lo particularmente olvidado. Hay pérdida y hay olvido, que son dos cosas. Un ordenamiento se cierra y una historia se ciega. Hoy no sabe ni siquiera verse una resistencia a los códigos interna al constitucionalismo y congruente con sus principios. No se entiende esta dogmática. La constitución se toma, no

sólo como código primario, sino también como derecho primero. Si lo hay superior, si existe de principio, sólo es porque ella lo admite y en la medida en que lo hace. Es imperio de la ley en el sentido y alcance todavía de la codificación. Se tiene por base y quicio del propio sistema constitucional no sólo a los propósitos de unas posiciones actuales, sino también a los efectos de una visión histórica, una cosa con la otra.

Acaban cambiando no sólo las cosas, sino también las imágenes. Vengo haciendo advertencias de que mi visión no es la ordinaria. Se habrá notado que la tomo de la época, no de sus estudiosos. Entiendo que es prevención, no desprecio por mi parte. Otras son las perspectivas que tienen hoy curso, las autorizadas, admitidas y propagadas. Las exposiciones de historia, si descienden a este momento, y las de derecho, si ascienden a él, es otro el perfil que trazan, otro el cuadro que dibujan, otro el panorama que ofrecen. El caso español, con sus matices, sería uno más del gran fenómeno de la codificación al estilo francés, con sus directrices. Es la dogmática que se entiende. La ley ya constituiría la columna que sostiene y el esqueleto que articula toda la historia contemporánea del derecho en España. Es la visión compartida por juristas e historiadores. Unos ponen el abono y otros el cultivo. La cosecha son todos quienes la sufren.

La historia del derecho participa. Ya ha estado presente, no como aliño, sino como ingrediente de la receta. Nuestros *Manuales Soler* se introducen en ella; Azcárate y Costa emprenden estudios históricos más específicos; historiadores profesionales del derecho también comparecen. Los materiales informan. A aquel ambiente pertenecían Rafael Altamira y Rafael Ureña. Altamira colabora en los *Manuales Soler* y en las encuestas de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular*, cuestión de la costumbre que además eligió para homenajear a Gény sin entrar en su campo: *Le droit coutumier espagnol moderne* en los *Etudes en l'honneur de Gény*, 1934. Ureña estuvo atento, dejando constancia en reseñas de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y en su lección inaugural del curso 1906-1907 en la Universidad de Madrid: *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español* de edición exenta. No figuran entre los clásicos más valorados hoy en el gremio y mucho menos por esta vertiente, ni por materia ni por

orientación. No hay ni siquiera mirada que observe. Son otras las cuestiones que se estiman importantes y otros los planteamientos que se juzgan solventes. El pasado imaginable y visible, para el historiador como para el jurista, es otro.

Esta historia, la actual, tal vez de lo que dice es de sus sujetos y no de su objeto; de tiempo nuestro y no del precedente. Puede que sea elemento, no de ciencia, sino de ordenamiento, y no respecto a otra época, sino a la propia; puede que merezca contemplación, no como observatorio, sino como espejo. Ve lo que tiene ante la vista, una cultura rendida por ley y necesitada de imagen. Y responde a la demanda. Produce y contribuye. Tenemos ahora una historia convencional de la codificación triunfante, con salvedades, porque, entre ayer y hoy, se ha perdido, sin ellas, otra cultura diversa. Para con esta historia, parece preferible la comprensión a la censura, la explicación de su papel jurídico a la crítica de su presunción científica. Porque desde los tiempos de los *Manuales Soler* la historiografía haya cambiado de sustancia y aparato, no ha mudado de función. No tiene por qué variar el modo de abordarla. Interesa así la evolución del entero complejo de una cultura disciplinaria antes que la de uno de sus elementos simples, el historiográfico, a nuestro mismo propósito de la inteligencia del desvarío.

El código y su historia por fin imperan. No es mérito de la codificación, de su tiempo, sino ulterior, de nuestro siglo. Pero los códigos, presentes hasta hoy con todas sus reformas y bastante tiempo sin ellas, todavía pueden tener algo que ver. Tras 1889, con el civil, la afirmación de espacios irreductibles a ley podía venir mediante sus mismas salvedades del derecho canónico y del derecho foral. De hecho, con la resistencia efectiva de estos elementos, la idea de libertad como categoría anterior y superior a toda ley ha venido aquí a confinarse en círculos confesionales y regionales. Así ha llegado a desvirtuarse como motivo jurídico y a disolverse como principio constitucional. Y tampoco es que haya sabido primero conservarse ni luego recobrase. Es extravío, pero tiene nexo.

Y más tendrá que ver la evolución constitucional, de unos códigos primarios, la solución de continuidad que experimentan. Las dictaduras, con su apoyo social, han hecho desesperar. Una posición constitucionalista ha perdido confianza en la autonomía de la libertad, «*selfgovernment* molecular» que decía Costa, y la ha

puesto en la seguridad de la ley, sistema de código al cabo. Los procesos constituyentes han encendido la ilusión de que las mismas bases del derecho pueden ser producto de creación política. Son fenómenos ambos, el dictatorial y el constitucional, que se han dado por partida doble en la España de nuestro siglo, a partir de 1923. No me atrevo a afirmar que el cambio cultural definitivo puede ser tan cercano como para haberlo personal y conscientemente vivido, no sólo porque las primeras décadas de la segunda dictadura, durante los años cuarenta y cincuenta, fueron especialmente devastadoras, sino también porque el constitucionalismo antecedente, el de los años treinta, ya fue a su vez un caso de quiebra tan favorable a democracia como desfavorable a libertad.

Porque a todo ello puede unirse que la democracia, con su legitimación máxima de la ley, y de una ley que ahora corrige lastres de la codificación, tampoco siempre resulta favorable inequívocamente a la libertad que ha de serle irreductible, sobre todo cuando un reconocimiento constitucionalmente obligado de la prevalencia de la una sobre la otra, de la libertad respecto a la ley, no acaba de traducirse en la reducción del ordenamiento y la habilitación de la justicia; sólo se ensayan fórmulas que retienen todavía un control político como la de jurisdicción constitucional excluyente y concentrada. La decodificación multiplica códigos. No reconstituye. Sigue siendo la libertad, no predicado de derecho, sino resultante de ley. Es la dogmática de ésta y no de aquélla. No podemos decir que no estuviéramos avisados.

Mas no estamos sobre aviso. La *Filosofía del Derecho* de Giner, el *Régimen Parlamentario* de Azcárate, el *Status Individual* de Costa o la *Ciencia Política* de Posada perdieron definitivamente su carácter de autoridades culturales. Ya se reducen a fuentes históricas que la historiografía además empuja hacia posiciones de desarraigo. Lo ha hecho aún en el caso de apreciarlas. Los mismos estudios serios sobre toda esta literatura que en los últimos tiempos no han faltado, han dejado este poso. También es invención de tradición, encontrándose lo que se busca. Ha habido un grupo de trabajo especialmente significado por el empeño de recuperación y el efecto de lograrla democrática y no constitucional, del código político y no de la libertad jurídica: en 1973 Elías Díaz publica *La filosofía social del krausismo español* que se ocupa de Giner y de Azcárate con un

excurso sobre Costa; el año siguiente aparecen *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español* de Francisco Laporta y *Fernando de los Ríos: Los problemas del socialismo democrático* de Virgilio Zapatero.

La noción del derecho de esta tradición patria acabaría en el debe de una idealidad ilusa y no en el haber de una moralidad instituíble. Estaríamos ante una posición y una ciencia, una profesión y un arte, tan valiosas para la teoría como inválidas para la historia, para la nuestra como para la suya. Es la historiografía de orden todavía, mecanismo de disciplina y no de conocimiento. No lo es ni siquiera de prudencia. Con una base democrática de legitimidad satisfecha, nuestro pensamiento constitucional se permite el lujo de prescindir a efectos prácticos de una cultura jurídica. Queda inerme ante la institución política que así afirma y frente al poder legislativo que así potencia.

En fin y con todo, la posición y la ciencia, la profesión y el arte, de signo constitucional y objeto jurídico se ha dejado arrastrar en España a un terreno de arbitrio político y despotismo legislativo extraño a su tradición más acendrada. No estamos tan lejos del absolutismo que se nos ha dicho; si hay distancias, la principal es la que marca la inconsciencia. La lección de Paolo Grossi en el acto de su investidura como doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona el 17 de enero de 1991 sobre *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX* ha levantado ampollas. La imputación de absolutismo a unos tiempos y unas formas constitucionales ha sido piedra de escándalo, hasta tal punto están aquí olvidados Giner y Azcárate, Costa y Posada.

Ahora es cuando aquí asistimos al triunfo y dominio del código, comenzándose por el político, y de su historia, entrándose por la constitucional. El fenómeno es ahora cuando se produce en el seno y al calor de una mentalidad social, en la universidad abierta, con la participación y bajo la responsabilidad de unos profesores y artistas, con una Universidad de masas que ya ni siquiera precisa de lecciones ni lecturas. Para esto es eficiente. No hace falta a estas alturas ni la dignidad de unos *Manuales*. Se ha dilapidado una cultura popular y no sólo universitaria. No era algo desde luego tan sencillo. No se distraía tan fácilmente una dogmática. No era cosa que se extraviase un paradigma. Y tan difícil como perderlas resulta recuperar unas

culturas. De todo esto, para mi tiempo, sí me considero testigo personal y consciente de cargo.

Es más complicado serlo para el futuro. Puede haber casos. Como historia contrafactual no cabe, convendrá finalmente que se aprecie. La partida que Gény no pudo jugar en España pues se la encontró ganada, ha acabado a la larga por perderse. El *Método* como la *Méthode* pertenecen y responden a otra situación, pero resulta que no nos estamos entendiendo ni manejando con otras reglas de juego. Es la dogmática pragmática. Y el morbo sigue siendo uno mismo, el atractivo de la ley para el derecho, el abrazo entregado y fatal. Al menos Gény tenía conciencia; el *Método*, constancia de que aquí radicaba *la verdadera dificultad*. Conocían el nudo gordiano. El código no les permitía cortarlo. Tampoco el tajo era su método. ¿Y quién tiene el secreto de cómo tocar la ley sin dañar el derecho en esta edad nuestra de la postcodificación? Pero ante una cultura jurídica que ha ido de la más aguda sensibilidad a la más alegre inconsciencia, cara a España, Gény, el mismísimo Gény, directamente Gény, tal vez tenga más que enseñar en estos finales de siglo que en los suyos propios, que en los que a él le tocara vivir y a su método conocer.