

Ilustración y legislación.

Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos

Por ERNESTO JAIME VIDAL GIL

Valencia

I. Junto a la conmemoración por parte de la comunidad jurídica universal del segundo centenario de la Revolución Francesa con su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, los juristas españoles celebramos este año el centenario de la promulgación de nuestro Código Civil. Uno y otro acontecimientos nos van a permitir estas breves notas acerca del significado ideológico-político de la Ilustración y el fenómeno de la Codificación.

Sorprenden a primera vista dos cosas: la escasa bibliografía sobre el tema existente hasta la fecha en España y de otro la lectura en clave privatista que hasta el presente y salvo algunas excepciones se ha realizado de la codificación a la que se ha querido configurar como un fenómeno exclusivamente privado, técnico y apolítico, en el mejor de los casos, o, negativamente, como un modo de concebir el derecho en cierto modo extraño a nuestra concepción histórica y también en cierto modo opuesta a ella, en clara alusión a las ideas liberales afrancesadas y revolucionarias de las que era portadora la codificación.

Por lo que al primer punto se refiere, carecemos en España de un estudio sistemático sobre los supuestos filosóficos, políticos y jurídicos de la Codificación como es el que ha realizado Cattaneo¹; de un estudio histórico como el de Solari², o de la compleja y fundamental obra de Tarello³. Carecemos de un estudio como el de Arnaud⁴ en Francia, sobre

1. Cf. CATTANEO, M. A.: *Illuminismo e Legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1986.

2. Cfr. SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado*, Tomo, I: *La idea individual* y Tomo II: *La idea social*, trad. de Oberdán Calletti con prólogo de R. Treves, Buenos Aires, Depalma, 1946.

3. TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I: *Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino ed., 1976. Una muy apretada síntesis en *Ideologie settecentesche della Codificazione e struttura del codici moderni*, en CASTIGNONI, S.; GUASTINI, R. y TARELLO, G.: *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, Ecig ed., 1982. No he podido consultar *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, Génova, C.L.U., 1971.

4. Cfr. ARNAUD, A. J.: *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París, L.G.D.J., 1969.

los orígenes estructurales del *Code*, e incluso de una concepción histórica global como la de Wieacker⁵ en Alemania.

Quizá el único estudio que se planteará alguno de estos objetivos sea el inconcluso y a la vez excelente trabajo que nos dejó el malogrado profesor Gómez Arboleya⁶.

Por lo que al segundo punto se refiere, es manifiesta la apropiación que del tema han realizado los privatistas y más en concreto los civilistas. Lo que entre otras cosas indica el carácter ideológico que el tema ha tenido en nuestro país. Desgajado de su *ethos* revolucionario —en Francia la Codificación fue precedida de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano—, en España, por las vicisitudes propias de los siglos XIX y XX la Codificación se ha asimilado a una técnica aparentemente neutra de ordenación y legislación del derecho privado, desprovista de toda consecuencia política y pública. Surge de ese modo en nuestro país la identidad que señala Tarello entre proceso codificador y proceso de tecnificación y pérdida de responsabilidad pública y política del jurista. Junto a ello la equiparación en línea de continuidad entre derecho, derecho civil y derecho privado y la pérdida de sentido del derecho público que responde a un principio no jurídico, la política. Finalmente la reducción del proceso Codificador a la etapa, final, de la codificación: el formalismo, la escuela de la exégesis y la dogmática jurídica como paradigmas del jurista y de la Ciencia del Derecho⁷.

Afortunadamente parece que las cosas están cambiando en este punto, en donde cabe anotar el trabajo ya clásico de Pérez Serrano⁸ acerca de la conexión entre unos y otros, el esfuerzo ciertamente meritorio que desarrolla Peset Reig⁹, en la manifestación de los orígenes ideológicos y políticos del liberalismo como eje de la Codificación en nuestro país; en los tra-

5. Cfr. WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. del F. Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957. Para una síntesis histórica *vid.* RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Historia del Pensamiento Jurídico*. T. I, Madrid. Univ. Compl., 1988.

6. Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El Racionalismo Jurídico y los Códigos Europeos*, I, II y III, en *Estudios de teoría de la Sociedad y del Estado*, Madrid, I.E.P., 1962. En el mismo volumen *vid.* también *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica europea*.

7. Sobre dichos temas cfr. BALLESTEROS, J. y DE LUCAS, F. J.: *Por una enseñanza del Derecho no reduccionista*, en R.F.D.U.C., n.º 5 monográfico, pp. 73 a 85. Sobre la escisión Derecho Público-Derecho Privado, cfr. en el mismo número, el trabajo de CAPELLA, J. R.: *Por un aprendizaje innovador en materias jurídicas*, pp. 55 a 73. Sobre la dogmática jurídica *vid.* CALSAMIGLIA, A.: *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986, cap. III, IV y V. Una buena y completa visión de la ciencia jurídica en ATIENZA, M.: *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, cap. IV.

8. Cfr. PÉREZ SERRANO, N.: *Constitucionalismo y Codificación*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Segunda Epoca, T. XXV, Madrid, 1953, pp. 93 a 104.

9. Para el estudio de la Codificación en España, hay que remitirse a los trabajos del Prof. PESET REIG, M.: *La primera Codificación liberal en España (1802-1823)*, en *Revista crítica del Derecho Inmobiliario* (48) 1972, pp. 125 a 157; *Análisis concordancias del proyecto de Código Civil de 1821*, en *Anuario de Derecho Civil* (XXVIII), 1975, pp. 29 a 100; *Una interpretación de la Codificación Española*. Memoria del Segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano, 1980, pp. 665 a 686. Una buena síntesis de la Codificación en TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1981.

bajos de Casabó sobre la codificación penal¹⁰ a la que dedicó su excelente tesis doctoral; las aportaciones de los profs. Antón Oneca¹¹ y Tomás y Valiente¹², y las muy recientes investigaciones del prof. Prieto Sanchís¹³. En el ámbito de los civilistas cabe anotar el muy reciente trabajo del prof. Motilla¹⁴.

Finalmente, y en el ámbito de la Filosofía del Derecho, debo destacar los también recientes, relevantes y sugerentes trabajos del profesor Javier de Lucas, sobre el tema que nos ocupa¹⁵.

A lo largo de estas líneas pretendo mostrar en primer lugar que la Codificación no es un instrumento aparentemente neutro o técnico, sino por el contrario, y merced a su íntima conexión con el proceso de Constitucionalización, responde al modelo de sociedad liberal propio de la burguesía ilustrada.

El segundo lugar trataré de destacar las que para mí constituyen las ideas básicas de la Codificación: la conexión entre el Estado y el Derecho que dará lugar a la forma del Estado Liberal de Derecho, y la concepción del Derecho desde el ordenamiento jurídico conforme a los principios de jerarquía, unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Ello unido a la relevancia que asumirá el principio de publicidad de las leyes, constituyen desde mi punto de vista los triunfos de la Ilustración. Y, finalmente, quiero incidir en la conexión entre el pensamiento ilustrado español y el europeo en lo que a la Codificación se refiere, poniendo de manifiesto como nuestros ilustrados comparten los mismos ideales que sus homónimos europeos.

El interés del tema no se ciñe tan sólo a la conmemoración de dos eventos ya de por sí tan importantes como los que nos ocupan. Sino que también tiene en cuenta la crisis del concepto de Codificación que parece últimamente presidir buena parte de la reflexión sobre el tema. En efecto, si el tiempo del siglo XIX fue el de la Codificación y el de la construcción de dichos cuerpos legislativos, el nuestro se ha definido recientemente de

10. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Código Penal de 1822*. Tesis Doctoral. Inédita. Valencia, 1968. Debo agradecer la amabilidad del prof. Casabó que me ha permitido la consulta de su excelente Tesis Doctoral. Del mismo modo autor *vid.* *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* (XXII), 1969, pp. 313 a 342.

11. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 174, julio-sep., 1966, pp. 595 y ss. que contiene además el Discurso sobre las penas de D. Manuel de Lardizábal.

12. Cfr. TOMÁS y VALIENTE, F.: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969.

13. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *La Filosofía penal de la Ilustración*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, Madrid, 1985, pp. 288 a 356.

14. Cfr. MOTILLA, A.: *La Codificación como técnica de producción legislativa*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1987, pp. 545 a 574.

15. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Anotaciones sobre el Principio Kantiano de Publicidad*. *Dianoia*, n.º 33, 1987, pp. 131-148. *La Institucionalización del Principio de Codicidad: Bentham y la Codificación Francesa*, de próxima publicación en *Rechtstheorie*, y *Sobre la Ley como instrumento de Certeza en la Revolución Francesa de 1789: El modelo del Code de Napoleón* que formará parte de este número del Anuario. La exquisita amabilidad y el talante universitario del prof. De Lucas, me han permitido consultar sus trabajos, aun antes de su publicación.

modo gráfico como «l'età della decodificazione»¹⁶. Parece que hoy asistimos a la fragmentación y a la ruptura de la unidad que los Códigos civiles, penales, mercantiles y procesales, construyeron durante más de un siglo. La Administración de la vida pública y también privada, el sometimiento de la economía no a las leyes del mercado sino a las de la política, el paso del Estado liberal burgués al Estado intervencionista¹⁷, la concepción del derecho desde la concepción liberal garantista de las sociedades liberales, que reduce el derecho al derecho penal, sino desde el modelo promocional del Estado social y democrático de derecho para el que el derecho cumple una función positiva de promoción y reforma de las estructuras socio-económicas¹⁸, ha supuesto una recuperación de la primacía del derecho público sobre el derecho privado y con ella, ha relegado a los códigos poco menos que a reliquias del pasado, en beneficio de las leyes marco, las leyes programa, leyes plan y similares. Ya anteriormente, me ocupé junto con el prof. De Lucas de la crisis de este carácter central de la ley, de modo que según apuntábamos se podía hablar del tránsito de «la Ley» a las leyes, significando la pérdida de la majestad de la Ley y también la pérdida del carácter general, universal, abstracto y también racional con que tradicionalmente se acompaña este concepto¹⁹. Hasta el punto de que recientemente se ha planteado clarísimamente si la Codificación no será una forma ya superada como técnica legislativa²⁰.

II. Como es bien sabido, la idea de Código experimenta a lo largo del tiempo una profunda transformación de su significado originario que poco o nada tiene que ver con el que actualmente tiene. De la primitiva idea de tablilla, libro manuscrito, o cosido al dorso que comprende un conjunto de leyes a la actual que expresa una (presunta) ordenación sistemática plena y coherente de normas recayentes a un mismo objeto media un buen trecho. Hasta el punto que como ha puesto de manifiesto entre otros Tomás y Valiente no se puede hablar de Código como una mera recopilación de leyes sino que por el contrario, a menudo, y como sucedió en nuestro país con ocasión de la Novísima Recopilación, Codificación y Recopilación son conceptos contradictorios, porque la Codificación entre otros fines se propone superar todo el anterior, desacreditado y caduco derecho anterior. La idea de Código implica como bien dice Tarello «un libro de regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall'unità di materia vigente per tutta l'estensione geogra-

16. Cfr. IRTI, N.: *L'età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

17. Sobre este punto *vid.* DÍEZ PICAZO, L. y MONTES PEÑADES, V. L.: *Derecho privado y sistema económico*. Departamento de Derecho Civil. Univ. Autónoma, Madrid, 1979.

18. Cfr. BOBBIO, N.: *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano, ed. di Comunità, 1977. Sobre las funciones del Derecho en general *vid.* TREVES, R.: *Sociología del Derecho*. Traducción de M.^a José Añón, J. M. Pérez Lledó y M. Atienza, con nota preliminar de M. Atienza, Barcelona, Ariel, 1988. Con carácter monográfico, FERRARI, V.: *Le Funzioni del Diritto*, Bari, Laterza, 1988 del que pronto saldrá una traducción castellana a cargo de M.^a José Añón. Sobre la evolución del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho *vid.* por todos el ya clásico *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, de ELÍAS DÍAZ, Madrid, Taurus, 1981.

19. Cfr. DE LUCAS, F. J. y VIDAL, E.: *Lo que queda de la Ley* (de la Ley a las leyes).

20. Cfr. SACCO, R.: *Codificare: modo superato di legiferare?* en *Rivista di Diritto Civile*, 1983 (I).

grafica dell'area di unità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato. Abrogante tutto il diritto precedente sulla materia da esso disciplinata e perciò non integrabile con materiale giuridici previgenti, e destinato a durare a lungo»²¹.

Pero con todo, la exhaustividad que persigue Tarello quedaría incompleta si no tomáramos en consideración la advertencia de Wieacker, para quien los Códigos son ante todo «anteproyectos de un futuro mejor»²²: Son utopías (rationales) que anuncian un tiempo nuevo y conectan por ello con un punto clave de la Ilustración: el proyecto de reforma de la sociedad existente conforme a los postulados de la razón, lo que exige la superación de todo el derecho anterior en lo que a nuestro tema se refiere. De ahí que también compartamos la afirmación de Wieacker cuando a renglón seguido subraya la trascendencia no sólo jurídica sino también política de la tarea emprendida por la Codificación: «los códigos iusnaturalistas son, en oposición a las fijaciones escritas anteriores y posteriores, actos de transformación revolucionaria», de una revolución a través del derecho y de las instituciones que transformará radicalmente el panorama cultural, político, y económico europeo. En el mismo sentido Díez Picazo y Gullón Ballesteros muestran cómo la Codificación «se identifica inicialmente con un intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos unos determinados ideales de carácter político, económico y social. El Código es un vehículo de transmisión y de vigorización de una ideología y unas directrices políticas», por más que luego no desarrollen lamentablemente esta línea de explicación de la Codificación que si bien desbordaría los límites del derecho civil, sería de gran provecho y utilidad para la superación del formalismo y la privatización a las que antes aludimos²³.

De cuanto llevamos dicho se desprende la conexión existente entre Constitucionalismo y Codificación ya que de otro modo es difícil comprender cómo se puede llevar a cabo la revolución que supuso la Codificación sin alterar las bases del orden constituido. Conexión que subraya Tarello cuando muestra cómo desde mediados del siglo XVIII, se inicia en el continente europeo un proceso merced al cual la Codificación se subordina a los fines de la reforma política. La Codificación no será tanto expresión de unas dadas exigencias técnicas, cuanto «manifestación de una particular política del derecho, o de particulares políticas del derecho que se realizan a través de la reforma del Derecho»²⁴. Entre nosotros, ya Pérez Serrano hace algunos años subrayó cuán intensa es la conexión existente entre Constitucionalismo y Codificación, ya que ambos responden a una misma exigencia en donde la Constitución no es sino «el Código

21. Cfr. TARELLO, G.: *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, op. cit., pp. 15 y ss., también en *Introduzione teorica allo studio del Diritto*, op. cit., pp. 105 y ss. En el mismo sentido PIANO MORTARI, V.: voz *Codice* (Storia); vol. VIII, Milano, Giuffrè; DE CLAVERO, B.: *La idea de Código en la Ilustración Jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, ed. de la Universidad, 1979 (6), pp. 49 a 88.6.

22. Cfr. WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, op. cit., pp. 204 y ss.

23. Cfr. Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1981, pp. 49 y ss. Una perspectiva sugerente y en cierto modo «atípica» entre los civilistas es la de PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 90 y ss.

24. Cfr. TARELLO, G.: *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, cit., pp. 223 y ss.

político, el Código fundamental de una nación»²⁵. También los esfuerzos del profesor Peset Reig van encaminados a tal fin. En efecto, parece que no hay duda en afirmar la conexión existente entre el largo y no exento de interrupciones y sobresaltos proceso constitucional español del siglo XIX y el desarrollo de la actividad codificadora. Constitucionalismo y Codificación comparten el mismo ritmo y también quizá los mismos enemigos. La Codificación se inicia como tendremos ocasión de ver con el impulso constitucional que recibe de las Cortes de Cádiz, para en adelante correr la misma suerte que el proceso constitucional español en el siglo XIX²⁶. En este punto es importante subrayar la aportación de Cattaneo cuando muestra que la Codificación, como manifestación del pensamiento Ilustrado, constituye una síntesis entre dos concepciones aparentemente opuestas, del derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídicos. En efecto, de un lado, para Cattaneo la Ilustración se caracteriza por una actitud racionalista hacia el derecho natural y de otro lado por una actitud voluntarista hacia el derecho positivo²⁷. Lo que quiere decir que el pensamiento ilustrado que expresa la Codificación no es más que la positivización del iusnaturalismo racionalista, y de otro que ese iusnaturalismo codificado en forma de ley detenta el monopolio de la producción jurídica en adelante. Dicho de otro modo: los derechos naturales del hombre, que en forma de derechos subjetivos reconocen las declaraciones de derechos y desarrollan los Códigos constituyen los límites a la potestad del legislador. Por ello, la Codificación dista mucho de ser el elemento neutro técnico y aséptico con el que se nos ha querido ocultar su obvia conexión con los intereses de la burguesía y del liberalismo. Por donde surge otro punto de no menor interés que frecuentemente no es tenido demasiado en cuenta por los juristas y filósofos del Derecho. Se trata de la conexión que no contraposición existente entre el principio de certeza y seguridad del ordenamiento jurídico y el principio de justicia del ordenamiento jurídico. Cattaneo, subraya la íntima relación existente entre ambos principios, mostrando cómo surgen del mismo tronco común la reforma de la sociedad a través de criterios de racionalidad y justicia, a través de la legislación y del Derecho. En el ámbito jurídico la Ilustración implica el triunfo de la razón frente a la revelación como instancia de legitimación de los actos jurídicos y la recepción en los ordenamientos jurídicos del principio de neutralidad religiosa, que implica la tolerancia. El Derecho, natural al principio, positivizado después en las grandes Declaraciones, deberá ser válido para todo hombre en tanto todo hombre no en tanto cristiano sino en cuanto hombre, según el conocido pasaje de Grocio. De otro lado el pensamiento Ilustrado correrá parejo con la historia y evolucionará desde el Absolutismo al Libera-

25. Cfr. *Constitucionalismo y Codificación*, art. cit., p. 93. En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, op. cit., p. 91.

26. Cfr. *La primera Codificación Liberal en España (1808-1823)*, art. cit., pp. 127 y ss. Una buena síntesis diacrónica de la Codificación y del Constitucionalismo es la de TOMAS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 435 y ss.

27. Cfr. *Illuminismo e Legislazione*, op. cit., pp. 13 y ss. La complementariedad de los elementos de certeza y justicia del derecho ha sido puesta de manifiesto entre nosotros por RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.ª: *Lecciones de Derecho Natural como introducción al derecho*, Madrid, Univ. Compl., 1983, pp. 11-22.

lismo, desde Hobbes a Locke, desde Bodin a Voltaire, Montesquieu a Rousseau, de Blackstone a Bentham, desde Puffendorf hasta Kant, poniendo sus esfuerzos al servicio de la revolución liberal y las grandes declaraciones de Derechos²⁸. De ahí el postulado fundamental común a todos los Ilustrados, el de que las leyes han de ser pocas, claras y sencillas. Difícilmente se podía decir más en menos palabras. La Ilustración en estas cuatro palabras está exigiendo en adelante la reforma de toda la legislación, la eliminación de las leyes contrarias a la nueva legislación, y clamando por una nueva forma de concebir el conjunto de las leyes que hoy conocemos como ordenamiento jurídico. Estado de Derecho y ordenamiento jurídico son en consecuencia desde mi punto de vista los puntos vitales de la aportación de este conjunto que forman el Constitucionalismo y la Codificación.

En primer lugar el principio de primacía de la Ley que exige la unificación jerarquía entre las fuentes del derecho. Y ello en base al carácter racional que de ahora en adelante tendrá la Ley frente al resto de las demás fuentes. La Ley no es sólo manifestación de la razón del hombre y del optimismo racionalista que caracteriza a los Ilustrados, sino que junto a ello la Ley es desde Rousseau, manifestación y expresión de la soberanía popular. El paso de la concepción aristocrática a la concepción popular de la Ley estriba en este punto, en ser manifestación y expresión de la voluntad popular. De ahí que la Ley sea soberana para todos sin excepción. La ilustración a través de la Revolución Francesa y de los tímidos intentos constitucionalistas del s. XIX en España, acabará al menos formalmente con el principio de no sujeción del soberano a las leyes. El viejo adagio *princeps legibus solutus* quedará como un residuo del pasado, y en adelante se afirmará la idea de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. La Soberanía de la Ley junto con el principio de separación de poderes conforma la estructura del Estado de Derecho en donde el legislativo cobrará primacía por cuanto es manifestación directa de la soberanía del pueblo frente al ejecutivo y al judicial. Finalmente, la subordinación del juez a la Ley y no al rey será el tercer postulado del Estado de Derecho que conformará la Ilustración y realizará la Codificación²⁹.

La primacía de la Ley se afirmará en segundo lugar mediante la jerarquía de las fuentes del Derecho y en particular mediante la prioridad de la Ley sobre la Costumbre que será al menos en sus orígenes una de las víctimas del proceso codificador. Lo que es fácilmente comprensible si reparamos en que las costumbres representan los poderes y las formas jurídicas contra los que lucha la Ilustración. Los poderes feudales, los poderes de la Iglesia, y las normas dispersas, fragmentarias, inciertas, que la Ilustración trata de superar y ordenar respectivamente. En adelante la

28. Cfr. CATTANEO, M. A.: *Illuminismo e Legislazione, op. cit.*, pp. 15 y ss. En el mismo sentido, aunque sin compartir el punto de vista de Cattaneo en su totalidad, *vid.* COMANDUCCI, P., *L'Illuminismo Giuridico*, Bolonia, Il Mulino, pp. 7 a 24. Para una comprensión política de la Codificación desde la consolidación del Estado Moderno *vid.* PECES BARBA, G.: *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982, pp. 176 y ss.

29. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *La Institucionalización del principio de publicidad. Bentham y la Codificación Francesa*, texto inédito.

costumbre verá relegada su función a la de ser fuente secundaria, que precisa del reconocimiento y admisión previa por la Ley.

Finalmente la primacía de la Ley, permitirá sentar las bases de la concepción del derecho no desde la norma aislada, sino desde esa totalidad organizada de normas, relacionadas entre sí y que forman un sistema que conocemos como Ordenamiento jurídico. Curiosamente, la concepción del derecho desde el Ordenamiento jurídico es un fenómeno, como ha puesto de manifiesto Bobbio³⁰, relativamente reciente de principios del siglo XX. Pero sus cimientos están ya puestos con las Codificaciones y con el Constitucionalismo, pues no se puede comprender bien lo que hoy constituye el principio de unidad y jerarquía del ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta el proceso de racionalización del proceso legislativo llevada a cabo por la Codificación. En donde se manifiesta, la estrecha relación existente entre el proceso de juridificación del Estado y estatalización del Derecho que dan lugar al Estado de Derecho. La afirmación del principio de primacía de la Ley y la unidad del ordenamiento jurídico en torno a la norma jurídica fundamental, y últimamente en torno al hecho jurídico básico, permiten mostrar cómo la exigencia de unidad legislativa que impulsa la codificación dista mucho de ser un recurso técnico para conformarse como un principio básico del Estado moderno. Porque la Codificación implica la plenitud de la forma de organización política que conocemos como Estado, y que surge como sabemos en la Modernidad, y se afirma plenamente al final precisamente de la Modernidad y comienzo de la era contemporánea que se cifra como sabemos en 1789. La unidad que se postula ya no será la unidad material sino tan sólo la unidad formal según corresponde a los sistemas jurídicos, dinámicos según Kelsen, en oposición a los sistemas morales y al iusnaturalismo que lo sería estático. La validez de la norma jurídica que otrora se predicaba en torno al contenido o a la forma será en adelante una validez formal también exclusivamente que se verificará mediante un criterio nuevo, el de la pertenencia al ordenamiento jurídico³¹. El jurista y el ciudadano deben estar en condiciones de conocer en cada momento las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico. Las leyes han de ser también públicas, y publicadas para general conocimiento. La ignorancia de la Ley no excusa el cumplimiento, porque precisamente la presunción de racionalidad, implica el deber general de conocimiento y comprensión de la Ley por parte de todos los ciudadanos. En una sugerente investigación, que partiendo de Kant llega hasta Habermas, el profesor De Lucas, demuestra cómo el principio de publicidad y la libertad de crítica, constituyen el núcleo de la Ilustración porque en definitiva serán quienes posibiliten el uso público de la razón. Así, superando, las versiones contradictorias existentes hasta el presente entre principio de

30. Cfr. BOBBIO, N.: *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960. Entre nosotros, vid. PECES BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, pp. y RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.ª: *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, Univ. Complutense, 1987.

31. Cfr. PECES BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983. Para una consideración no sólo formal sino también material del principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico remito al cap. V, p. 265 y ss. del mismo libro y al también suyo *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 88 y ss.

publicidad, derecho de resistencia y libertad de expresión, afirma «por principio de publicidad no puede entenderse tan sólo una u otra formulaciones de las enunciadas en la paz perpetua sino también y sobre todo la exigencia jurídica de mantener una comunicación libre y racional, de institucionalizar la libertad de expresión y comunicación, de asegurarla y erradicar por tanto el secreto y el engaño en el orden jurídico político, exigencia perfectamente coherente con el sistema kantiano³². Finalmente las leyes deben quedar exentas de contradicciones, han de ser formuladas claramente y no deben dar lugar a equívocos. Surgen pues las raíces del principio de coherencia del ordenamiento jurídico, como exigencia de certeza y seguridad jurídica, como postulado fundamental de una nueva clase que conquista el poder y necesita de la previsión del futuro como elemento clave para su desarrollo y consolidación punto éste en el que son claves las aportaciones que en su día y entre nosotros hiciera Gómez Arboleya³³, y sobre cuyo carácter ideológico ha llamado la atención también entre nosotros González Vicén³⁴, para quien la formalización de las exigencias de certeza y seguridad que, como antes he puesto de manifiesto con Cattaneo, no responden sino a una mínima exigencia de racionalización del Derecho, constituyen la fachada y justificación de una de las sociedades más injustas e inversiones que ha conocido la historia. En este punto hemos de traer a colación las sugerentes y atinadas observaciones de Ballesteros sobre el estatismo como formalización y pérdida del contenido ético que el Derecho contiene en la Modernidad. No se trata pues de oponer el «verum» y el «certum» cuanto de realizarlos al unísono³⁵.

III. La Codificación exige asimismo la superación de todo derecho anterior. Anteriormente hemos puesto de manifiesto dos características importantes de los Códigos: su planteamiento como anteproyectos de un futuro mejor y su carácter derogatorio de toda la legislación anterior. Este es pues uno de los rasgos comunes a todo el pensamiento Ilustrado. La pretensión de ordenación de la actividad legislativa y jurisprudencial se realiza como alternativa al caos, al descrédito y a la confusión reinantes en la etapa anterior. Por ello los Códigos Ilustrados serán al menos en cuanto a su intención derogatorios de la legislación anterior. Que logren o no del todo su propósito no será responsabilidad de los juristas cuanto de las circunstancias políticas que los rodean en cada caso concreto. Pero de lo que no puede haber duda alguna es que ya *ab initio* el pensamiento ilustrado, comparte la necesidad de la ruptura con la legislación anterior, oscura, confusa, incoherente, falta de unidad, contradictoria. De donde proviene su necesaria superación por una nueva legislación, lo cual sólo será posible en algunos países, como Francia. No así en España en donde la Novísima

32. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Anotaciones sobre el principio kantiano de Publicidad*, art. cit., (p. 22 del original mecanografiado).

33. Sobre cuyo proceso llamó la atención entre otros, GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, (II), art. cit., pp. 466 y ss.

34. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La Obediencia al Derecho*, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pp. 365 y ss.

35. Cfr. BALLESTEROS, J.: *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 30 a 63 y 90 a 102, *vid.* también *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 69 a 85.

Recopilación, que no lo olvidemos data del 1804, precisamente el año de la promulgación del *Code* francés, frustró los afanes del pensamiento ilustrado español, pero no ahogó las ansias de reforma que surgen con renovado vigor en las Cortes de cuya Constitución el art. 258 postulaba la unidad legislativa y la unificación de todos los Códigos.

Como bien ha subrayado Casabó, la Ilustración española comparte las preocupaciones racionalizadoras y de reforma política, social, cultural y moral de sus homónimos europeos. Así ya en 1722 con motivo del Informe Macanaz podemos constatar cuán intensos son por parte de nuestros Ilustrados dichos deseos de reforma. Entre los que cabe destacar la exigencia y necesidad de que las leyes sean escasas, claras y sencillas; «debe persuadirse el Monarca, que el principalísimo auxilio, para el equitativo y justo régimen de sus reinos han y deben ser las leyes con que se gobiernan; pocas y sólidas, y sin la tenaz admisión de controversias que antes confunden que determinan». «Por cada Ley hay veinte autores, interpretándolas cada uno de diferente manera; cuya contradicción que arrojan vicia los trámites de la Justicia; pues ofuscando los entendimientos de los jueces, tal vez entre la infinidad de dictámenes que encuentran eligen el menos adaptable a la razón; y de este modo se impone una sentencia inarreglada a los merecimientos de una justicia conocida»³⁶.

Textos como éste o similares se podrían citar en cantidad considerable para tratar de argumentar la sintonía de la Ilustración española con la europea. No lo voy a hacer por cuanto lo considero innecesario. Sí por el contrario creo que es de utilidad reparar en las peculiaridades del manifiesto del 26 de octubre de la Junta Central que para el autor citado implica el comienzo de la Codificación. Nótese cómo a tan sólo cuatro años también de la promulgación del *Code* civil en Francia, cuán intensos son los deseos legisladores de nuestros ilustrados, en una situación política, comienzo de la guerra de la Independencia, en donde lo más fácil hubiera sido trasladar el problema de la Codificación a una cuestión de afirmación o no de la identidad nacional como entre otros sucediera en Alemania con ocasión de la polémica entre Thibaut y Savigny. No sucedió así sino que por el contrario el deseo de nuestros ilustrados prevaleció siquiera parcialmente y por medio de la Junta General procedieron a la reforma de nuestra legislación. En donde hay que anotar, ciertamente, la gran influencia que en nuestros textos legales supone el *Code* y el movimiento Ilustrador francés, pero no es menos cierto que ésta no se agota en lo que viene de Francia, sino que por el contrario, es notable la influencia que ejerció Bentham en España, como un reciente estudio de Pérez Luño³⁷ ha puesto de manifiesto. Prieto Sanchís y el propio Casabó, atestiguan el

36. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, art. cit., pp. 313 y 314.

37. En su tesis doctoral, *El Código Penal de 1822*, cit., Casabó subraya la influencia que Bentham ejercía ya entonces en España. Sobre todo ello vid. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Jeremy Bentham y la Educación Jurídica en la Universidad de Salamanca durante el primer tercio del siglo XIX*, en *L'Educazione Giuridica*, vol. I, *Modelli di Università e progetti di Riforma*, Perugia, Lib. Univ., 1975, especialmente pp. 173 y ss.

conocimiento que de la obra de Beccaria tienen nuestros ilustrados³⁸. Lo que aumenta si cabe su mérito, si pensamos, como ha revelado Peset, que la Universidad española permanece anclada y que sus enseñanzas se reducen en su mayor parte al Derecho Romano³⁹. Por si fuera poco la introducción de las Cátedras de Derecho Natural es muy tardía respecto del continente europeo, puesto que la introducción data de 1770 y las dificultades de su enseñanza no debieron ser pocas si tenemos en cuenta el testimonio de Sempere y Gaurinos que en 1789 decía: «tenemos en España suma escasez de libros de Derecho Natural y de Gentes. Los principales autores extranjeros, que han escrito sobre esta ciencia, Grocio, Puffendorf, Barbeyrac, etc., están prohibidos; nuestros españoles de lo que menos han cuidado ha sido de ella. El Derecho romano, bárbaro, afeado mucho más con las pesadísimas y ridículas notas y exposiciones de los comentaristas, es el que se enseña en nuestras Universidades»⁴⁰.

Pues bien, la iniciativa de reforma de la legislación de la Junta Central, presenta desde mi punto de vista una innovación en el quehacer legislativo que es digno de tomarse en consideración por cuanto realiza no pocas aspiraciones de los Ilustrados españoles.

En primer lugar en una consulta que se dirige a todos los ciudadanos con independencia de su profesión. El optimismo racionalista típico de la Ilustración se conjuga en este punto con lo que para Wieacker constituye un rasgo valioso de las leyes ilustradas: «la participación de la opinión pública y de cada uno de los ciudadanos en la determinación del derecho justo»⁴¹. El uso público de la razón que constituye el centro de la Ilustración, aparece unido a la llamada a la participación política, y legisladora, recuperando el viejo principio de Hesíodo por el que el ciudadano debe luchar por la ley como por sus murallas. A la vez el ciudadano recupera progresivamente su *status* y ejerce sus libertades. El idiota en la Ilustración como en Grecia es el que carece de opinión, el que en términos rousseauianos se niega a ejercer la libertad⁴². Pues bien, la convocatoria de la Junta no da lugar a duda alguna al respecto, «podrán en el espacio de dos meses contados desde la publicación, todos los que hubiesen meditado y se creyesen con luces en la materia, dirigir proyectos a la Secretaría de la Junta»⁴³.

38. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *La filosofía penal de la Ilustración*, art. cit., p. 322 y ss., que aporta la fecha de la primera traducción castellana de Beccaria, a cargo de Juan Antonio de las Casas, en 1774.

39. Cfr. PESET REIG, M. y J. L.: *La Universidad Española en los siglos XVIII y XIX. Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid, Taurus, 1974.

40. Sobre el tema *vid.* PECES BARBA, G.: *La enseñanza de la Filosofía del Derecho*, en RFDUC, n.º 5, cit., pp. 99 y ss. y PÉREZ LUÑO, A. E.: *La filosofía del Derecho y la formación de los juristas*, en *Sistema*, 49/82 pp. 89 a 108.

41. Cfr. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, op. cit., p. 245. Sobre todo ello me permito remitir al ya citado *Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad* de Javier de Lucas.

42. Sobre la discusión pública de los asuntos públicos como superación de la libertad de los antiguos en la libertad de los modernos, en Jefferson, ha insistido recientemente entre nosotros BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad, Decadencia o Resistencia*, op. cit., p. 70 y ss.

43. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Código Penal de 1822*, op. cit., pp. 37 y 39.

En segundo lugar las personas que debieren formar parte de las Comisiones serán selectas no en razón de su cargo, profesión, honores o riqueza, sino precisamente en razón de sus méritos. Esta es una tendencia democratizadora que según apunta Casabó, es relevante y que de un lado conecta con el racionalismo, pero de otro, revela según el propio autor «la escasa importancia que la Junta reconoce al derecho histórico» en el que creemos cabe incluir el derecho canónico, el derecho romano, los fueros y los usos y costumbres de cada lugar. La Junta además invita a todos los participantes a comunicar sus ideas con toda libertad y según crean que conviene mejor al bien de la Patria.

Por último, algo acerca de la finalidad de la reforma y los límites que la Junta se impone a sí misma. En donde cabe anotar una declaración de gran interés acerca de la finalidad de la Ley por cuanto implica la filosofía de la Ilustración en su totalidad: la reforma legislativa «será única y exclusivamente dirigida a procurar el mayor alivio y la mejor ilustración del pueblo español».

Otro momento importante dentro del proceso de Codificación en España, en el que se puede apreciar la influencia de los Ilustrados, es el que se refiere a la Consulta del país que trae su causa del decreto de 22 de mayo de 1809, por el que según las observaciones de Valdés y Jovellanos, se atempera el rigor de la propuesta de Calvo de Rozas en la medida a que la consulta ya no se dirigirá a todos los ciudadanos, sino que «para reunir las luces necesarias a tan importantes discusiones la Junta consultará a los Consejos, Juntas superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oirá a los sabios y personas ilustradas». En donde pueden verse las restricciones que en el *iter* legislativo sufre la iniciativa de la Junta a propuesta de Calvo de Rozas. Sin embargo, cabe observar siguiendo a Casabó cómo este último inciso confirma la filosofía liberal e ilustrada del Proyecto en cuanto admite la posibilidad de «oír» a «los sabios y personas ilustradas». Los resultados de la consulta son significativos porque muestran las tendencias de quienes optan por la vía intermedia de recuperar parte del derecho antiguo innovando tan sólo en la medida estrictamente necesaria y las tendencias renovadoras. Pero ya no es posible en este punto situar el pensamiento de la Ilustración española en el lado de quienes apuestan por la renovación sino que adopta, llevados de la influencia entre otros de Jovellanos, la vía intermedia, pues según la tesis de la Comisión de Legislación, el objetivo de la misma debe ser el de mejorar la legislación ya existente mediante las oportunas reformas: «pero tendrá presente (la Junta) que cuando se formare un Código legal de España, no tanto se tratará en dar a la nación nuevas leyes, cuanto de escoger, ordenar, declarar y mejorar las ya establecidas»⁴⁴.

Otro momento fuerte en donde podemos examinar la influencia de las ideas ilustradas acerca de la Codificación es el que tiene lugar en las Cortes de Cádiz y en la Constitución de 1812. Para estudiosos de gran autoridad sobre el tema como Peset, «el auténtico origen de la Codificación debe

44. *Ibid.*, pp. 55.

establecerse en las Cortes de Cádiz»⁴⁵. En efecto es en ellas en donde se establece la conexión entre Constitucionalismo y Codificación y en donde se plasma el tránsito de la concepción autoritaria de la Ilustración a la concepción democrática de la misma. Así, el 24 de septiembre de 1810, en la reunión de las Cortes que tuvo lugar en la Isla de San León, «los diputados que componen el Congreso y representan a la Nación española se declaran legítimamente constituidos en Cortes Generales y extraordinarias en las que reside la soberanía nacional». El art. 3 de la Constitución de 1812 proclamará la soberanía nacional a la que pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus Leyes Fundamentales. Soberanía de la ley como elemento rector de la sociedad, gobierno de leyes y no gobierno de los hombres, y legitimación de la soberanía de la ley a través de la soberanía nacional, son los elementos capitales como hemos visto de la concepción del racionalismo ilustrado demócrata de Rousseau. En otros artículos, recogerá el principio de independencia de los Tribunales (247), la potestad de juzgar exclusiva de los Tribunales (242), las garantías procesales (286, 287 y ss, 302 y s.) etc... En definitiva los principios propios del Estado liberal de Derecho, de modo similar a lo que en aquel tiempo ocurría en el resto de Europa. Y en el texto de la Constitución de Cádiz había un artículo, el 258, referido exclusivamente a la formulación del mandato codificador. «El código civil, y criminal y el de comercio sean unos mismos para la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes». Por más que luego por diversos avatares políticos y administrativos, esta tarea codificadora no pudo llevarse a cabo⁴⁶.

Tras el sexenio absolutista de Fernando VII, se reanudan los trabajos de la Codificación durante el llamado trienio liberal, que verá el trabajo de un excelente proyecto de Código Civil, el de 1821, obra de un jurista valenciano ilustrado, D. Nicolás María Garelly, injustamente perseguido por la Inquisición y por los partidarios del poder absoluto del rey⁴⁷. Es éste un proyecto moderado, que no obstante su convencimiento en la bondad de las ideas ilustradas, concede relevancia a algunos aspectos del derecho histórico, y asume influencias de Bentham en también no pocos puntos. En su art. 1 más propio de una Constitución que de un Código Civil, afirma el principio de una soberanía de la Ley, voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, y el principio de la legitimidad popular de la misma «expresada por medio de sus legítimos representantes y corroborada por la sanción del Rey con arreglo a la Constitución». En los arts. 20 y siguientes sienta el principio de promulgación, publicación y entrada en vigor de la ley, homenaje al principio de publicidad de las leyes de los Ilustrados y en los arts. 34 y siguientes establece una tabla de derechos individuales, que hay que remitir, según el más calificado de sus estudiosos

45. Cfr. *La primera Codificación Liberal*, art. cit., pp. 130 y ss.

46. Para una consulta de los textos constitucionales, cfr. PECES BARBA, G. y otros: *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1982.

47. Cfr. PESET REIG, M.: *Análisis y Concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821*, art. cit., pp. 37 y ss. en donde se traza una completa semblanza de D. Nicolás María Garelly.

a quien sigo en este punto, a las Constituciones francesas de 24 de junio de 1793 y 22 de agosto de 1795, que si bien acentúan los dos aspectos insisten más en el aspecto de la igualdad, en contraposición al primer período que pone el énfasis en la libertad, manteniendo ello no obstante una unidad teórica y de significado. Sea como fuere, lo cierto es que la intención de Morelly se dirige más hacia las Constituciones de este período⁴⁸.

Paralelamente a este proceso de Codificación civil, que comprende no sólo el derecho privado sino también declaración de derechos y libertades más propia de textos constitucionales, se realizan los primeros intentos de Codificación del derecho penal conforme a los principios y directrices de la Ilustración. Como en el resto de Europa también en España merced a los Ilustrados y al pensamiento liberal, se producirá, con mayor intensidad si cabe que en el ámbito del derecho privado, la Codificación penal, que girará en torno al principio general de humanización del derecho penal, y se apoyará fundamentalmente en las ideas al respecto de Bentham y Beccaria. De los documentos que aporta Casabó en su estudio sobre la Codificación penal, podemos constatar cómo las preocupaciones de nuestros ilustrados corre pareja con la de sus homónimos europeos. Los principios de adecuación y proporcionalidad de la pena al delito, la inutilidad personal y social de la pena de muerte, la prohibición del tormento, y la necesidad de la formación de un Código criminal, algunos de los cuales figuran en la Constitución de Cádiz, marcan la preocupación de nuestros ilustrados a lo largo de los siglos XVII y XVIII. La reforma de la legislación penal acentúa la radicalidad que expresa la Codificación en lo que a la superación del derecho anterior se refiere. Ya vimos cómo una de las preocupaciones fundamentales de los ilustrados europeos consistía en la subordinación del juez a la ley, en la instauración del principio de legalidad y publicidad de la ley, y en la eliminación del secretismo y arbitrariedad en los procesos penales mediante el recurso a las tristemente célebres «lettres de cachet». Pues bien, qué otra cosa si no, significa el duro juicio que constituye el Título Preliminar del proyecto de Código Penal de aquel tiempo, para el que las leyes criminales son «leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado y en lenguaje a las veces semibárbaro; leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas y las relaciones y debida proporción de éstas con aquéllos; las leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema muy difícil de resolver y manantial de dudas y opiniones encontradas; leyes severas, crueles, sanguinarias que autorizan atroces y horrorosos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo se estremece aun el menos sensible y compasivo; leyes que desacreditan las costumbres y la

48. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución Francesa de 1789*, art. cit. (texto mecanografiado, inédito). Entre nosotros, una muy reciente lectura de la Revolución Francesa es la de RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Las Ideas (Derecho Constitucional y Derechos Humanos)*, en *Historia del Pensamiento Jurídico (I)*, Madrid, Univ. Complutense, 1988, pp. 275 a 298.

moral privada de los españoles y representan a su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado»⁴⁹.

En 1851, hay otro proyecto de Código Civil encargado a una comisión a cuyo frente está García Goyena que fracasa como es sabido por liberal, laico y afrancesado. Gráficamente no se puede describir mejor las ideas antiilustradas. A partir de ese momento la idea codificadora pierde la fuerza y se verá reemplazada por la elaboración de leyes especiales sobre las materias de que se trate. La Constitución de 1869 supondrá el triunfo efímero de los ideales ilustrados del liberalismo progresista. Por primera vez en nuestra historia constitucional se recogerá el principio de sufragio universal y libertad de cultos junto a un extenso y generoso catálogo de derechos y libertades, que supone la constitucionalización «de un modelo de organización progresista de nuestras libertades»⁵⁰. Pero de la diversidad de intenciones e intereses entre el legislador y los llamados poderes fácticos, son una muestra las vicisitudes que en sólo 5 años experimentó la ley de matrimonio civil promulgada conforme al principio de libertad de cultos y que en consecuencia reconocía únicamente la obligatoriedad de dicha forma de matrimonio.

Por una de las muchas paradojas del destino la Codificación en España se consolida cuando los ideales ilustrados ya quedan del todo apagados y cuando en Europa también la burguesía ha asumido y superado el ímpetu ético filosófico de la Revolución. De ahí que también paradójicamente, la Codificación en España, lejos de consolidar las reformas ilustradas, consolide el triunfo de una burguesía conservadora que ha abdicado de sus responsabilidades cívicas y políticas. El modelo de Codificación española en lo que constituyen sus resultados, se aproxima más al modelo formalista y exegetico posterior a la Codificación en Francia que no al modelo revolucionario. La involución es clara y los resultados hay que examinarlos a la luz de dicho proceso. La privatización del derecho, el formalismo jurídico, la neutralidad del jurista y la conciencia de separación del jurista respecto del conjunto de la sociedad, su concepción como un técnico irresponsable en cuestiones políticas, son todas ellas propuestas «ideológicas» que no proceden de la Codificación sino precisamente de la desideologización, formalización y privatización de la Codificación, que desprovista de sus fines éticos y de su impulso de reforma social, queda como un instrumento desprovisto de sentido al servicio de cualesquiera regímenes políticos en la defensa del *status quo* y del modelo económico-político vigente. No era ésta como hemos visto la finalidad que nuestros ilustrados se propusieron.

49. Cfr. PESET REIG, M.: *La primera Codificación liberal*, art. cit., p. 154. Para una síntesis de la Codificación Penal, cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho*, op. cit., pp. 492 y ss.

50. Cfr. PECES BARBA, G. y otros: *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 135 y ss. Para TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, caps. I y V.

