

Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España

SUMARIO: 1. El Código como ideal y la codificación como realidad histórica. 2. El peso de la tradición frente a los avances del racionalismo. 3. Primeros intentos de codificación. El impulso ilustrado. 4. Constitucionalización del programa codificador: Bayona y Cádiz. 5. Clausura de una etapa sin código. Preludio de la codificación liberal.

1. EL CÓDIGO COMO IDEAL Y LA CODIFICACIÓN COMO REALIDAD HISTÓRICA

Unánimemente aclamada como el fenómeno capital que define –a la par que la plasmación en fórmulas constitucionales de sus principios jurídico-políticos esenciales– el proceso de instalación del nuevo modelo de Estado surgido de las revoluciones burguesas, la codificación ha gozado en la historiografía de un menor predicamento del que cabría esperar¹ a partir de la posición capital que se le asigna como una de las manifestaciones políticas, culturales y jurídi-

¹ B. CLAVERO SALVADOR, «Codificación civil, revolución constitucional», en *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 61-128, pp. 61-62, afirma que en la propia historia jurídica de los países de ordenamiento codificado, esta edad de la codificación ha tardado en llegar a ser considerada objeto de estudio propio y, más aún, en ser abordada como un acontecimiento que desborda el estrecho marco de las fronteras nacionales.

cas más decisivas entre aquellas que han contribuido a configurar la sociedad contemporánea².

Aunque no puede negarse que en la identificación de las fuerzas y factores que determinan el sinuoso itinerario recorrido por el proceso codificador en nuestro país se han producido avances extraordinarios. Cuatro décadas atrás, como preámbulo a su esclarecedora incursión en la primera etapa codificadora liberal, se lamentaba M. Peset de la precariedad del conocimiento existente sobre la historia de nuestra codificación en el siglo XIX, aduciendo que hasta entonces su análisis se había detenido en el simple trazado de esquemas generales, que no se preocupaban de descender al detalle de las diversas iniciativas, proyectos y comisiones que habían jalonado su evolución, ni de trascender el análisis parcial de sus peculiaridades en cada uno de los sectores del ordenamiento para extraer las claves susceptibles de desvelar el sentido global de tan complejo movimiento³. Sin embargo, apenas transcurridos tres lustros desde la presentación de este desalentador balance y con ocasión de la impartición de una conferencia orientada hacia la delineación de las principales pautas interpretativas del impulso codificador en España, F. Tomás y Valiente planteaba su valoración en términos radicalmente diferentes, al comenzar su exposición advirtiendo a su audiencia sobre la dificultad de aportar alguna información novedosa en relación con un tema que consideraba ya muy conocido, a menos que fuese sacando a la luz algún dato todavía oculto entre los recovecos de la elaboración de cualquiera de los diversos proyectos de código⁴. Si bien, obviamente, este juicio adolecía de un exceso de optimismo, pues como él propio Tomás y Valiente y otros autores se han encargado de demostrar en los años posteriores, en la esfera de la codificación quedaba todavía un vasto y rico campo pendiente de exploración.

Pues, en efecto, colmada, en lo esencial, la tarea de acumular una información pormenorizada sobre las distintas fases e hitos que jalonan el arduo progreso por la senda de la codificación, todavía apenas se iniciaba la marcha en el terreno de la conceptualización. Faltaba intensificar el empeño dirigido a descifrar las claves ocultas tras las desnudas soluciones del código, e imbricar éstas dentro de una propuesta interpretativa de vocación general e integradora⁵. Conectarlas con el entorno exterior, con la realidad social que las explica y en la que pretendían influir, provocando modificaciones sustanciales; y averiguar

² E. ZULETA PUCEIRO, «Razón y codificación», en *Anuario de Derecho Civil*, XXX, fasc. III (julio-septiembre 1977), 557-590, p. 557. Y aún con mayor autoridad, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 19: «Il processo di codificazione cui me referisco è uno dei fenomeni piú importante e piú appariscenti della cultura giuridica e della storia moderna».

³ M. PESET REIG, «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488 (1972), 125-157, p. 125.

⁴ La citada conferencia fue pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en febrero de 1988, y está recogida en F. TOMÁS Y VALIENTE, «Aspectos generales del proceso de codificación en España», en *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza, 1989, 9-30, p. 11.

⁵ Con referencia a la codificación en su conjunto, en análogo sentido: P. CARONI, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 14.

hasta qué punto la ambiciosa estrategia de cambio que llevaban implícita encontró favorable eco entre sus destinatarios y en qué medida logro su realización⁶.

A la hora de explicar los motivos de esta notoria inhibición, seguramente, conviene dar crédito a las razones aducidas por uno de los autores que más han contribuido a su superación, Carlos Petit, para quien el origen principal del problema habría radicado en la poderosa fuerza absorbente de la consideración del código como fuente, la cual, tendiendo a imponer al historiador su materialidad y su lógica, llevada a su máxima expresión habría acabado conduciendo a éste a aparcar la reflexión sobre su naturaleza y su significado. Lo que habría resultado agravado por la posición nuclear ocupada por el código dentro de la jerarquía normativa, de la que deriva su pretensión de determinar las condiciones exigibles al resto de los textos jurídicos para merecer su reconocimiento como tales. Si bien, esta centralidad también ofrece una vertiente positiva, ya que le confiere un atributo de fundamentalidad (*Grundbegriff*), que, llegado el momento de afrontar la identificación de su objeto, descarga de responsabilidad al historiador preocupado por desentrañar su esencia conceptual, al liberarle de la carga de la prueba⁷. Una cómoda vía de escape en la que hallaría anclaje la predominante vinculación a una aséptica historia de las fuentes, refugiada en la mera descripción, más o menos minuciosa y penetrante, de las comisiones de técnicos, los sucesivos proyectos, sus concordancias y divergencias, las discusiones parlamentarias y las opiniones doctrinales⁸. Aunque tampoco cabe afirmar que todos los estudios que se han sumado a este empeño carecen de mérito,

⁶ P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Dykinson, 2012, «Quizás un epílogo», XI-XXV, p. XX, y «Por fin una historia social del código», 249-270, pp. 250-251.

⁷ C. PETIT, «El código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, fasc. IV (octubre-diciembre 1995), 1429-1465, pp. 1429-1430.

⁸ C. PETIT, *El Código inexistente*, p. 1431. La filiación a este tipo de discurso ya se adelanta y acompaña a la propia efectividad del código, en conexión especialmente con el civil, eje y aparente culminación de todo el proceso. Entre quienes se adhieren a este esquema, podemos citar: P. GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante *RGLJ*), 39 (1871), 284-300; F. DE CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente..., vocal en ella», en *RGLJ*, 38 (1871), 6-185 y 507-538; 39 (1871), 71-87, 97-142, 241-283 y 370-433; 40 (1872), 97-136, 161-214 y 241-289; J. M.^a ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Revista de Legislación, 1886; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, folleto, Madrid, 1890. F. de CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, 2.^a edición, tomo I, Madrid, 1949, pp. 510-604. Cfr. J. BARÓ PAZOS, «Aproximación historiográfica a la codificación civil española», en *Estudios de historia del derecho europeo. Homenaje al profesor G. Martínez Díez*, Madrid, Editorial Complutense, 1994, vol. 3, 359-386, pp. 361-364 y 369-375. Respecto a las otras ramas jurídicas codificadas son escasas estas visiones de conjunto. Por ejemplo, en relación al derecho penal, C. ÁLVAREZ ALONSO, «Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el siglo XIX», en B. CLAVERO/ P. GROSSI/ F. TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales* (=Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca 34/35), Milán, Giuffrè, 1990, 969-984, y J. BARÓ PAZOS, «Historiografía sobre la codificación del Derecho penal en el siglo XIX», en G. RUEDA (ed.), *Doce estudios de historiografía contemporánea*, Santander, Universidad de Cantabria, 1991, 11-40.

interés y utilidad, pues, al contrario, en algunos de ellos confluyen estas virtudes en muy elevadas dosis⁹. Ni conviene caer en la tentación de achacar, sin más, este aparente retraimiento frente al reto de encarar la introspección en la entraña íntima de la codificación a una escasez de decisión o de atrevimiento, ya que como factor adverso juega también la propensión a hacer girar su comprensión en torno a su generalizada percepción como la etapa de clausura de una prolongada secuencia, progresivamente conducente al único colofón admisible, esto es, el sometimiento del ordenamiento jurídico a fórmulas unificadoras. Lo que, en apreciación de B. Clavero, habría justificado su simultánea conversión en referencia intelectual de partida y en puerto historiográfico de arribada¹⁰. Sin embargo, se antoja evidente que, sin perjuicio de su indispensable precedencia y de que, muchas veces, constituye una tarea de enorme complejidad y, casi siempre, de gran utilidad, la simple acumulación empírica de datos e informaciones no puede bastar. Como también se hace patente que cualquier pretensión de traspasar este primer nivel de análisis ha de plantearse a partir de una fijación conceptual del código, que ha demostrado ofrecer espinosas dificultades¹¹; a menos que se circunscriba a unas coordenadas espaciales y cronológicas muy concretas.

Ubicar, por tanto, la noción de código dentro de los umbrales temporales entre los que aquí nos moveremos nos sitúa directamente en el arranque de la que se ha dado en llamar la «época de las codificaciones». Expresión en la que queda enmarcado un dilatado período de la historia jurídica europea, que iniciándose en las décadas postreras del siglo XVIII, adquiere su completo desarro-

⁹ Es más, algunos de ellos se han ganado la etiqueta de imprescindibles en cualquier aproximación que se haga al análisis de la codificación. Por encima de todos, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, I, *Organización judicial*; II, *Procedimiento civil*; III, *Procedimiento penal*; IV, *Codificación civil*, 1-2; V, *Codificación penal*, 1-2, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970-1979. Pero también son dignos de esta consideración: R. GIBERT, «La codificación civil en España (1752-1889)», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Florencia, Leo S. Olschki, 1977, vol. II, 907-933; J. M. SCHOLZ, «Spanien», en H. COING (Herausgegeben), *Handbuch der Quellen und Literatur der neuren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, I: *Das 19. Jahrhundert. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, Munich, Beck, 1982, 397-686; y C. PETIT, «Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos», en B. CLAVERO/P. GROSSI/F. TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania*, 315-500, que esclarece mucho más de lo que su autor quiere reconocer (cfr. *El código inexistente* (I), p. 1431). También aporta datos aprovechables J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993. Sin olvidar, dentro de su carácter didáctico, el cuadro general trazado por E. GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y de la codificación*, II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.

¹⁰ B. CLAVERO SALVADOR, *Razón de Estado*, p. 62.

¹¹ La dificultad, casi irresoluble, con la que se enfrenta cualquier intento de fijar una definición del Código susceptible de resultar aplicable en una secuencia cronológica extensa se pone, por ejemplo, de manifiesto en J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIIe au XIX siècle: essai de définition*. Bruselas, Editions de Institut de Sociologie, 1967. Igualmente, en P. UNGARI, «Per la storia dell'idea di codice», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), 207-227. Sobre esta misma cuestión reflexiona, con apoyo en una amplia cobertura bibliográfica, P. CARONI, *Lecciones catalanas*, pp. 19-29. Igualmente, interesa B. CLAVERO, *Razón de Estado*, pp. 61-70.

llo a lo largo de la centuria siguiente, para cristalizar con la redacción y la promulgación de los distintos códigos nacionales¹². Es verdad que el método codificador había dado ya perdurables frutos en otros períodos anteriores, al ser recurrentemente empleado como solución frente al constante e inabarcable incremento de la producción de normas legislativas. Sin embargo, se trata de una simple coincidencia nominal, que es reflejo de la ausencia de plenitud eidética del concepto de código, en el cual encuentra cobijo una pluralidad de acepciones¹³. Pero, los códigos modernos presentan rasgos de marcada originalidad respecto a sus precedentes, que nos permiten concluir que estamos ante una categoría diferente dentro de las fuentes del derecho¹⁴.

Para empezar, en oposición a las viejas colecciones legislativas o recopilaciones, dirigidas exclusivamente a reorganizar y depurar el derecho vigente, los códigos nacen con el propósito declarado de constituir un ordenamiento jurídico nuevo, completo y definitivo, en el que deberían contenerse soluciones adecuadas para toda la gama de supuestos susceptibles de producirse¹⁵. Pero, además, cada código se presenta como una única ley, general y homogénea, compuesta por un sistema de preceptos orgánicamente interrelacionados, armónicamente

¹² La identificación entre el proceso de codificación y esta concreta etapa histórica queda claramente de manifiesto en la definición ofrecida por S. SÁNCHEZ LAURO, voz «Codificación», en *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. ARTOLA GALLEGU, Madrid, Alianza, 1988-1993, vol. 5, 259-260, p. 259: «Es el acto y efecto de codificar o también el proceso histórico tendente a la elaboración de los diferentes códigos llevado a cabo durante el siglo XIX fundamentalmente».

¹³ A. HERNÁNDEZ GIL, «Formalismo, antiformalismo, codificación» (1970), en *Obras completas*, I, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Madrid, Espasa Calpe, 1987, 609-617, pp. 613-614. Esquematisando al máximo su evolución y obviando la peculiaridad de su diversas variantes, podemos apuntar que sus orígenes se remontan a la aparición del término latino *codex*, alusivo al nuevo sistema de ordenación de textos escritos en folios unidos y cosidos a modo de libro, que sustituye al antiguo formato del rollo o volumen, menos adecuado para el tipo de lectura de consulta puntual o fragmentaria entonces predominante. Por extensión, el vocablo sería aplicado en adelante para designar a un conjunto de leyes distribuidas en función de diferentes criterios, y dispuestas en formato de libro. Pero, a pesar de su generalización posterior, no cabe decir que la palabra código adquiriera un significado jurídico especial hasta el siglo XVIII. Así, va a servir, indistintamente, para denominar determinados cuerpos legales en los que con cierto criterio metódico se compilan, introduciendo mínimas alteraciones, normas dispersas y heterogéneas, creadas en virtud de una serie de actos legislativos aislados y esporádicos, es decir, lo que actualmente calificamos como *recopilaciones*, o bien textos normativos que, aunque se inspiren en un derecho anterior, surgen *ex novo* y unitariamente, con la pretensión de abarcar una parte o la totalidad del ordenamiento jurídico. Cfr. S. SÁNCHEZ LAURO, *Codificación*, pp. 259-260. También, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 18-20, y B. CLAVERO, «La idea de Código en la Ilustración jurídica», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6 (1979), 49-88, pp. 49-52.

¹⁴ Una visión actualizada, completa y crítica del significado del Código en P. CAPELLINI/B. SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milán, Giuffrè, 2002. En particular, interesan los trabajos de P. CAPELLINI, «Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità», 11-68. B. CLAVERO, «Código como fuente de derecho y desajuste de Constitución», 69-147, y A. M. HESPANHA, «Código y complejidad», 149-164.

¹⁵ T. ASCARELLI, «l'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione» (1945), en *Saggi giuridici*, Milán, Giuffrè, 1949, 41-81. V. PIANO MORTARI, «Codice. Premessa storica», en *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milán, Giuffrè, 1960, 228-236.

trabados y deducidos mediante un método racional a partir de unos principios universales, con el que se aspira a regular, valiéndose de un lenguaje claro, conciso, preciso y plenamente comprensible para la totalidad de sus destinatarios, un sector normativo determinado, en el marco de unas coordenadas unitarias de tiempo y espacio¹⁶. Y sobre la base de estas premisas, se construye una imagen idealizada y sacralizada del código –y del conjunto de ellos, que no se quiere excesivamente nutrido en aras de la preservación de la tan ansiada seguridad jurídica–, que acaba siendo concebido como la síntesis ordenada, perfecta y tendencialmente eterna de un derecho justo, absoluto e inmutable, que, amén de estar destinado a convertirse en el vehículo portador de la felicidad para todos los integrantes de la comunidad, también incluye entre sus elevadas misiones la de actuar como instrumento esencial del proyecto de unificación jurídica y política que en las diversas naciones favorecidas por el benéfico efecto de su regenerador aliento debería acompañar a la codificación. Un ambicioso objetivo para cuya consecución opera en estrecha concomitancia con otro fenómeno de no menor magnitud y trascendencia como es el constitucionalismo, con el que, aunque sin exhibir siempre un estricto paralelismo cronológico, comparte unos mismos fundamentos ideológicos, políticos y socio-económicos¹⁷.

Tenemos, pues, que frente a ciertas concepciones de signo puramente formalista que prosperaron en las décadas iniciales del pasado siglo¹⁸, y frente a las

¹⁶ Los intentos de fijación de una definición que se han realizado en relación con el concepto de código son incontables, pero prácticamente todos ellos han participado de las notas aquí mencionadas. Como ejemplo, sirva la propuesta formulada por uno de los autores más reputados en materia de codificación: G. TARELLO, «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos», en *Cultura jurídica y política del derecho*, traducción I. Rosas Alvarado, México, FCE, 1988, 39-56 (= «Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici», en *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, Milán, Giuffrè, 1978, vol. I, 363-384), p. 39: «(...) un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo».

¹⁷ Esta identidad de fundamentos, objetivos y método entre la codificación del derecho privado y la que G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 22-28, ha dado gráficamente en denominar «*codificazione costituzionale*» o «*política*», ha sido subrayada por varios de los más reputados expertos en materia de codificación. Por todos ellos, P. CARONI, *Lecciones catalanas*, pp. 60-64, con valioso apoyo bibliográfico, y «Constitución liberal y código civil en el siglo XIX», en *Escritos sobre la codificación*, 45-70; su tesis central, pp. 46-47: «Los Estado y las sociedades liberales nacidos de las revoluciones burguesas del siglo XIX se distinguen por la absoluta unidad del ordenamiento jurídico. Constitución y código parecen las dos caras de una misma realidad, dos momentos de un mismo desarrollo». En igual sentido, P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, pp. 208-216, defiende la existencia de una estrecha vinculación entre la codificación civil y la historia constitucional. Véase también, B. CLAVERO, «Codificación y constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni fiorentini*, 18 (1989), 79-145.

¹⁸ Corriente principalmente representada por J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France, étude historique et psychologique*, París, Rousseau, 1929, que la concretará en su conocida afirmación, p. 259: «La codification est avant tout un changement des formes». En la misma línea, J. VANDERLINDEN, «Aspects de l'idee de codification», en *Rapports belges au VIe Congrès international de droit comparé*, Bruselas, Centre Universitaire de Droit Comparé, 1962, 41-54,

tesis contrapuestas, que han optado por trasladar su foco de atención hacia el terreno de las transformaciones estrictamente ligadas al contenido material de los códigos¹⁹, la entidad del salto cualitativo operado con el tránsito acaecido entre la época de predominio del método recopilatorio y la irrupción del movimiento codificador no puede ser satisfactoriamente explicada en relación exclusiva con una u otra de estas dos dimensiones y simultáneo olvido de los profundos cambios que lleva aparejados en unas estructuras jurídicas, territoriales y sociales que se ven sometidas a un poderoso proceso unificador²⁰. Desde luego, la codificación no significa únicamente la adopción de una nueva técnica de elaboración y sistematización del derecho²¹; pero tampoco su interpretación puede quedar resuelta mediante un análisis circunscrito a la disección de las causas y factores netamente jurídicos que determinan su naturaleza y sus consecuencias. Es decir, es asimismo imprescindible incorporar la valoración de las particulares circunstancias políticas, sociales y culturales que fabrican la peculiaridad de su desarrollo histórico en cada país. Y por esta razón, por mucho que responda al intento de plasmación de un ideal teórico, de una abstracción jurídica, ampliamente extendida por la geografía europea, el código no puede ser estudiado y descrito como una realidad autónoma y autorreferencial, sino como el producto de una sociedad histórica concreta, sin la cual no es posible su comprensión.

Existe un acuerdo prácticamente unánime entre los autores a la hora de buscar en la inflexión media del siglo XVIII la localización en el tiempo del arranque de la oleada codificadora, que, incrementando paulatinamente su ritmo de maduración, ofrecerá sus frutos más sazonados a partir de los inicios de la centuria siguiente. De igual modo, también reina entre ellos una amplia concordia en cuanto a la heterogénea composición del sustrato filosófico e ideológico subyacente en los orígenes de tan trascendental fenómeno, que, fundamentalmente, aparece vinculado a la introducción de los principios del iusnaturalismo racionalista en la esfera de la legislación. Una corriente, que tendrá como primordial cauce de penetración el pensamiento de Pufendorf, y que con remotos antecedentes en Hobbes y Grocio, encuentra después destacados intérpretes y conti-

donde describe el código como una operación esencialmente técnica, destinada a facilitar el conocimiento del derecho desde todas las facetas que esta acción pueda comportar.

¹⁹ Postura triunfante en la historiografía italiana, a partir de la distinción entre compilación y codificación introducida por M. E. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3.^a edición, Turín, G. Giappichelli, 1967, en especial, pp. 2-3 (compilación) y 40-44 (codificación). Y con destacados seguidores, también, en Alemania, W. WILHELM, «Gesetzgebung und Kodifikation im Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert», en *Ius commune*, 1 (1967), 241-270.

²⁰ P. CARONI, «La codificación en la obra de Savigny», en *Escritos sobre la codificación*, 1-43, pp. 8-9.

²¹ A. HERNÁNDEZ GIL, *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 616. Aunque la forma también adquiere una importancia decisiva, L. MENGONI, «Diritto di famiglia», en P. GROSSI (ed.) *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel proceso di produzione del diritto*, Milán, Giuffrè, 1997, 33-40, p. 34: «Ma la forma del codice è anche il limite della possibilità dei giuristi di subordinari i contenuti della legislazione alla razionalità di un preconstituito sistema di concetti giuridici».

nuadores en Thomasius, Barbeyrac, Burlamaqui y Voltaire²². Aunque no se agotan aquí las fuentes de alimentación del espíritu codificador, que también se nutre de otro filón, de entronque marcadamente germánico, representado por Leibniz y Christian Wolf, con su concepción del derecho como un sistema de proposiciones sujeto a las reglas comunes de la lógica²³; y aún de un tercero, de raigambre francesa, que tiene su eje de desenvolvimiento entre Domat y Pothier, y que supone un intento de traslación de las formulaciones teóricas de Leibniz a un universo más cercano a la realidad práctica del derecho, que busca su materialización mediante la unificación legislativa de las diversas disciplinas jurídicas, en especial en el ámbito privado²⁴.

De la posterior confluencia entre este plural acervo ideológico y los principios inspiradores del pensamiento ilustrado²⁵ procede, en definitiva, el extraordinario éxito alcanzado por algunos postulados capitales, como la creencia en la existencia de un derecho suprapositivo, ideal, universal e intemporal, y susceptible de concreción, mediante el recurso a la todopoderosa razón, en leyes positivas, y por ciertas nociones fundamentales, como son el contrato social, la voluntad colectiva o los derechos individuales, sobre los que se construye el regenerador proyecto de superación de los anquilosados y disfuncionales esquemas jurídicos secularmente arrastrados por la sociedad estamental y corporativa del Antiguo Régimen. Si bien, sería necesaria la gigantesca convulsión provocada después por la revolución, para abrir camino a la instauración de un nuevo

²² El núcleo del planteamiento de S. Pufendorf reside en su reducción del derecho a una unidad conceptual, articulada sobre su doble vertiente como sistema de mandatos coactivos y como sistema de reglas autónomas, y distinta de la que constituía el objeto de la teología moral, perfilándose, por tanto, como sus elementos principales: el peso decisivo del voluntarismo de la autoridad, el imperativismo de sus disposiciones y el psicologismo implícito en la interpretación del contenido de éstas, lo que anticipa la posterior emersión de una teoría subjetiva del derecho. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 106-132, e *Ideologías del siglo XVIII*, pp. 40-43.

²³ Las notas esenciales de esta ideología son: el descriptivismo, referido al carácter verdadero de las proposiciones jurídicas y la consiguiente coherencia interna que se deriva de esta cualidad, que, aún el caso de que aquellas sean desconocidas, permitiría su desvelamiento gracias a la aplicación del método lógico; el sistematicismo, con el que se vertebra este conjunto de proposiciones normativas; y el conceptualismo, como vía de resolución de problemas a partir de las cualidades de los predicados jurídicos. Véase, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 133-156, e *Ideologías del siglo XVIII*, pp. 43-45.

²⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 156-189, e *Ideologías del siglo XVIII*, pp. 45-47.

²⁵ La estrecha conexión existente entre ambos fenómenos ha sido subrayada, entre nosotros, por E. ZULETA PUCEIRO, *Razón y Codificación*, pp. 581-589, para quien la codificación supone la manifestación primordial y culminante del iluminismo en su dimensión jurídica, señalando el punto de giro decisivo en la transición entre un modelo científico y jurídico ya agotado y una nueva y vigorosa concepción sobre la ciencia y sobre el derecho, que, al mismo tiempo, se convierte en un resorte de importancia cardinal en el desarrollo del proceso más general de transformación del poder público. En una dirección similar se posiciona E. GÓMEZ ARBOLEYA, «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna», en *Revista de Estudios Políticos*, 54 (1950), 57-76, y «El racionalismo jurídico y los códigos europeos», en *Revista de Estudios Políticos*, 57 (1951), 15-34; 60 (1951), 33-65; 63 (1953), 37-60 (= *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, 467-509).

modelo igualitario, sustentado en el dogma de la unicidad del sistema jurídico. Una colosal operación de la que la codificación se convirtió en uno de sus más eficaces instrumentos.

Aunque no es arriesgado conjeturar que la realización efectiva de tan ambicioso programa hubiera resultado prácticamente inviable si solamente se hubiera quedado en un asunto de filósofos y juristas, siendo auténticamente determinante su convergencia con los intereses y aspiraciones de una burguesía que pugnaba por apuntalar su imparable pujanza económica y traducirla en una creciente presencia e influencia políticas. De hecho, uno de los mayores obstáculos que entorpecían y ralentizaban su incontenible ascenso residía en la caduca vigencia de las complejas y farragosas formas y técnicas del *ius commune*, que eran completamente contrarias a su deseo de disfrutar del elevado grado de seguridad jurídica que requería el buen destino de sus negocios y transacciones. Muy al contrario, lo que demandaban era un derecho absolutamente claro, accesible y exacto, recogido en un texto breve y sencillo de manejar y de transportar, susceptible de ser interpretado sin necesidad de la perturbadora intermediación de un abogado²⁶ y capaz de consagrar el supremo y prioritario derecho de propiedad y de garantizar su preservación. Y esta reclamación venía íntimamente asociada a su dedicación a unas actividades comerciales y financieras cuyo progresivo desarrollo marca la dirección y la cadencia de otros fenómenos de extraordinaria trascendencia, como la expansión de la economía capitalista, la imposición de las doctrinas del liberalismo²⁷ y la sustitución de la ordenación estamental de la sociedad por otra de base clasista²⁸.

En el inventario de las diferentes piezas integrantes del motor que impulsará la codificación hay, finalmente, que tomar registro de la incidencia de factores políticos de tanto calado como la campaña desatada para la demolición del viejo entramado jurídico-público sobre el que durante siglos se habían sustentado la justificación y el mantenimiento de toda clase de privilegios, y frente al que se invocaba la intervención de un Estado cuyo nacimiento se atribuía a un pacto fundacional limitativo de sus propios poderes, y que debería acondicionar generosos espacios de libertad individual y privada y proveer mecanismos eficaces orientados a la protección de los derechos naturales de los ciudadanos²⁹. Y no era marginal la función atribuida a la codificación en la edificación de este

²⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», en *Códigos y Constituciones*, 111-124, p. 115.

²⁷ No obstante, en la determinación precisa de la índole de las conexiones existentes entre el proceso de codificación y la consolidación de sistema económico capitalista distan de haber sido despejadas todas las incógnitas. Por ejemplo, en referencia al caso hispanoamericano, C. ZULETA PUCEIRO, *Razón y codificación*, pp. 585-587, descubre una meridiana primacía de la ideología revolucionaria sobre los condicionantes económicos.

²⁸ Así lo señala, con otras palabras, A. HERNÁNDEZ GIL, *Formalismo, antiformalismo, codificación*, p. 614, cuando afirma que «se persigue con ella (la codificación) alcanzar, no sólo mediante el derecho o en el conocimiento del derecho, sino en la elaboración y formulación del mismo, los depósitos innovadores y centralizadores que marcan el tránsito de la sociedad agraria y artesana, conservadora todavía de reminiscencias feudales, a la sociedad burguesa e industrial, antecedente de la sociedad masificada y tecnificada de hoy».

²⁹ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La codificación, de utopía a técnica vulgarizada*, p. 122

nuevo orden, pues a sus espaldas se cargaba la tarea de coadyuvar a la vertebración del sistema político en torno a la supremacía absoluta del Estado, con la consecuencia del sometimiento del conjunto del ordenamiento jurídico a pautas de uniformidad dictadas en aplicación del exitoso empeño en asegurar un monopolio estatal de la producción normativa³⁰; lo que, a su vez, encajaba perfectamente con el triunfante dogma de la separación de poderes y con la concatenada atribución exclusiva al poder legislativo de la suprema misión de actuar como vehículo de expresión de la soberanía nacional. Se trataba, por tanto, de una empresa de formidables dimensiones, cuya lógica traía consigo adherida la negación de los derechos territoriales, de los sistemas normativos atados a los métodos y las categorías del Derecho Común y de las antiguas tradiciones consuetudinarias.

Analizados, pues, las causas, los objetivos y los principales rasgos que explican y caracterizan, en el marco europeo, el origen y el devenir del proceso codificador en las décadas en las que se fragua su papel como uno de los pilares fundamentales sobre los que se sostendrá la nueva trama jurídico-pública que dará cohesión al Estado liberal, corresponde plantearse hasta qué punto y con qué particularidades este fenómeno y los presupuestos ideológicos, políticos, socio-económicos y culturales sobre los que se asienta consiguen arraigar y desarrollarse en una España que, a caballo entre los siglos XVIII y XIX, se debate entre la resistencia a desembarazarse de las vetustas estructuras del régimen estamental y absolutista y la incipiente permeabilidad a unas propuestas liberales a las que las turbulentas circunstancias fabricadas por la guerra insuflarán una insospechada energía y virtualidad.

Buscando un punto de partida, parece pertinente recordar que la idea de integrar el conjunto de las reglas del derecho civil en un único cuerpo normativo promovido y controlado por el poder monárquico –lo que, en algún modo, prefiguraba la pretensión de codificar– nace como fruto de un largo debate erudito, que sitúa sus primeras manifestaciones en plena vigencia del humanismo jurídico, con la petición dirigida al emperador para que se introdujesen criterios de mayor orden y claridad en un derecho romano que, por entonces, ya era sometido a fuerte crítica³¹, debido a su deslizamiento hacia fórmulas que lo empapaban de incoherencia, de arbitrariedad y de una redacción tan extremadamente compleja y enrevesada que ocultaba entre penumbras su comprensión, no faltando, tampoco, posturas más radicales que negaban, incluso, que la pretendida efectividad universal de sus pautas de interpretación y aplicación del derecho alcanzase a otras fuentes jurídicas ajenas a la tradición romanista³². Es,

³⁰ A. HERNÁNDEZ GIL, *Formalismo, antiformalismo, codificación*, p. 614.

³¹ Lo esencial de esta discusión en H. COING, «Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. II, 797-817.

³² P. CARONI, *Lecciones catalanas*, pp. 31-32. Como obra extraordinariamente representativa acerca la deriva de esta corriente antiromanista hacia posiciones que preludian la apelación a la codificación menciona este autor el *Antitriboniano*, de François Hotman, que fue terminado en 1567, si bien no fue publicado hasta 1603, y en donde este autor llegaba a proponer la realización de una compilación general, redactada en lengua vulgar y que reuniese todo el derecho vigen-

sin embargo, en el iusnaturalismo racionalista de la primera mitad del siglo XVIII donde la citada propuesta encuentra su verdadera inspiración. Dentro de la pluralidad de líneas que tienen cabida en su seno, sus principales aportaciones en esta dirección discurren, por un lado, por el cauce de la oposición a la pretensión del absolutismo de imponer la exclusividad del derecho regio entre las fuentes jurídicas, apelándose para ello al respeto a una autonomía privada posteriormente encumbrada por la codificación³³; y por otro, por la vía de quienes, aun aceptando –en contraste– como legítima está aspiración monopolista del soberano, volcarán sus esfuerzos en la petición, más genuinamente racionalista, de que se acometiese una profunda remodelación del derecho existente con el fin de dotarle de un superior grado de sistemática, completitud y armonía interna³⁴ para, así, garantizar el disfrute de la necesaria elevada cota de seguridad jurídica³⁵. Planteamiento que, indefectiblemente, traía al primer plano una cuestión de método, tomándose como modelo el proporcionado por las ciencias naturales³⁶.

En respuesta a estas demandas de racionalización, sistematización y refuerzo de la seguridad jurídica, en la primera mitad del siglo XVIII asistimos a una proliferación de proyectos de elaboración de colecciones legislativas encaminadas a la reordenación del derecho vigente. Ahora bien, frente a las tesis que han pretendido engarzar la extensión de esta práctica dentro de una secuencia de fases sucesivas presuntamente conducentes, en un único proceso histórico, a la cristalización de las codificaciones modernas, cabe objetar la ausencia en dichas compilaciones de un elemento esencial, la unificación del sujeto jurídico, que

te, público y privado, incorporando materiales de toda procedencia. A este respecto, interesa J. BARON, *Franz Hotman's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codifications-Bestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert*, Berna, Collini, 1888.

³³ Constituyendo la subjetivación del derecho un elemento esencial de la codificación, que sólo adquiere significado filosófico con el iusnaturalismo crítico kantiano, el papel de la autonomía privada cobra una importancia capital en cuanto que permite la configuración de los derechos inherentes del individuo como simples facultades de disponibilidad puramente discrecional por parte del sujeto titular de los mismos. De tal modo que, en palabras de I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. de K. Vorländer, Hamburgo, 1966, I, p. 65, la constitución burguesa no era sino la condición jurídica a través de la cual se aseguraba realmente a cada uno lo suyo sin ser molestado ni limitado. Véase, P. CARONI, «La codificación del derecho privado y sus postulados fundamentales», en *Escritos sobre la codificación*, 107-135, p. 109.

³⁴ Ello significaba importar desde la esfera de la ciencia el plan de crear un sistema cerrado sobre sí mismo, lógico y exhaustivo. P. CARONI, «El código desencantado», en *Escritos sobre la codificación*, 71-105, p. 74, citando a A. EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Gesetzbuches von 1907*, Zürich, 1908, p. 9.

³⁵ La modernidad de estos postulados no avararía, sin embargo, según P. CARONI, *Lecciones catalanas*, p. 34, la conclusión de que el iusnaturalismo hubiera acuñado una teoría propia de la codificación, lo que también privaría de justificación la calificación como naturalistas de los primeros códigos europeos.

³⁶ La decisión de utilizar sus mismos métodos estuvo presente desde sus orígenes entre los principales representantes de la filosofía racionalista. El propio R. DESCARTES, *Discurso del método*, Madrid, Alianza, 1979, p. 5, la fundamentaba en la certeza de que la aritmética y la geometría eran las únicas ciencias que no inducían nunca a dudas o a engaño y en el convencimiento acerca de la unicidad de la sabiduría humana. Véase F. TOMÁS Y VALIENTE, *La codificación, de utopía a técnica vulgarizada*, pp. 112-113.

es consustancial a estas últimas³⁷. En todo caso, son décadas en las que presenciábamos el afloramiento de tentativas de este tipo en diversos países de la geografía europea, tanto por iniciativa privada –principalmente en el área germánica³⁸– como oficial³⁹, dando, así, continuidad a un fenómeno repetido de forma recurrente en los siglos anteriores, y normalmente ligado a períodos de especial intensidad en la consolidación y organización de las grandes monarquías nacionales. Aunque no es este, precisamente, el ambiente que se percibe en España durante este período, sino un anclaje en similares objetivos a los que habían impulsado la riada recopiladora iniciada a principios del siglo XVI y mantenida a lo largo de la centuria siguiente. Es decir, aclarar el confuso panorama normativo generado por la incesante producción y acumulación de leyes, mediante la reunión en un cuerpo unitario, y sin introducir en ellas alteraciones, de las consideradas vigentes, y considerándose abrogadas todas aquellas otras no incorporadas a estas colecciones oficiales, que servían, además, al propósito de los reyes de afirmar la supremacía de su voluntad como legisladores⁴⁰. No en vano, todavía en 1775, bajo la etiqueta de «Autos Acordados», se publicaba un suplemento a la Nueva Recopilación, compuesto por los materiales promulgados con posterioridad al año 1745. Sin olvidar la aparición en 1805 de la anacrónica Novísima Recopilación, sobre la que más tarde volveremos.

Lo característico, pues, de la actividad codificadora desarrollada en la primera mitad de esta centuria reside en el moderado alcance de sus fines, reducidos a la búsqueda de una renovación del sistema jurídico, pero sin pretensiones de provocar una reforma o una transformación de las estructuras políticas⁴¹.

³⁷ G. TARELLO, *Storia de la cultura giuridica moderna*, I, p. 192.

³⁸ Destinadas, generalmente, a su empleo en la práctica forense, la más destacada entre ellas la constituye el denominado *Codex augusteus*, cuyos tres primeros volúmenes, elaborados por Johan Christian von Lünig, aparecieron en Lipsia en 1724, añadiéndosele posteriormente otros volúmenes hasta convertirse en una compilación oficial de las leyes y decretos de Sajonia. Su nota más interesante reside en su estructuración en materias, secciones, libros y capítulos, a su vez ordenados por criterio cronológico y precedidos de un breve sumario. También en la península itálica se multiplican estas recopilaciones, que, sin embargo, no hacen aportación significativa alguna al método compilatorio. Véase G. TARELLO, *Storia de la cultura giuridica moderna*, I, pp. 192-197.

³⁹ Entre éstas, merecen ser mencionadas las *Costituzioni di Sua Maestà* piemontesas, redactadas por encargo de Vittorio Amedeo II. Sobre las mismas, M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi*, Turín, Bocca, 1928, y G. Quazza, *Le riforme in Piemonte nella prima metà del Settecento*, Cavallermaggiore, Gribaudo, 1992 (1.ª ed. Modena, 1957). No obstante, estas recopilaciones presentan frente a sus precedentes la novedad de reflejar importantes cambios que se venía produciendo en la configuración del Estado. En concreto, la creciente complejidad del aparato burocrático, la paulatina superación de las ataduras feudales, el peso cada vez mayor de la ley en el sistema de fuentes y las primeras manifestaciones del combate por erradicar los particularismos jurídicos.

⁴⁰ No obstante, esta política tropezará con fuertes resistencias vinculadas al deseo de preservar las leyes y costumbres tradicionales aplicadas en el foro y en la práctica jurídica. De ahí, la constante necesidad de afrontar nuevas actualizaciones. M. BELLOMO, *La Europa del Derecho Común*, traducción de N. Poloni/J.A. Del Prado Díez, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996, pp. 3-4.

⁴¹ Modelo al que, por ejemplo, se ajustan las Ordenanzas civiles de Henri François DAGUESSEAU, de 1735. Sobre ellas, puede consultarse H. REGNAULT, *Les Ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'ordonnance de 1735*, París, Sirey, 1938; I. STOREZ, *Le*

Rasgos que son compartidos por la que constituye la más conocida y genuina expresión del espíritu de este período, la obra de Ludovico Antonio Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742)⁴², planteada como una propuesta dirigida al príncipe legislador, a quien, a pesar de reconocerse la utilidad de la jurisprudencia, entendida como ciencia del derecho, se le alertaba acerca del mal funcionamiento de la justicia como resultado de la confusión y la irracionalidad creadas por la confluencia de un volumen excesivo de opiniones doctrinales contradictorias y la imposibilidad subsiguiente de llegar a soluciones claras y concluyentes, por lo que se pedía al soberano que interviniese dictando leyes seguras para resolver cada una de las cuestiones controvertidas, que reformase o aboliese las antiguas y que impusiese a la judicatura reglas estrictas, destinadas a evitar los graves defectos denunciados, de muchos de los cuales se hacía a los juristas directamente responsables⁴³. Y para el cumplimiento de este cometido se instaba al gobernante a que promulgase un pequeño «código» de leyes nuevas o, si esto no fuese posible, a que confiriese su autoridad legal a algún código vigente en un Estado extranjero, o simplemente elaborado por algún autor con carácter privado. Ahora bien, conviene precisar que la naturaleza del código al que Muratori estaba apelando distaba todavía de encajar en los contornos que definen su concepto moderno, al faltar notas tan esenciales como la homogeneidad, la completitud de la materia codificada y la capacidad de cubrir sus propias lagunas⁴⁴.

Será, por tanto, el giro proporcionado por la ilustración el que verdaderamente fabrique el clima ideológico y jurídico adecuado para la conformación y consolidación de una noción avanzada de codificación, que, incluso, se convierte en uno de los más importantes elementos constitutivos de esta corriente. Hasta el punto de que se erige como el símbolo supremo de una profunda renovación, que aspira a transformar las agotadas estructuras jurídico-políticas heredadas del pasado. De ahí que su principal línea de ataque se despliegue en forma de crítica feroz frente a la secular hegemonía de un derecho común letalmente herido de caducidad en sus reglas, en su doctrina y, sobre todo, en el

chancelier Henri François d'Aguesseau, 1668-1751: monarchiste et libéral, París, Publisud, 1996. O también el fallido proyecto de Pompeo Neri para la Toscana, troncado en 1748 tras dos años de trabajos. Sobre el mismo, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 211-215.

⁴² L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venecia, Giambattista Pasquali, 1742. Sobre esta obra, E. PATTARO, *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica*, Milán, Giuffrè, 1974. Además, M. PESET REIG, «Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejeiro*, Valencia, Universidad de Valencia, 1974, vol. II, 217-260, en especial, pp. 231-233, 237, 242-244.

⁴³ Entre ellos, Muratori pone el acento en: la ausencia de una absoluta claridad y precisión en las leyes; la imposibilidad de regular todos los supuestos, la dificultad de interpretar la voluntad de los individuos protagonistas de actos jurídicos y el habitual desequilibrio en la posición judicial de las partes. Pero también lanza sus críticas contra los comentaristas del derecho romano, repitiendo argumentos ya empleados contra ellos por otros autores, a los que añade una queja más general frente a los juristas por su insuficiente preparación histórica y filológica, lo exagerado de su número y su inclinación hacia la oscuridad en el lenguaje y, mucho más grave, la venalidad y la corrupción. L. A. MURATORI, *Dei difetti della Giurisprudenza*, caps. III a VIII.

⁴⁴ M. BELLOMO, *La Europa del Derecho Común*, p. 8.

sistema de fuentes que consagraba, ya que, claramente incongruente con los notables cambios socio-económicos que habían venido fraguándose, generaba multitud de dudas y conflictos y colocaba bajo permanente sospecha la labor de los juristas. A partir de aquí se construye una idea de código de exitosa trayectoria, en algunos de cuyos ingredientes básicos ya nos hemos detenido: aplicabilidad directa como norma de derecho positivo, promulgación pública y oficial, adaptación de los principios naturales abstractos y universales a las circunstancias de una sociedad histórica determinada, hegemonía de la ley y postergación de las demás fuentes, carácter completo, cerrado y omnicompreensivo del código, trabazón y coherencia interna de todas sus partes integrantes, sustracción a jueces y abogados de la disponibilidad del derecho, y empleo de un lenguaje claro conciso, preciso e inteligible para cualquier sujeto jurídico. Es decir, se sustentaba sobre unos sólidos cimientos teóricos en los que convergían, por un lado, la pretensión estatalista de dar expresión legislativa a la plenitud y exclusividad del poder político del soberano, y del otro, la potente corriente garantista que buscaba en la codificación un instrumento de protección y aseguramiento de los derechos de los ciudadanos⁴⁵.

Arrancando de estos presupuestos, la codificación se viste en su devenir con los ropajes de una magna empresa filosófica, que, al asumirse que la concreción de los contenidos de cada una de sus realizaciones debía encomendarse a la virtud de una razón natural de posesión compartida por todo el género humano, se presentaba con vocación universal, utópica e intemporal⁴⁶. No obstante, para su materialización esta trascendente y optimista visión debía ser conjugada con la más tangible realidad de la necesaria complicidad de un poder político encargado de habilitar para ella un espacio de vigencia. De tal modo, que el código aparece ligado mediante firme soldadura a un Estado nacional a cuya edificación, fortaleza y unidad contribuirá poderosamente, al asumir un papel capital en la superación del particularismo jurídico y su sustitución por un sistema normativo unitario y coherente⁴⁷.

Con estos mimbres se teje, por tanto, una nueva y decisiva etapa de la ciencia jurídica europea⁴⁸, que tiene hitos fundacionales en el Código territorial prusiano de 1794 y el Código civil austriaco de 1811, ambos de laboriosa y compleja redacción, y una temprana cima en el Código civil napoleónico de 1804, que anticipando, incluso, su cronología al segundo de los mencionados, asienta

⁴⁵ P. CARONI, *Lecciones catalanas*, pp. 36-37.

⁴⁶ E. GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de teoría*, p. 444.

⁴⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, «Los supuestos ideológicos del código civil: el procedimiento legislativo», en J. L. GARCÍA DELGADO (ed.), *La España de la Restauración: política, economía, legislación, cultura*, 2.ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1990 (1.ª ed. 1985), 369-399, p. 373 (= en *Códigos y Constituciones*, 71-109, p. 85).

⁴⁸ Un ejemplo, entre los muchos autores que suscriben la misma conclusión, G. ASTUTI, «La codificazione del diritto civile», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, 847-890, p. 847: «La codificazione del diritto civile, quale fue disegnata fin dalla seconda metà del sec. XVIII e concretamente attuata con i codici del sec. XIX, primo e più importante fra tutti il Code civil napoleonico del 1804, è fatto di importanza centrale nella storia della civiltà giuridica europea. Essa segna per l'Italia e per gli Stati del nostro continente la fine del età del diritto comune e l'inizio di una nuova età, nella quale tuttora viviamo (...)».

sobre cimientos de excepcional solidez el desarrollo posterior de la codificación liberal⁴⁹. Nosotros, sin embargo, no seguiremos su transcurso⁵⁰, sino que volveremos nuestra mirada hacia el análisis de lo sucedido en el solar hispano con el movimiento codificador a lo largo de estas décadas cruciales en las que se conforma su concepto y se exploran vías para su plasmación.

2. EL PESO DE LA TRADICIÓN FRENTE A LOS AVANCES DEL RACIONALISMO

Centrando el foco en el caso francés –de inevitable referencia– se ha sostenido que: «la idea de código se hizo con el Código mismo, su idea constituyente con el Código constituido, desembocando en él las transformaciones de una cercana revolución y las ocurrencias del debate doctrinal y constitucional que no menos cercanamente la anunciara y acompañara»⁵¹. Una explicación que resulta de muy difícil traslación al ejemplo español, ni siquiera en lo concerniente a su primera conclusión, pues parece que el Código entró en escena antes que su propio concepto, convirtió en inacabable espera su recurrente previsión constitucional, si hubo revolución, ésta fue intermitente e incompleta, y la reflexión doctrinal sobre la codificación transmitió siempre la impresión de reflejar un escaso nivel de consciencia acerca de su significado y acerca de la trascendencia de lo que con ella se estaba ventilando⁵². Sensación de desorientación y de falta de conexión con las fuerzas codificadoras circulantes en el contexto europeo que emana desde el principio; es decir, desde que la moderna noción del código comenzaba a delimitar sus todavía difusos contornos.

A la hora de localizar las raíces de esta situación de confusión y de aislamiento cabe apuntar que si –como también se afirmó– el Código ha podido resultar el monstruo producido por el sueño de la razón iusnaturalista, asumido como propio por las monarquías ilustradas, que bajo la bandera del iluminismo el aliento de la revolución transformó en realidad⁵³, es evidente que en defecto de estas condiciones previas, aquí no pudo prender con la misma fuerza. Obvia-

⁴⁹ Ante a la inabarcable amplitud de la relación de referencias bibliográficas relativas a estos tres códigos dignas de ser recogidas aquí, sirvan, por todas, las proporcionadas por P. CARONI, *Lecciones catalanas*, pp. 69-88, así como el análisis dedicado a cada uno de ellos en estas mismas páginas.

⁵⁰ Una visión general puede obtenerse en P. A. J. VAN DEN BERG, *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007.

⁵¹ B. CLAVERO, «Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», en C. PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, 53-85, p. 53.

⁵² Conclusión que ya se formulaba en M. A. BERMEJO CASTRILLO, «Diorama de virtualidades codificadas. Actualidad crítica del código y ficción de la codificación en España», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, 93-128, p. 106.

⁵³ B. CLAVERO, *Razón de Estado*, pp. 121-122.

mente, la prohibición que pesaba en la católica España sobre la difusión de las obras de los autores protestantes más representativos del racionalismo jurídico –H. Grocio, S. Pufendorf, C. Wolf– supuso un freno notable a la entrada de las renovadoras ideas de las que eran portadores⁵⁴, como también actuaba en su contra el letargo cultural e intelectual provocado por la aplastante hegemonía de las tendencias inmovilistas y el férreo control asegurado por la censura inquisitorial. Pero, tampoco hay que pensar en unas fronteras totalmente impermeables a su penetración, pues existen suficientes testimonios que demuestran cómo entre los integrantes de la cosmopolita comunidad formada por los ilustrados se compartían y se propagaban las lecturas y fluían las relaciones epistolares⁵⁵.

Bien es cierto que, como antes se ha mencionado, la cultura jurídica dominante continuaba aferrada al recurso, como fórmula de saneamiento legislativo, a la vieja técnica de las recopilaciones, a pesar de que su inevitable permanente pérdida de actualidad demandaba su periódica revisión. De hecho, acumuladas ya tantas décadas de vigencia en Castilla de la Nueva Recopilación, en la primera mitad del siglo sonaba con insistencia la invocación a la elaboración de una compilación que viniese a poner fecha oficial a su arrinconamiento. Es más, alguna de estas voces llegaba a plantear la introducción de modificaciones de calado en el sistema a emplear en su confección. Así sucede con las advertencias vertidas, hacia 1725, por un jurista anónimo en un escrito dirigido a los integrantes de la comisión que habría de acometer la tarea de redactar una Novísima Recopilación de las leyes de Castilla⁵⁶, pues lo que se proponía ya no era simplemente reunir todas ellas en un único volumen, enmendando y corrigiendo las alteraciones producidas en su versión original⁵⁷, sino reformar

⁵⁴ Sin embargo, al respecto, hacía notar J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, ed. facsímil, Madrid, Gredos, 1969, II, p. 3: «Como las preocupaciones de las Escuelas tienen tan extrañas contradicciones, los mismos Cuerpos que no repararon en admitir á un herege legista, qual fue Arnaldo Vinio, tendrían mucho reparo no solo en abrir la puerta a Newton, Muschembroeck, ó qualquiera otro filósofo sectario, sino á Jaquier, el Genuense, y otros Católicos recibidos y estudiados en otras Universidades y Seminarios de la Cristiandad». Lo que lleva a B. CLAVERO, *La idea de Código*, p. 62, a la conclusión de que la causa de exclusión no residía en la religión sino en la ciencia y el método; luego lo que se rechazaba no era simplemente el derecho natural, sino el derecho natural de la razón.

⁵⁵ Baste recordar la monumental magnitud de la correspondencia de G. MAYANS Y SISCAR recogida en los veinticuatro volúmenes de su *Epistolario*, Valencia, Diputación de Valencia, Ayuntamiento de la Oliva, 1972-2011. Especial interés ofrece, a los efectos que aquí nos ocupan, el volumen IV, *Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*. Transcripción, notas y estudio preliminar de Mariano PESET, Valencia, 1975.

⁵⁶ Editada por J. CERDÁ, «Advertencias para la formación de la Novísima Recopilación», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante *AHDE*), 23 (1953), 643-676, pp. 659-676. Su fecha debe, necesariamente, ser posterior a 1725, pues de este año es la última de las disposiciones que cita.

⁵⁷ Como era el criterio expresado por los procuradores, por ejemplo, en las Cortes de Valladolid de 1523, Petición 56: «Iten: por causa que las leyes del Fuero e ordenamientos no estan bien e juntamente compiladas y las que estan sacadas por hordenamientos de leyes que junto el doctor Montalvo están corutas e no bien sacadas, y de esta causa los juezes dan varias e diversas sentencias e no se saben las leyes del rreyno por las cuales se han de juzgar todos los negocios e pleitos,

muchas leyes, aclarar las dudosas que se prestasen a diversas interpretaciones y añadir nuevos títulos, según el estado presente de la monarquía. Es decir, frente a la reproducción exacta de la legislación heredada, se admitía y apoyaba su adaptación, su cambio, e incluso, la creación de nuevas normas destinadas a completarla⁵⁸.

Sin embargo, este resquicio de apertura no debe llamarnos a engaño, pues todavía en las cercanías de la extinción de la centuria nos encontramos con acérrimos defensores de las viejas formas de pensar la labor de recopilar. Es el caso de Antonio Xavier Pérez y López, autor de la última gran empresa de este tipo acometida en este siglo⁵⁹, quien exhibiendo una absoluta reluctancia a las exigencias de razón y método traídas por el giro ilustrado, mediante el sencillo expediente de ignorar las diferencias aportadas por esta corriente respecto a la cultura jurídica tradicional⁶⁰, con su máxima expresión de excelencia en las

e somos ynformados que por mandado de los Reyes Catholicos están las leyes juntas e copiladas e si todas se juntan fielmente como están en los originales será muy grande fruto y provecho a vuestra Alteza humildemente suplicamos mande saber la persona que tiene la dicha recopilación fecha y mande ynprimir el dicho libro e copilacion para que pueda con autoridad de vuestra majestad por el dicho libro corregido, se puedan y deban determinar los negocios, seyendo primeramente visto y examinado por personas sabias y espertas», en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, tomo IV, Madrid, Real Academia de la Historia, 1882, p. 382.

⁵⁸ El propio título, en toda su extensión, de esta propuesta, daba fiel imagen de sus intenciones: «Advertencias sobre la instrucción que deben tener los sujetos comisionados para la formación de la novísima recopilación de las leyes de Castilla. Y observaciones que deben hacer para que en una obra de tanta importancia salga con la perfección que se requiere por ser preciso reformar muchas leyes como superfluas, aclarar no pocas que están dudosas y sobre su inteligencia hay variedad de opiniones, y establecer nuevos títulos según el estado presente de la Monarquía. Y para dar alguna idea de cómo se conseguirá este objeto se ponen varias notas y apuntamientos sobre algunos títulos del libro primero, a fin de que a su imitación pueda hacerse en todos los demás y establecer leyes importantísimas al bien del Estado; al aumento de la agricultura y comercio; a la mejor y más pronta administración de justicia y a la conservación de la autoridad y jurisdicción real».

Y por ello, para acometer su redacción, pp. 659-670: «(...) es necesario que las personas que se nombren por S. M. para esta obra de tanta importancia, sean no sólo abogados prácticos y experimentados en negocios, sino que hayan estudiado el derecho público, sepan los intereses de los príncipes y tengan alguna noticia de sus leyes, especialmente las que miran a conservar sus regalías y hacer floreciente el comercio; sobre todo han de haber hecho estudio particular de nuestro derecho patrio, han de estar impuestos en la historia de las Cortes, saber el genio y costumbres de los naturales de cada provincia, sus fueros particulares, el estilo y abusos de los Tribunales, así eclesiásticos como seculares, y lo demás que se advierten en los estados que componen el cuerpo de la Monarquía para que se pueda poner el conveniente remedio».

⁵⁹ A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus principales títulos y principales materias*, Madrid, Imprenta Manuel González, 1791-1798. Sobre este autor y esta obra, J. M. MARILUZ URQUIJO, «El “Teatro de la legislación universal de España e Indias” y otras recopilaciones indianas de carácter privado», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 8 (1957), 267-280.

⁶⁰ A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal*, pp. VII-VIII: «Yo prescindo del orden o desorden de estos Cuerpos Civiles y de la justicia y utilidad de sus decisiones, sobre lo que actualmente hay una controversia muy viva y agitada entre los profesores de Derecho, bien que según mi dictamen contienen mucha sabiduría. Veo que el famoso Domat no hizo otra cosa que arreglarlos, poniéndolos con método en su obra, conocida con el nombre del Derecho civil colocado por

Partidas⁶¹, reducirá el propósito de su empeño a una simple cuestión de introducir orden y concordancia en la presentación del derecho vigente, bastando para ello la mera agregación de materiales históricos de la más diversa procedencia y de muy heterogénea naturaleza, organizados según criterios tan poco filosóficos y sistemáticos como el cronológico o el alfabético⁶², y abocados sin remedio al imperio de la casuística y de la particularidad⁶³.

Son planteamientos, en definitiva, que reflejan la contumaz persistencia de la supremacía de la doctrina sobre la legislación y la gran dificultad de resquebrajar la aplastante hegemonía que aún mantenía el *ius commune* en las universidades y en los tribunales, entre los juristas y en la práctica. Precisamente, uno de los escenarios donde con más intensidad se librará la batalla por la ruptura de este monopolio será en los recintos universitarios, donde el clima de aislamiento, rutina y control ideológico imperante durante siglos había asegurado la exclusividad de la enseñanza del derecho romano y canónico. Un combate conducido a lomos de la lenta y costosa penetración de las renovadoras corrientes jurídicas foráneas del humanismo jurídico –de forma muy débil y tardía– y, sobre todo, del derecho natural y de gentes de Grocio y Pufendorf –aunque aquí principalmente importado a través de la obra de Heineccio, y no sin resistencias–⁶⁴, el cual, a pesar de conseguir un prometedor alojamiento en los planes de estudio con la creación de algunas cátedras, pronto sería expulsado como reacción frente a las alarmantes noticias que llegaban de Francia acerca de las nefastas consecuencias que la revolución estaba trayendo para el régimen monárquico. Y por otra parte, viene de la mano de la progresiva incorporación

orden natural; veo que el célebre Wolfio y otros autores de Derecho Natural y de Gentes que tratan la Jurisprudencia de un modo filosófico y geométrico, difieren muy poco del derecho civil en cuanto a los contratos, últimas voluntades y demás partes del derecho particular (...). Su alineamiento del lado de la tradición queda también plenamente reflejado en su obra *Conversaciones críticas e instructivas sobre el estudio de los derechos civil y canónico de las Universidades compuestas por el autor del Teatro de la Legislación*, Madrid, 1795. Sobre el planteamiento de esta obra, B. CLAVERO, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», en *AHDE*, 48 (1978), 307-334, pp. 319-320, 324 y 327-329.

⁶¹ A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal*, pp. XXI-XXII: «(...) el cuerpo completo que reúne así el derecho público como el particular y todo lo comprende con método científico, sólido, cristiano, justo y equitativo; código a la verdad excelente a todos respectos, y que acaso no tendrá igual en Europa».

⁶² A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal*, pp. VIII-XLIX. Véase, B. CLAVERO, *La disputa del método*, pp. 319-320, y *La idea de Código*, pp. 60-61.

⁶³ Características que suscitarán planteamientos críticos como los de J. CLAVIJO Y FAJARDO, «Sobre la necesidad de formar un cuerpo de leyes completo en el idioma patrio y corriente», en *El Pensador*, II (1762) 61-92, p. 82: «Las Leyes Patrias forman ya muchos y grandes volúmenes. Como no se hicieron las Leyes de una vez, sino según la ocurrencia de los sucesos (...) la mayor parte son colecciones de las resoluciones que se tomaban en las cosas particulares», formadas, además «en tiempos de costumbres enteramente distintas y opuestas a las nuestras». Citado por B. CLAVERO, *La idea de Código*, p. 61.

⁶⁴ Como, por ejemplo, la del romanista Josep Finestres, reflejada en su carta a Gregorio Mayans de 17 de enero de 1767. Recogida en I. CASANOVAS, *Josep Finestres. Estudis biogràfics: Estudi preliminar. Elogi funeral. Vida i escrits. Documents*, Barcelona, Biblioteca Balmes, 1931, II, p. 394. Cfr. M. PESET Y J. L. PESET, *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, Valencia, Ayuntamiento de Oliva, 1975, pp. 144-146.

a las aulas del derecho regio o *patrio*, que arraiga con mayor fuerza a partir de la década de los años setenta⁶⁵.

En reivindicación, justamente, de una mayor presencia de las leyes reales en el estudio del derecho, vemos asomar, ya en fecha tan temprana como el año 1744, la referencia a una cuestión nuclear, que en las décadas siguientes devendrá en eje de una intensa controversia: el problema del método. Lo hace en la propuesta enviada al rey Felipe IV por el abogado Miguel de Medina y Flores⁶⁶, quien expresando su alarma por la catastrófica situación en la que, en su opinión, se encontraban los tribunales, enumeraba las causas conducentes a esta pésima situación. Citando como su principal origen el inapropiado método escolástico con el que se estudiaba la jurisprudencia⁶⁷, al que añadía otra serie de factores como el exceso de libros generado por la difusión de la imprenta, la abundancia —la «plaga»— de obras extranjeras, la inadecuada formación práctica, y la exagerada acumulación de leyes, con especial rechazo de las romanas.

⁶⁵ Quien con mayor atención y profundidad se ha ocupado de esta cuestión ha sido M. PESET REIG, de quien podemos citar: «Inéditos de Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) sobre aprendizaje del derecho», en *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia*, VI/11 (1966), 49-110; «Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII», en *AHDE*, 45 (1975), 273-339; «Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärten Absolutismus und liberaler Revolution», en *Ius Commune*, 6 (1977), 172-201. Sin olvidar, en colaboración con J. L. PESET, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974, pp. 292-298.

⁶⁶ M. de MEDINA Y FLORES, *Representación que para promover el estudio de el derecho Español y facilitar su observancia, hace al Rey Nuestro Señor, que Dios guarde, por medio del Excmo. Sr. Cardenal de Molina, Obispo de Málaga, Comisario general de la Santa Cruzada y Gobernador del Consejo, el Doctor D. Miguel de Medina y Flores, Abogado de los Reales Consejos de el Colegio de esta corte y Académico de número de la Academia Real Española de la Historia*. Aparecida en forma de manuscrito en la Biblioteca del Instituto de Jovellanos de Gijón, la obra fue publicada, con un breve prólogo, por F. CANELLA SECADES, «El derecho español en 1744», en *RGLJ*, 52 (1878), 353-367 y 481-495.

⁶⁷ M. de MEDINA Y FLORES, *Representación*, pp. 358-359: «4.º El principal origen de estas incongruencias es el impropio método con el que se estudia la jurisprudencia. A esta primera causa le subsiguen otras, pero de todas el método es la raíz infecta. El entró en el reino por la puerta de la vanidad, y al justo confirmólo la costumbre, y hoy parece lo autoriza la necesidad. En aquellos siglos que en España se veían menos togas y más arneses, se practicó en la enseñanza del derecho un método sencillo y doctrinal. Aprendiáanse llanamente nuestras leyes eran todas una especie de ordenanzas militares; las *anthinomias* y disputas se ofrecían, no se buscaban. Pero por el siglo decimocuarto, introducido en la jurisprudencia el método escolástico, se hicieron sus profesores linceos para las disputas y topoi para las resoluciones, quedaron más sutiles, pero menos sólidos; abríanse ya los Digestos y escudriñábanse sus leyes, no para retener lo que disponen, si no es para ver en lo que se contradicen; desde entonces más se aprecia el hallazgo de una antinomia que el de cien verdades. Trocaron lo útil por lo deleitable y la doctrina por el lucimiento; y como estos abusos se hicieron naturaleza con el largo uso, quedaron tanto más perjudiciales cuanto más desconocidos. 5.º Tuvo este método su mayor fomento en la Universidad de Bolonia y en los demás de Italia en tiempos de los Parisios y Alexandros, Alciatos y Socinos, insignes maestros de aquella edad; pero afectos a la disputa, y ésta que no tuvo más principio que la lesión de los ánimos o un entusiasmo de sus ingenios, se hizo pasto de las Aulas y de ellas pasó á ser pasto de los Tribunales. Comunicóse el contagio a nuestra Península por medio del Colegio mayor de San Clemente de los Españoles, y como nosotros no sabemos imitar sino excedernos, nos hicimos tan pertinaces secuares de este rumbo, que era blasfemia literaria contradecirlo, y aún el no abrazarlo se tiene hoy por algunos por especie de idiotismo (...).».

Unos argumentos, por tanto, que no tenían nada de innovadores, como lo corrobora la manida solución propuesta: la edición de unas instituciones hispánicas al estilo de las de Justiniano o de las Partidas de Alfonso X.

Es muy amplia la distancia que separa estos gastados alegatos de propuestas de reforma educativa mucho más permeables al espíritu de los nuevos tiempos. Muy tímidamente, y sin lograr eco alguno todavía, en llamamientos como el de José Campillo, en 1741, a la elaboración de un cuerpo de leyes sólido e inalterable como instrumento para la mejora del método docente⁶⁸. Con mayor solvencia y resonancia en el proyecto de plan de estudios para la Universidad de Sevilla presentado, en 1768, por Pablo de Olavide con amparo en la idea de remover todos los estorbos que impedían el desarrollo de las ciencias, y que, a su juicio, radicaban, fundamentalmente, en dos: la división de las universidades en partidos o colegios, y la permanencia dominante del método escolástico⁶⁹. Teniendo, en su opinión, efectos mucho más perniciosos este segundo, nacido «en los siglos de la ignorancia» y del que algunas naciones se habían podido sacudir en la centuria pasada, «época feliz de resurrección de las Ciencias», si bien nada de su llama había podido penetrar aún en España. De tal modo que, frente a la búsqueda de la verdad por medios simples y geométricos, ésta se «presume hallar por una lógica enredada, capciosa y llena de sofismas que oscurecen el entendimiento»⁷⁰. Graves males que afectan a la filosofía y la teología y que se extienden también al estudio de la jurisprudencia⁷¹, que lastrado por una desordenada distribución de las disciplinas y las lecciones, impide a los estudiantes «formarse idea sólida y sistemática del derecho»⁷². Y para darles remedio se acude a recetas que entonces se antojan atrevidas. En primer lugar, la introducción entre el cuadro de materias, junto a la Política, del Derecho Natural y de Gentes, cuyo conocimiento se predica imprescindible para com-

⁶⁸ J. del CAMPILLO Y COSÍO, *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, edición y estudio preliminar de A. ELORZA, Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, 1969, p. 95, y en el escrito que le sirve de aditamento, *España despierta. Críticas e instructivas reflexiones correspondientes a varios e importantísimos asuntos para mejor organización y régimen de la monarquía española...*, 11-175, p. 163, donde se apela a «formalizar un código».

⁶⁹ Pablo de OLAVIDE, *Plan de estudios de la Universidad de Sevilla*, edición y estudio preliminar de F. AGUILAR PIÑAL, 2.ª ed. revisada, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1989 (1.ª ed. Barcelona, 1969), pp. 82 y 85-89.

⁷⁰ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, pp. 82, 85 y 86: « (...) que oscurecen el entendimiento, lo acostumbran a raciocinios falsos y a desviarse de la misma verdad, contentándose con palabras y con ciertas distinciones que se llaman sutiles y son ineptas, llegando a tal punto que se ha dado el nombre de agudeza a este continuado delirio de la razón».

⁷¹ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, pp. 87-88: « (...) No se ha contentado este mal espíritu con viciar la Filosofía y corromper la Teología, convirtiéndolas en unas Ciencias de palabras vanas y de especulaciones fútiles; también ha contagiado a la Jurisprudencia, la que por su instituto, que no es otro que el de buscar la razón moral de las cosas para la distribución de la Justicia, parece debía haberse preservado de aquel daño. Pero ha tenido tanta influencia en nuestros estudios que ha envuelto también en su confusión las materias de derecho civil, pues hoy no son más que cuestiones de la misma especie».

⁷² P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, p. 129.

prender la esencia de las acciones humanas y someterlas a normas⁷³, y que, ante la dificultad de utilizar a Hugo Grocio, más volcado en el derecho público que en el natural, o a Pufendorf, autor de «una obra muy vasta y dilatada», pero prohibida en España, propone que se siga por los *Elementa iuris naturae et gentium* de Heineccio⁷⁴. Pero no menos obvia se le antoja la necesidad de abrir espacio en el plan de estudios al Derecho Nacional, a pesar de la dificultad supuesta por la carencia de un «código de leyes ordenadas y seguidas por principios, y en forma de sistema para poder tratar doctrinalmente de su explicación e inteligencia», por lo que se hace indispensable abordar su elaboración⁷⁵. Aunque entretanto debe empezarse por cambiar la organización de las enseñanzas, tomando como modelo el de la Matemática, la única ciencia que habría conseguido preservar su pureza, y en particular la Geometría, «que se pretende hacer universal»⁷⁶. Es decir, se traslucen con luz diáfana la presencia en su discurso de los principios del racionalismo jurídico y el lugar central que la ausencia de un verdadero método científico tiene entre sus preocupaciones.

Partiendo de posiciones muy próximas, no siempre se llegará tan lejos en las conclusiones. De cronología que precede en muy pocos meses a la del plan de Olavide, la propuesta de un nuevo método para la práctica de la enseñanza universitaria de Gregorio Mayans⁷⁷ no exhibe, curiosamente, tan evidente implicación en la problemática metodológica que aquí nos interesa, ni querencia tan decidida por el modelo ofrecido por las ciencias naturales⁷⁸. Aunque

⁷³ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, p. 131: «El Natural y de Gentes les son absolutamente precisos para comprender el verdadero carácter y norma de las acciones humanas, las obligaciones del hombre en el estado natural y social, el origen de los contratos, pactos y dominio, sus efectos y consecuencias».

⁷⁴ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, pp. 132-133. De la obra de Heineccio se elogia, especialmente, su método: «está escrita en compendio por reglas y principios, que es el método que debe observarse en las Universidades. Su idioma es el latino, el estilo es claro y propio de materias didascálicas, la dición pura y, sobre todo, se hallan tratados los asuntos con el método y precisión de que son susceptibles».

⁷⁵ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, p. 132: «Para cortar este abuso en su raíz repetimos que es necesaria la formación de un nuevo Código Nacional. Esta es obra digna de la ilustración del Consejo y deseada de toda la nación, por lo que no dudamos se piense seriamente en ella, como medio de poner en todo el orden y esplendor que se debe en una ciencia que interesa la vida, honor y hacienda de los vasallos».

⁷⁶ P. DE OLAVIDE, *Plan de estudios*, p. 145: «La única ciencia que, entre la grosería de los siglos bárbaros, ha podido conservar su pureza es la Matemática; y aún puede decirse que la resurrección de las demás se debe el orden y método que ésta ha inspirado en la enseñanza de todas», y p. 110, respectivamente. Subraya B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 54, el dato de que para la enseñanza de la Matemática se recomiende el recurso a Christian Wolf, el jurista, y matemático, que más se había distinguido en la definición precisa del método científico que debería aplicarse al derecho.

⁷⁷ G. MAYANS Y SISCAR, «Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España. 1 de abril de 1967», en M. PESET y J. L. PESET, *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, 179-351.

⁷⁸ M. PESET y J. L. PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX*, p. 219, dan noticia de cómo Mayans rechazó la propuesta de Meerman de que fundase su plan en Christian Wolf. Al tiempo que le achacan arrastrar la rémora de concepciones anteriores a la revolución científica del siglo XVII. Véase también B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 55. De hecho, en referencia a la Filo-

ello no impide su alineamiento entre quienes demandan la instauración de una cátedra de derecho natural y de gentes, para la que solicita que el rey ordene elaborar unas instituciones de sana doctrina, si bien, mientras tanto, al igual que Olavide, recomienda el empleo de los *Elementos* de Heineccio –eso sí, tras previa expurgación por la Inquisición, siguiendo sus propias indicaciones– con el complemento de otras obras, también depuradas, de Grocio y Pufendorf⁷⁹. Y asimismo reclama la creación de sendas cátedras de derecho real y –más novedoso– de derecho municipal, allí donde éste rigiese⁸⁰. Pero para impartirlo no se habla ahora de la confección de un código, sino que se barajan otras dos opciones: unir el derecho español y el civil en un único cuerpo, mostrando sus concordancias y discrepancias, para lo que no considera que exista buena disposición, o, lo que sí estima factible, reducir el derecho real a unas *Instituciones*, que sean un compendio breve y claro suyo⁸¹. Lo que sorprende de esta solución es, sin embargo, que Mayans había demostrado con anterioridad no ser ajeno a la idea de la formación de un código legal, escrito en lengua romance y adornado con las notas de la sencillez, la claridad y un carácter metódico y general⁸². No obstante, también descubrimos que en la delimitación de su concepto de código todavía se mueve sobre convicciones inestables, pues bajo esta noción ofrece cobijo a dos alternativas que van ligadas a posiciones de complicada compatibilidad: una, la de efectuar un resumen del derecho vigente, suprimiendo las leyes injustas y mejorando las defectuosas, y la otra, la de dar vida a una «idea nueva», que se predice inspirada en el derecho natural y sometida a principios y reglas con pretensión de universalidad y capaces de dar respuesta a

sofía, y en contraste con Olavide, G. MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método*, p. 221, defiende que «puede enseñarse sin cálculos aritméticos, como se ha enseñado en las escuelas de todos los siglos hasta el nuestro».

⁷⁹ G. MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método*, pp. 244-245. En concreto, señala: «Para que los estudiantes se instruyan mejor en este Derecho, se imprimirán aparte algunas obrillas escogidas, breves y claras, acomodadas al uso extraordinario de la juventud, como las *Prelecciones* del mismo Heineccio sobre los libros de Hugón Grocio del *Derecho de la Paz y de la Guerra* y sobre los libros de Samuel Puffendorf [sic], *De la obligación del hombre y del ciudadano*, expurgadas unas y otras, según yo he procurado que se haga». Hay que hacer notar, empero, que en otra ocasión anterior, Mayans había expresado su escasa estima por estos autores. Así, en misiva dirigida a Nebot, G. MAYANS Y SISCAR, *Epistolario*, IV, p. 157, afirmaba: «Algunos años ha compré a Puffendorf, empecé a leerle y le desterré de mi librería por impío y abominable».

⁸⁰ G. MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método*, pp. 245-249.

⁸¹ G. MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método*, p. 247.

⁸² M. PESET REIG, *Una propuesta de código*, pp. 256-258, cita una carta de Mayans a Ordeñana, de 12 de enero de 1974, en la que leemos: «En asunto de letras no puede hacerse cosa más importante que un Código legal, porque dél depende el buen Gobierno de la República (...) el código debe ser muy dilatado en la doctrina, muy breve en el modo de exprimirla, muy justo en todo, muy acomodado a la Nación española (...) Debe mandarse al Real Consejo de Castilla que diga si hay algunas leyes que parecen injustas y necesiten de revocarlas (...) En lo demás todo lo que sea no alterar leyes y costumbres justas y recibidas, es lo mejor. Todo ha de ser muy sencillo, claro y metódico, dando cortes a innumerables cuestiones de que no hablan las leyes, en que los escritores están encontrados y los jueces indeterminados y dispuestos a juzgar como quieran, por faltar a los más el conocimiento del Derecho natural, o por mejor decir su legal explicación, que es la que ata las manos a los jueces para no hacer injusticias. Este código debe ser en romance, escrito con estilo legal (...)».

cualquier posible supuesto jurídico⁸³. Es decir, bajo su manto parecen coexistir los viejos y los emergentes esquemas, sin que tampoco la tarea codificadora llegue a adquirir en Mayans la condición de ineludible prioridad que le otorga su ilustre coetáneo. Es más, ni siquiera marca distancias metodológicas apreciables con ese otro tipo de labor integradora a la que apela como solución, la de los libros de «instituciones»⁸⁴, con la que aquella propende a identificarse por «su común carácter doctrinal y su similar tendencia sustantiva»⁸⁵. No en vano, el propio Mayans alimentó el propósito de redactar, como texto para la enseñanza, unas *Instituciones* que proporcionasen una visión global del derecho patrio⁸⁶. Esta indistinción viene, en fin, a demostrar lo lejos que todavía se estaba de discernir la dirección y la magnitud del cambio que se avecinaba. Como a confirmarlo contribuye el que, al describir el método que utilizaría para llevar adelante el código legal cuya realización propone, plantee como fases sucesivas la identificación de los principios del derecho natural, su puesta en relación con la sociedad humana, atendiendo a sus consecuencias, la consiguiente extracción de leyes, la conversión de éstas en reglas y finalmente —y he aquí la contradicción, rendida aún a la realidad de un ordenamiento jurídico basado en la preservación del privilegio— el reconocimiento de algunas excepciones a dichas reglas⁸⁷.

⁸³ M. PESET REIG, *Una propuesta de código*, cita, pp. 258-259, nota 95, otra carta, esta vez dirigida al marqués de la Romana, de 11 de octubre de 1762, en la que aludiendo al fallido *Código Fernandino*, Mayans sostiene que para su realización caben dos posibilidades: la tradicional «un resumen del Derecho de que usamos, quitando algunas leyes injustas y mejorando otras pocas», o bien «una nueva idea»; en el primer caso: «consúltese a los Consejos y Audiencias Reales y a los más doctos prácticos qué leyes son injustas y qué otras pueden mejorarse, y aplíquese el remedio conveniente, y después hacer compendios del Derecho no es cosa propia de varios ingenios, sino de uno solo, y éste, tal que haya empleado la mayor parte de su vida en el estudio legal, siendo hombre prudente, de gran letura y juicio y muy experimentado en el trato de las gentes», mientras que en el segundo caso «el que la ha de formar ha de ser un hombre que haya leído y entendido las leyes de las naciones más sabias, que sepa con perfección el Derecho natural, que tenga ingenio para reducirla a principios y reglas, que estas por su universalidad alcancen todos los casos particulares sin expresarlos; que conozca las imperfecciones de las leyes humanas y las evite, y las causas de los pleitos y las arranque de raíz, usando de un arte legislativa preventiva».

⁸⁴ Así, en su proyecto de reforma de las Facultades de derecho, en *Cartas morales, militares, civiles y literarias*, Madrid, 1734, V, 228-252, p. 249 (Citado por M. PESET y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 153), afirma: «(...) que se hagan unas Instituciones del Derecho español, prácticas, en que nada haya disputable, por que esto es lo que pide la naturaleza de las Instituciones, que, para que sean como deben ser, han de ser semejantes a las de Justiniano, aunque mucho más extendidas en la doctrina, procediendo en ellas científicamente, esto es, proponiendo principios legales, sacando de ellos reglas generales, añadiendo a éstas las excepciones que tengan, aplicando a unas y otras los textos que las ilustran, no con extensión, porque esto no tendría término sino remisivamente, como quien señala las fuentes de la doctrina original y pura».

⁸⁵ B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 57.

⁸⁶ Mencionado por M. PESET y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 140.

⁸⁷ M. PESET REIG, *Una propuesta de código*, p. 258 (carta a Ordeñana de 1754): «(...) y el método que tomaría yo en trabajar será éste. Ante todas las cosas me propondría delante todos los principios del Derecho natural, después iría sacando consecuencias respectivas a la sociedad humana; de la relación de aquellos a esta iría concibiendo leyes; de las leyes formaría reglas, a las reglas daría pocas excepciones, todo lo dispondría con buen método; después de esto, leería los

Merece destacarse, además, que simultáneamente la ambigüedad del discurso de Mayans atestigua la poderosa presencia que en este momento acreditaba el género de las *instituciones*, dedicado a la construcción de obras doctrinales destinadas a la sistematización y exposición del derecho positivo; es decir, en la definición de su contenido imperaba el criterio de la vigencia práctica, siendo sólo accesorios el orden lógico y la racionalidad. O lo que es lo mismo, su carencia principal era de método.

Por eso, conscientes, sin duda, de este problema, quienes habían llevado esta forma de hacer a su máxima expresión, Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, tratarán de redimirse de esta deficiencia, asegurando en la sexta edición, de 1805, de sus famosas *Instituciones del derecho civil de Castilla*, haber procedido con orden y método geométrico en su tratamiento de la jurisprudencia⁸⁸. Demasiado tarde, no obstante, para eludir las críticas que ya se habían producido por parte de algunos significados representantes de la mentalidad ilustrada. Es el caso de Jovellanos, que, precisamente, concentrará sus objeciones en la falta de sujeción a un método racional, en la desconexión existente entre las leyes y los principios generales del derecho y, en definitiva, en su alejamiento de un auténtico sistema científico⁸⁹. Línea en la que más tarde abundará Manuel María Cambroner, achacando a estos autores defectos similares⁹⁰ y, en general, a los cultivadores de este género su anclaje en el método

Códigos nuevos y tomaría de estos lo mejor, últimamente leería las leyes de España (...). Véase B. CLAVERO, *La idea de Código*, pp. 57-58.

⁸⁸ I. JORDÁN DE ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, sexta edición, Madrid, 1805, p. VI: « (...) en particular con orden y método geométrico, el cual nos ha parecido el único para hacer perceptibles los principios de nuestra Jurisprudencia, y desengañar a los que han pretendido hacer a esta ciencia incapaz de demostración matemática». Como señalase B. CLAVERO, *La disputa del método*, pp. 309-310 y nota 6, esta justificación metodológica no aparecía en las cuatro primeras ediciones. No obstante, manifestaba sus dudas acerca de si lo hacía en la quinta, por no haberla podido consultar. Esta quinta edición ha sido reeditada en facsímil por Lex Nova en Valladolid, en 1984, y efectivamente, tampoco figura en ella.

⁸⁹ G. M. JOVELLANOS, «Carta al Dr. Antonio Fernández de Prado sobre el método de estudiar el Derecho», de 17 de diciembre de 1795, en *Obras completas*, t. III, *Correspondencia*, 2.ª ed. crítica, introducción y notas de J. M. Caso González, Oviedo 1986, 175-181, y también editada por S. CORONAS GONZÁLEZ, *Jovellanos y la universidad*, Gijón, Universidad de Oviedo, 2008, 156-164 (por donde cito), p. 163: «Las instituciones de los doctores Asso y Manuel, ya citadas, no pueden llenar nuestro deseo. Su principal defecto, a lo que yo entiendo, es no estar escritas en método razonado y, por consiguiente, ni establecidos los principios generales del derecho ni referidas a ellos las leyes como consecuencias suyas; circunstancia que es esencial en toda obra elemental en que se trate de vencer la razón y ordenar las ideas en un sistema científico (...)». B. CLAVERO, *La disputa del método*, pp. 310-311, y *La idea de Código*, pp. 58-59, donde se citan otros pasajes de su correspondencia en los que manifiesta su convencimiento acerca del papel de la razón, la geometría y la matemática como fuentes de la ética y del derecho natural.

⁹⁰ M. M. CAMBRONER, «Plan de un obra de jurisprudencia nacional, con el título de ensayo sobre los orígenes, progreso y estado de las leyes españolas; escrito al comenzar este siglo por D. Manuel María Cambroner», editado en *RGLJ*, 13 (1858), 5-25 y 161-169, p. 16: « (...) Por lo que hace al método, es laudable la idea de seguir el axiomático. Mas no se verifica el logro muchas veces, sin embargo de haber hecho el trabajo sobre los publicados por Heinecio; habiendo a cada paso consecuencias que tal vez son anteriores a los principios o bien con la proposición de que intentan deducirla los autores de las instituciones de Castilla (...)». B. CLAVERO, *La disputa del*

escolástico y en el estilo didáctico⁹¹. Frente a los cuales, propondrá como alternativa «los principios del derecho de la razón», la «utilidad de los trabajos acerca del derecho de la naturaleza» y «las verdades que el cálculo de los economistas ha agregado para el mejoramiento de las leyes»⁹².

Claro está, que tampoco resultaba desdeñable la resistencia que todavía estaban dispuestos a ofrecer quienes permanecían en el bando de los defensores de esta denostada tradición escolástica, siendo su oposición particularmente activa en los propios foros universitarios, y manifestándose tanto de forma corporativa⁹³ como a través de la pluma de académicos como Joaquín Marín y Mendoza, primer catedrático español de derecho natural, pero abiertamente contrario al discurso racionalista y matemático⁹⁴. No hay que olvidar, además, que en esta pugna también estaba en juego la ruptura de las ataduras que durante tan larga cadena de siglos habían subordinado el derecho a la religión⁹⁵.

método, p. 312, nota 13, propone como fecha de elaboración del ensayo el año 1803. Sobre este autor, véanse también pp. 320-321.

⁹¹ M. M. CAMBRONERO, *Plan de un obra*, p. 161, en referencia a la obra de Eusebio Buena-ventura Beleña, *Elucidationes ad quator libros institutionum Imperatoris Justiniani opportune locuplebat legibus decisionibusque juris hispani*: «El juicio de la obra puede hacerse con la aplicación de las ideas que hemos anticipado sobre el método en general de todas las de esta clase, advirtiéndole que el plan es un comentario de los textos de las instituciones del derecho romano, que el método es escolástico, y el estilo didáctico más claro que conciso (...)».

⁹² M. M. CAMBRONERO, *Plan de un obra*, p. 167: «Demás de esto, considerando las ventajas de que se unan los principios del derecho de la razón con los dictámenes de los legisladores que han formado nuestra jurisprudencia positiva, las más veces analizaremos la justicia original de sus leyes y ordenanzas (...)»; p. 168: «Muchas veces hemos pensado seriamente sobre la utilidad de los trabajos acerca del derecho de la naturaleza para adelantamiento del que llamamos civil o positivo, y siempre hemos creído que uno y otro deberían estudiarse reunidos (...)», «Hermanados de esta manera, los principios de la jurisprudencia nacional y civil con las verdades que el cálculo de los economistas ha agregado para el mejoramiento de las leyes, podrá hacerse su juicio con prudencia, huyendo ambos escollos perjudiciales igualmente a la prosperidad de las naciones». Referencia a unas verdades económicas que B. CLAVERO, *La disputa del método*, p. 330, sostiene vinculada ya a la doctrina liberal o fisiócrata.

⁹³ Por ejemplo, en el pronunciamiento del claustro de la Universidad de Salamanca –que ya había expresado su rechazo a la enseñanza de las matemáticas–, recogido por B. CLAVERO, *La idea de Código*, p. 59: «(...) en todas las Ciencias, se suponen, no se demuestran los principios». Interesa M. PESET y J. L. PESET, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan General de Estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969.

⁹⁴ J. MARÍN Y MENDOZA, *Historia del Derecho Natural y de Gentes*, Madrid, 1776 (existe reedición, Valencia, Alfons El Magnànim, 1999) p. 56: « (...) fundado el tirano reyno de la razón, ya no consultan, para derivar el Derecho Natural, a los libros Sagrados, desprecian los Santos Padres, los Theólogos, los Escolásticos y Jurisconsultos». Más significativo se antoja, incluso, que similares argumentos sean esgrimidos por G. MAYANS Y SISCAR en su, ya citada, carta a Nebot de 24 de septiembre de 1740, p. 251: «Grocio, Seldeno y Pufendorf, a quienes los modernos veneran como maestros del Derecho de gentes, erraron en no establecer el Derecho natural en las Leyes de la Divina Providencia, aun cuando más adelante los irá admitiendo».

⁹⁵ Podemos acudir otra vez a A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios del orden esencial de la Naturaleza, establecidos por fundamento de la Moral y Política, y por prueba de religión: nuevo sistema filosófico*, Madrid, Imprenta Real, 1785, p. I: «Todos los hombres y Pueblos que se han separado de la revelación en estos tres puntos (Derecho Natural, Religión y Política), o se han sepultado en la ignorancia, o han caído en errores y contradicciones. Esta verdad confirmada por

Y que la superación de esta onerosa dependencia significaba dar un paso decisivo hacia la conquista de su autonomía.

3. FRUSTRADOS INTENTOS DE CODIFICACIÓN. EL IMPULSO ILUSTRADO

El trayecto pendiente hasta la consumación de esta autonomía se anunciaba, empero, todavía de muy largo recorrido. Aunque pronto comenzaron a formularse las primeras propuestas de signo codificador. Entre ellas, la de fecha más temprana, la contenida en la obra publicada en 1748 por el jurista Pablo de Mora y Jaraba con el expreso propósito de denunciar «los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos»⁹⁶. Aunque su ensayo crítico, que reflejaba una notoria influencia de L. Muratori, visible ya en su mismo título⁹⁷, se ubicaba —más claramente aún que el de su inspirador⁹⁸—, en un estadio anterior de evolución al representado por los genuinos códigos ilustrados. Así, su punto de partida lo situaba en un severo ataque al derecho romano, al que reprochaba —en particular al Digesto, del que con volátiles alegatos llegaba a sostener su falsedad⁹⁹— el haberse convertido en fuente permanente de conflictos, opiniones encontradas y confusión. Perniciosos defectos que, a su juicio, resultaban agravados por su frecuente entrada en contradicción con los preceptos de un derecho regio del que afirmaba que no estaba lastrado por tal carga de oscuridad y variedad, a pesar de reconocer que en las recopilaciones se recogían muchas leyes repetidas y caídas en desuso¹⁰⁰. Una situación de penosa degradación con efectos muy negativos tanto en el foro como en la formación universitaria, frente a la que, como solución, defendía la necesidad de la elaboración de un código teórico-práctico, destinado, principalmente, a la enseñanza de los futuros juristas. Código en el que, con ánimo integrador, deberían hallar común acomodo un extracto de las leyes civiles romanas que fuesen compatibles con las leyes y

la experiencia de siete mil años, prueba: que el hombre no tiene fuerzas ni luces naturales para el conocimiento y práctica de sus obligaciones». Véase B. CLAVERO, *La idea de Código*, pp. 61-64.

⁹⁶ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748. Sobre esta obra es de obligada referencia el ya citado trabajo de M. PESET REIG, *Una propuesta de código romano-hispano inspirado en Ludovico Antonio Muratori*.

⁹⁷ De hecho, acusado de haber plagiado la obra de Muratori, MORA Y JARABA trató de defenderse mediante una *Disertación Apologética, en que se demuestra que el Tratado Crítico de los Errores del Derecho Civil, es diverso en substancia y accidentales, y es más útil en todas sus partes que el libro de Muratori intitulado: Los defectos de la Jurisprudencia*. La noticia de la existencia de este manuscrito la toma M. PESET REIG, *Una propuesta de Código*, p. 218, nota 4, de V. XIMENO, *Escritores del Reyno de Valencia*, Valencia, 1747-1749, vol. I, p. 340.

⁹⁸ Es opinión de autoridad de M. PESET REIG, *Una propuesta de Código*, p. 230, que «el libro del italiano está mejor construido, es más profundo en sus juicios (...) Es una crítica más amplia, que afecta no solo al derecho romano, sino a los jueces y abogados en una diatriba inteligente (...) Ludovico Antonio Muratori es más sutil y conocedor de la materia; su estilo de pensamiento más elevado y su tono, irónico a veces, más exacto (...)».

⁹⁹ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pp. 33-64.

¹⁰⁰ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pp. 187, 242-243.

costumbres vigentes en el reino, descartándose todas las que fuesen injustas, superfluas o inobservadas, junto a este mismo derecho patrio, al que se añadirían los aspectos más frecuentes tratados en conformidad suya en los tribunales, así como la doctrina existente sobre ellos de mayor difusión en España, y a los elementos primordiales del derecho público y el derecho marítimo¹⁰¹. Su composición estaría, además, encomendada a una comisión mixta formada por algunos teóricos provenientes del ámbito académico y otros expertos prácticos, concedores de los derechos civil y real utilizados en la curia, calculando, en optimista vaticinio, que en menos de tres años podrían haber concluido sus trabajos¹⁰².

Era, en definitiva, el proyecto de un jurista práctico curtido en los problemas que entorpecían la actividad de los tribunales, pero tampoco completamente ajeno a las controversias planteadas en la dimensión teórica del derecho¹⁰³. Así, sabedor de que el derecho romano se deslizaba por la pendiente de la caducidad, intentará ofrecerle una salida mediante su filtración en un derecho real de creciente pujanza; y en su solitario empeño abogará por la adopción de medidas inmediatas, que pusiesen remedio a los numerosos abusos y errores de la jurisprudencia¹⁰⁴. Ciertamente es que su idea de código se construye sobre criterios de base doctrinal, que lo sitúan en territorios más próximos a la esfera de las «instituciones» que a la positividad normativa de la que aspiraban a dotarlo las proclamas racionalistas. Pero tampoco parece justo ignorar que, si bien su organización en libros, títulos y leyes respondía al esquema tradicional y la previsión de su posterior periódica actualización lo despojaba de pretensiones de completitud y perpetuidad, la voluntad de reducir su contenido a un único volumen y de llenarlo con un método bello, diáfano y sucinto, o la intención de introducir al inicio de cada título «una definición clara y sencilla de la materia», para des-

¹⁰¹ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pp. 196-197: «De el Digesto y Código se podrá formar un extracto de aquellas Leyes civiles que confronten con las del Reyno, desechando todas aquellas resoluciones que por superfluas, injustas e inútiles no se observen en España. Asimismo se deberán desechar de dicho extracto aquellas materias y tratados que jamás se oyen en los Tribunales, como son *Esclavos, Manumisiones, Pactos nudos, Estipulaciones, Aceptilaciones, Testamentos antiguos, Fórmulas de legados, Leyes caducarias*, y otros infinitos puntos que están desterrados de todo el comercio humano. Formado así dicho extracto (...) se ha de tratar incluir en él los puntos más principales, ilustres y frecuentes en los Tribunales decididos en conformidad y consonancia a las Leyes del Reino y opiniones más recibidos en España, como son: *Sucesiones, Mejoras de tercio y quinto, Mayorazgos, Censos, Recursos de fuerza, Injusticia notoria, de mil y quinientas, Ejecuciones, Patronato* y demás materias que se frecuentan. Teniendo atención a que este nuevo extracto o Digesto, se vacíen todos los elementos y puntos más universales del Derecho público, en que podrá también incluirse lo más esencial del *Derecho marítimo*, que tanto se ignora en España».

¹⁰² P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, p. 207.

¹⁰³ M. PESET REIG, *Una propuesta de Código*, p. 250, fiel a su expresa intención de no escatimarle elogios, le describe como «un hombre bien orientado en el piélagos del derecho setecentista».

¹⁰⁴ Tres son las soluciones básicas que propugna para que los juristas encuentren seguridad y cauces adecuados en el manejo de los textos: no reconocer la fuerza de las leyes romanas, tratar como mera historia buena parte de ellas y desterrar el dañino ejercicio de las antinomias. P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pp. 214-222.

cender luego escalonadamente hasta la resolución de los distintos aspectos particulares, lo vestían de ciertas dosis de modernidad¹⁰⁵.

Muy cercana en el tiempo y afín en la orientación se sitúa la representación dirigida en 1752 por el marqués de la Ensenada al rey Fernando VI¹⁰⁶, a quien ya pocos años antes, en 1746, se había dirigido Melchor de Macanaz para pedirle que ordenase la formación de un código –es decir, una compilación– de las leyes civiles y penales que las hiciese tan claras e inteligibles que no necesitasen de posterior interpretación¹⁰⁷. Coincidiendo con Macanaz en su queja por el método empleado en las universidades para el estudio de la jurisprudencia, Ensenada achacaba su inadecuación a la falta de cátedras dedicadas al estudio de la legislación del reino, lo que empujaba a jueces y abogados a enfrentarse al desempeño de sus tareas sin haber tenido contacto alguno con la práctica. Por lo que, en sustitución de la enseñanza del Código, el Digesto y el Volumen, en los que los estudiante invertían largos años, proponía elaborar una nueva recopilación del derecho regio con su *Instituta* práctica «que podría llamarse el Código Fernandino e Ferdinandino», en honor al monarca, y que podría ser redactada por «una junta de ministros doctos y prudentes», que deberían encaminar sus trabajos hacia la reducción en un único libro de los tres de los que constaba la Nueva Recopilación castellana de 1567, prescindiendo de las leyes revocadas o caídas en desuso y aclarando el tenor de las muchas complicadas y dudosas que albergaba¹⁰⁸. No se conoce bien la respuesta recibida por esta propuesta, y aun-

¹⁰⁵ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pp. 196-211. Véase V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2.ª edición revisada, Buenos Aires, Histórica, 2008, p. 53.

¹⁰⁶ La noticia sobre la existencia de esta propuesta la proporciona J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española*, I, pp. 88-91, e *Historia del derecho español*, tercera edición, Madrid, R. Rodríguez de Rivera, 1846, pp. 501-502. Ha sido editada por A. RODRÍGUEZ VILLA, *Don Cenón de Somodevilla, Marqués de la Ensenada: ensayo biográfico formado con documentos en su mayor parte originales, inéditos y desconocidos*, Madrid, Librería de M. Murillo, 1878, pp. 112-142. Interesa también R. GIBERT, *La codificación civil en España*, p. 907.

¹⁰⁷ M. DE MACANAZ, «Avisos políticos, máximas prudentes y remedios universales, que dicta la experiencia y remite al Sr. D. Fernando VI...», en A. VALLADARES DE SOTO MAYOR, *Seminario erudito*, VIII (1787), pp. 234-235. El talante reformista de Macanaz ya se había puesto de manifiesto bastantes años antes, en 1722, a través de un escrito dirigido, esta vez, al rey Felipe V, «Auxilios para bien gobernar una Monarquía católica, o documentos que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande». También recogido en A. VALLADARES DE SOTO MAYOR, *Seminario erudito*, V (1787), 213-303. Respecto a sus planteamientos en el ámbito penal, interesa J. R. CASABO RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22 (1969), 313-342, pp. 313-314.

¹⁰⁸ A. RODRÍGUEZ VILLA, *Don Cenón de Somodevilla*, pp. 133-134: «La jurisprudencia que se estudia en las universidades es poco o nada conducente a su práctica; porque fundándose en las leyes del Reino, no tienen cátedra alguna en que se enseñen, de que resulta que los jueces y abogados, después de muchos años de universidad entran casi a ciegas en el ejercicio de su ministerio, obligados a estudiar por partes y sin orden los puntos que diariamente ocurren.

En las cátedras de las universidades no se lee por otro texto que el Código, Digesto y Volumen, que sólo tratan del derecho romano, siendo útiles únicamente para la justicia del reino las de *Instituta*, porque es un compendio del derecho con elementos adaptables a nuestras leyes, habiendo el célebre Antonio Pérez formado una con el fin de acortar el tiempo de su estudio.

que parece que Mayans fue animado por Agustín de Ordeñana, hombre de confianza de Ensenada, para que se hiciese cargo de la empresa, ésta rápidamente cayó en el olvido¹⁰⁹. Es posible que el alejamiento del propio Ensenada del gobierno, en 1754, tuviese que ver con el asunto.

Fuese como fuese, se hace evidente que el término «código» comenzaba a cargarse de especiales connotaciones, que animaban a su repetida invocación. Aunque en ocasiones cobre la apariencia de un mero adorno denominativo sin reflejo alguno en el contenido de lo que se rotulaba. Como ejemplo, el cuaderno enviado en 1753 al rey Fernando VI por Gonzalo de Rioja, alcalde mayor de Murcia, con el pomposo título de *Compendio para la formación de un código a imitación de los publicados en Nápoles y Prusia*, pero esencialmente enfocado hacia una simple reforma de la administración de justicia¹¹⁰. O el fracasado proyecto de *Código hispano católico fernandino* presentado al Consejo de Indias, en 1758, por Francisco Javier Álvarez de Lama¹¹¹.

Habrán autores, sin embargo, que demostrarán una más atinada intuición acerca del cauce por donde debería progresar el aliento codificador. Solamente asoma con muy difusos contornos en Juan Francisco de Castro, que esgrime un

En lugar de las del Código, Digesto y Volumen se pueden subrogar las del Derecho real con su Instituta práctica, reduciéndose a un tomo los tres de la Recopilación, respecto de que hay muchas leyes revocadas, otras que no están en uso ni son del caso en nuestros días, otras complicadas, y otras que por dudosas es menester que se aclaren.

Para esta obra podía formarse una junta de ministros doctos y prudentes, que con prolijo examen fuesen reglando y coordinando los puntos de esta nueva Recopilación, que podría llamarse el código Fernandino o Ferdinandino, siendo V.M. el que logre lo que no pudo conseguir su augustísimo padre por más que lo deseó, para imitar también al gran Luis XIV, cuyo código dio a Francia la justicia que le faltaba».

¹⁰⁹ Solamente tenemos la referencia de una carta de J. Nebot a G. Mayans, de 6 de septiembre de 1752, en la que le daba noticia de cómo: «En Madrid se va proyectando o se ha ya proyectado (esto va en secreto) de reformar las leyes de España, y formar un código Fernandino, recogiendo en él las Leyes, Fueros, etc., fundamentales del Reino y aun me dicen que están nombrados tres Consejeros y dos Abogados que se llaman Riambau y Herrero; Piquer ha hecho alguna diligencia por mí, la cosa aún está en embrión (...)». Sobre la correspondencia entre Mayans y Ordeñana respecto a este asunto, véase M. PESET REIG, *Una propuesta de Código*, pp. 254-259.

¹¹⁰ G. de RIOJA GARCÍA HIDALGO Y VALLADARES, *Compendio para la formación de un código a imitación de los publicados en las Cortes de Nápoles y Prusia que destierre los abusos introducidos en los Juzgados de España, facilitando el breve despacho de las causas y pleitos, y reforme algunos reparos que impiden la pronta administración de Justicia*, Murcia, 1753. R. GIBERT, *La codificación civil en España*, p. 908, y nota 2, toma la referencia de J. M. ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, p. 494. Pero la obra fue también había sido estudiada por J. ROCA, «Sobre un supuesto antecedente de la codificación civil española», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1946/1947 (1er trimestre), 125-131.

¹¹¹ Conocemos de su existencia gracias a una reseña de J. TORRES REVELLO, «Francisco Javier Álvarez de Lama y su fracasado proyecto del nuevo Código hispánico católico fernandino. (Publicado en el Bolet. Del Inst. de Invest. Hist. año VII, núm. 37, pp. 18-29, Buenos Aires, 1928), en *AHDE*, 5 (1928), 519-520. Y nada más sabemos tampoco acerca del premio ofrecido por la Academia de Santa Bárbara a quien trabajase «una mejor disertación sobre la necesidad de un nuevo Código legal, y las reglas que podrán adoptarse para su formación», justificándolo en que «Apenas hay abogado algo instruido que no confiese esta necesidad, y que no conozca los vicios que el tiempo ha introducido en nuestra legislación, como en todas las demás de Europa». La única alusión conocida y la cita en J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española*, I, p. 92.

discurso ecléctico, todavía impregnado de tradición, al reclamar la necesidad de crear un nuevo cuerpo de leyes en el que habrían de hallar ensamblaje los ricos y antiguos materiales proporcionados por el derecho romano y la legislación real, integrando bajo el dictado del método todo el universo jurídico español¹¹². Pero mucho más nítida se percibe en Clavijo y Fajardo, cuando describe el que habría de constituir «el Código de la Nación», como un cuerpo metódico, breve y ordenado, regido por las reglas de la razón, completo y asequible a que cualquier hombre corriente conociese sus derechos¹¹³. Son, pues, rasgos de modernidad, que parecen anunciar el código constituyente y normativo llamado a fundar todo un sistema¹¹⁴.

A la estela de este paulatino, pero titubeante, acercamiento a la configuración del código como concepto definidor de una nueva época, lo que sí parecía imponerse como una convicción generalizada era la necesidad de una reforma de la legislación, bien modificando los cuerpos ya conformados que la contenían, bien realizando uno nuevo bajo distintos presupuestos¹¹⁵. Buena muestra de esta inquietud la ofrece Alonso María de Acevedo, con su *Idea de un nuevo cuerpo legal*, obra incompleta y de incierta datación¹¹⁶, que partiendo, como prometedora premisa, de la afirmación de la necesidad de la existencia de unas leyes fundamentales que sometiesen el derecho a los dictámenes de la razón y la equidad¹¹⁷, se detenía después en una contundente crítica de las principales fuentes

¹¹² J. F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes: en que se demuestra la incertidumbre de estos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia*, Madrid, Joachin Ibarra, 1765, I, prólogo, p. X «Una dificultad de esta clase, bien se puede llamar un imposible moral; pero imposible que los mismos hombres se han fabricado, y que no podrá vencerse, no echando por tierra quanto la voluntaria interpretación ha amontonado sobre los principios de la Ciencia legal, trabajando nuevamente sobre los estables fundamentos de la razón natural y buen sentido, para lo que se puede seguramente echar mano de los ricos y antiguos materiales que nuestros legisladores y sabios antiguos nos dexaron del todo preparados, sin que apenas reste otra cosa que el disponerlos en un conveniente y luminoso orden, formando de todo un metódico Cuerpo de Derecho que una en verdadero systema todo el Derecho Español». Sobre este autor, V. TAU ANZOÁTEGUI, «El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los discursos críticos de Juan Francisco de Castro», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, V (1980), 375-396 (= en *Index*, 14 (1986), 69-85).

¹¹³ J. CLAVIJO Y FAJARDO, *Sobre la necesidad*, pp. 74-75, 82, 85-91.

¹¹⁴ B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 67.

¹¹⁵ En relación con el, ya citado, premio ofrecido por la Academia de Santa Bárbara para recompensar la mejor disertación sobre la necesidad de un nuevo Código y los criterios para su formación, afirmaba J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española*, I, p. 92, que apenas había abogado instruido que no confesase esta necesidad y no conociese los vicios que el tiempo había introducido en nuestra legislación (véase *supra*, nota 111). Aunque B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 72, ve en esta afirmación una mera prueba de ingenuidad.

¹¹⁶ A. M.^a DE ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo legal por el Dr. Alonso de Azevedo*. El manuscrito se encuentra en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia, Colección Sempere y Guarinos (t. I. fs. 1-47). Pero no habiéndolo consultado directamente, me apoyaré en el extracto recogido por J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española*, I, pp. 80-84 y en las páginas que le dedica B. CLAVERO, *La idea de Código*, pp. 67-72.

¹¹⁷ A. M. DE ACEVEDO, *Idea de un nuevo cuerpo*, f. 3. Subraya B. CLAVERO, *La idea de Código*, pp. 68-69 y nota 47, la concurrencia entre sus fuentes de inspiración de Pufendorf y C. Wolf, a pesar de que les acusa de haber oscurecido en gran parte el derecho de gentes.

del derecho castellano, con especial referencia a la Nueva Recopilación (en su última edición oficial de 1745), de la que censuraba su ausencia de método y sistemática, la abundancia de leyes superfluas, desusadas y contradictorias, y su desaliñado y farragoso estilo¹¹⁸. La solución para superarlo, reunir todas las leyes vigentes y reducir las al texto más breve posible, para lo que habría que seleccionar las fuentes históricas que hubiesen demostrado mayor vigencia, inclinándose, al respecto, por las Partidas, que aún no sirviendo por sí mismas para cumplir este cometido, podrían suministrar el armazón para, respetando su estructura, ir agregando a cada libro las leyes que le perteneciesen. Otra vez topamos, por tanto, con la piedra de la ambivalencia de un noción, la de código, que aquí ni siquiera se utilizaba, pero que se presentaba con esa naturaleza mestiza tan característica de este período, en la que se combinan el método racional, prevalente en la formulación de los principios generales, y el derecho tradicional, todavía tomado como modelo en su construcción interna¹¹⁹.

Había, no obstante, un sector del ordenamiento, el derecho penal, en el que la necesidad de emprender una profunda reforma legislativa se percibía de inaplazable perentoriedad¹²⁰. Así, no tardaron en surgir voces reclamando una actualización que, sobre todo, se predicaba de la notoria desproporción existente entre los delitos y las penas a ellos reservadas¹²¹. La idea acerca de la oportunidad de la elaboración de un código criminal venía, por tanto, preparada por la gradual generación de un clima favorable al cambio, si bien su origen inmediato hay que datarlo en la respuesta ofrecida en el año 1770 por la Sala de Alcaldes a una consulta trasladada al Consejo de Castilla, relativa a la frecuente fuga de presos de los presidios africanos, que elevada al rey por el Consejo, motivó el encargo del monarca al Tribunal Supremo de que «tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal»¹²². Sin embargo, al

¹¹⁸ A. M. DE ACEVEDO, *Idea de un nuevo cuerpo*, f. 11 v.: «La mayor parte de la Recopilación y Autos Acordados está poblada de leyes inútiles o por su antigüedad o su costumbre o disposición contraria».

¹¹⁹ En este sentido, B. CLAVERO, *La idea de Código*, pp. 71-72. Aunque distinta es la lectura de V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en Argentina*, p. 55, para quien: «(...) estamos en presencia de una expresión de entrecruzamiento entre el vigor racionalista y la fuerza tradicional, que en este caso se expresaba en una revalorización del antiguo derecho medieval».

¹²⁰ Sobre la situación del derecho penal en la España del siglo XVIII y la literatura jurídica generada en su torno véase, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, vol. I, pp. 18-19.

¹²¹ Particulares reticencias despertó una pragmática de Felipe V, de 22 de febrero de 1734, por la que se condenaba a la pena de muerte a los mayores de 17 años que cometiesen un hurto en la Corte, ante lo que la poca disposición de los tribunales para su aplicación fue generando diversas consultas ante el Consejo en los años 1734, 1744, 1745, y 1767, que fueron siempre respondidas con la ratificación de su vigencia. J. R. CASABO RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, pp. 315-319.

¹²² Esta noticia nos llega a través de una Consulta del Consejo de Castilla, de 10 de diciembre de 1782, Archivo Histórico Nacional, Estado, 4822, 5: «el primer paso para distinguir a los delincuentes y sus destinos debía ser la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales, en que, siguiendo las establecidas en los diferentes Cuerpos del Derecho de estos Reynos en todo aquello que no hubiese motivo para variarlas, y enmendando lo que por el tiempo y sus circunstancias pidiese diferente decisión, se graduasen las penas según la gravedad de los delitos, sus quali-

parecer, el mandato regio quedó sin efectividad hasta que, en 1776, Manuel de Roda, Secretario de Estado y del Despacho General de Gracia y Justicia, al tiempo que reclamaba del Consejo que se le informase sobre la práctica seguida respecto a los hurtos realizados en la Corte, que eran castigados con pena de muerte, pidió que se estudiase la forma de encauzar el arreglo de las leyes criminales¹²³. Y en cumplimiento de este encargo, el Consejo encomendó a Manuel de Lardizábal, jurista muy influido por Beccaria, que confeccionase un extracto de las leyes penales de la Recopilación, añadiendo las concordantes con todos los demás cuerpos legislativos¹²⁴, así como la formación de un cuarto tomo adicional a dicha compilación¹²⁵. No obstante, satisfecha su tarea por Lardizábal¹²⁶ y habiéndose informado positivamente sobre sus resultados por parte del Consejo¹²⁷, la Junta creada para la realización, basada en sus trabajos, de un plan de código criminal, presentó éste para su aprobación el 29 de marzo

dades, pruebas y excepciones». La respuesta de la Sala de Alcaldes llevaba fecha de 30 de junio de 1770 y fue elevada al rey por el Consejo el 25 de septiembre del mismo año. De la contestación del monarca daba cuenta M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Imprenta J. Ibarra, 1782, p. 642.

¹²³ El texto del oficio remitido por Roda lo reproduce, en lo concerniente a este aspecto, J. R. CASABO RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, pp. 320-322. También se ocupa del mismo J. ANTÓN ONECA, «Historia el Código Penal de 1822», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 18 (1965), 263-278, p. 264, que alerta sobre el carácter de esa iniciativa, recalcando que aunque se hablase de la formación de un código criminal, la referencia a que se omitiesen las leyes penales que no estuviesen en uso, «evitando las perplejidades que las mismas leyes producen por su arbitrariedad, oscuridad o variación de costumbre, según la diferencia de los tiempos», indican que lo que se proponía era una mera compilación basada en la modificación de lo ya existente. El asunto que, principalmente, preocupaba al Secretario de Estado era el de la proporcionalidad entre los delitos y las penas, aunque también se interesó por la conveniencia de mantener, reducir o suprimir la aplicación de la pena de muerte y la racionalidad del empleo de la tortura como medio de prueba. Véase E. GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de Historia del Derecho*, I, pp. 35-37.

¹²⁴ J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española*, III, p. 175. Acerca de M. de Lardizábal interesan F. BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista de la América española*, México, UNAM, 1957; M. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, Universidad Nacional del Litoral, 1964; J. ANTÓN ONECA, «El derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 174 (1966), 7-36.

¹²⁵ Para este nuevo cometido, Lardizábal fue propuesto por P. Rodríguez de Campomanes, según refleja la propia *Real Cédula sobre la formación y autoridad de esta Novísima Recopilación de Leyes de España*, citada por J. R. CASABO RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, p. 323.

¹²⁶ Quien en 1782 publicaba, además, su famoso *Discurso sobre las penas* (véase *supra*, nota 122), en el que, p. XIII, afirmaba: «entre todas las legislaciones criminales de la Europa que no se han reformado en estos tiempos, ninguna hay menos defectuosa que la nuestra».

¹²⁷ Se desprende de la nota escrita en 1777 por el alcalde de Corte, Tomás Joven de Sala, comisionado para la formación de este Código, rescatada, aunque incompleta, en el Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia por J. R. CASABO RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, p. 324, y cuyo contenido inicial se antoja interesante reproducir: «El encargo o comisión se dirige a la formación de un Código Criminal estableciendo Leyes que corrijan, moderen, amplíen, y aclaren muchas antiguas, que o por explicación dudosa la varia inteligencia de los escritores dio lugar a inobservancia, o por haberse juzgado rigurosas y no conformes a las costumbres actuales nunca, o rara vez se han observado, procurando en quanto sea posible coartar el arbitrio de los Jueces, para que cada delito tenga pena cierta según su gravedad, qualidades, pruebas y excepciones (...)».

de 1787, sin llegar nunca a recibir contestación, pese a insistirse en varias ocasiones en su remisión ¹²⁸.

De esta manera, se frustraba el único proyecto de esta época que tuvo algún viso de cobrar materialidad real, lo que adquiere un valor significativo, ya que, si bien todavía continuaba ligado con robustas amarras a la tradición, por vez primera se planteaba un código de alcance restringido a un concreto sector del ordenamiento, separado y autónomo frente al resto de la legislación, que, además, pretendía regular, no sólo los aspectos concernientes a los delitos y las penas, sino también a las pruebas y a la sustanciación de los procesos criminales, y para el que se proponía la sistematización de las leyes con una nueva forma y método y buscando la máxima claridad y concisión ¹²⁹. Sumado lo anterior a su patente permeabilidad a las corrientes regeneradoras, de signo modernizador y humanitario, por entonces circulantes en Europa en el ámbito del derecho penal, parece justificado, pues, calificar a esta tentativa como la más genuinamente vinculada al espíritu de la codificación ilustrada.

A pesar de no conocerse los motivos del olvido sufrido por este plan de código, no parece desencaminado suponer que los ecos que comenzaban a llegar de las convulsiones revolucionarias que agitaban el país vecino tuvieron alguna influencia en su paralización. Aunque ello no sería óbice para que en los años posteriores la reflexión suscitada en torno a la necesidad de transformar la trama jurídica vigente siguiese suministrando elementos para el debate. Cierto es que todavía en los años que sirven de bisagra entre una y otra centuria sigue mostrando su vigor la orientación *institucionista*, si bien incluso en los escritos de alguno de sus más destacados representantes comienza a entreverse una incipiente preocupación por reducir el derecho a las reglas de un método ¹³⁰. No obstante, también hay que advertir que el llamamiento a la razón, el derecho natural o el código había acabado convirtiéndose en un socorrido lugar común,

¹²⁸ J. R. CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, pp. 324-329. La estructura del plan en pp. 332-342. La Junta estuvo compuesta por Fernando de Velasco, Blas de Hinojosa y Miguel de Mendinueta. Según J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, p. 264, los materiales aportados debían encontrarse entre los papeles pertenecientes al Consejo de Castilla que fueron puestos a disposición de los redactores del Código de 1822.

¹²⁹ Planteamiento que estaba presente en el escrito que acompañaba al plan. J. R. CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal*, pp. 329-331.

¹³⁰ Es el caso de R. L. de DOU I BASSOLS, *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Madrid, Benito García, 1800-1803. Así, partiendo del reconocimiento de la falta de rigor metodológico de la que adolecían tanto las Instituciones de Justiniano y las de Vinnio como la legislación romana y las recopilaciones de derecho patrio, Dou intenta definir la lógica de su propia obra, si bien prescinde de referir su organización a la presencia de un método matemático, para invocar su sujeción a una especie de método filosófico pues, «cuando se trata de cosas fundadas en razón natural, es menester hacerla ver: no basta sentar principios, sino probarlos con argumentos morales y filosóficos, y esto es la causa de alargarme más de lo que fuera de desear en mis Instituciones» (pp. XXXIX-XL de su prefacio). Lo que, en realidad, le empuja a reconducir su planteamiento a una adhesión a la validez del pensamiento escolástico y de su tópica tradicional, siendo únicamente en el ámbito del derecho público donde tendría cabida la introducción de otro tipo de argumentos, de signo moral y filosófico. Véase B. CLAVERO, *La disputa del método*, pp. 313-319.

vertido indiscriminadamente en cualquier tipo de contexto y muchas veces huérfano de verdadero contenido¹³¹.

Ahora bien, tampoco podemos silenciar, pese a su amortiguada resonancia, la credibilidad merecida por algunas de estas invocaciones, en las que se hace sentir inconfundible el latido del programa ilustrado. Apartado en el que hay que incluir a Meléndez Valdés, quien se manifestará muy crítico con la servidumbre escolástica y la hegemonía del derecho romano en una enseñanza universitaria que es descrita como taller de la magistratura¹³², y que abogará por desplegar un decidido esfuerzo en la superación de los viejos usos y rutinas con apoyo en la razón y la filosofía¹³³. Siendo en el campo de las leyes civiles donde más acuciante percibirá la necesidad de esta renovación y de su reducción «a pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos para regular sus acciones»¹³⁴. Sin embargo, el gran problema lo constituirían, a su juicio, los diversos privilegios y desigualdades –con alusión expresa a la variedad de jurisdicciones, exenciones y fueros–, fabricantes de una amalgama de «leyes inútiles, insuficientes, enmendadas, suplidas, olvidadas», donde habría cabida para todo «menos unidad y sistema; todo, menos principios y miras generales»¹³⁵. Lo que contrastaría con la capacidad que las ciencias positivas y abstractas habrían demostrado para remontar las limitaciones impuestas por la autoridad y la costumbre y para levantarse a partir de unos nuevos cimientos¹³⁶. Y por eso, solamente rompiendo con el pasado sería posible, también en el terreno criminal, salvar las caren-

¹³¹ B. CLAVERO, *La disputa del método*, pp. 323-324.

¹³² J. MELENDEZ VALDÉS, «Discurso sobre los grandes frutos que debe sacar la provincia de Extremadura de su nueva Real Audiencia, y plan de útiles trabajos que ésta debe seguir: para el día solemne de su instalación y apertura, 27 de abril de 1791», en *Discursos Forenses. Meléndez Valdés (1790)*, Madrid, Fundación Banco Exterior, 1986, 129-145, p. 131: «Las Universidades, el taller de la Magistratura con los vicios de su ancianidad, adictas religiosamente a las leyes Romanas y a la parte escolástica de estas mismas leyes, criaban por desgracia una juventud, que entre mucho de gritos y sofismas se envanecía contenta en la estrecha esfera de conocimientos estériles que en sus aulas se adquirían (...)».

¹³³ J. MELENDEZ VALDÉS, *Discurso*, p. 136: «Es propio del hombre y cuanto él hace, degenerar y corromperse; y el edificio que no se repara y mejora, incómodo y ruidoso al cabo se destruye. Cerremos pues los oídos al importuno clamor de la costumbre y la torpe desidia, bien halladas siempre con los usos antiguos: obremos y mejoremos, y sean nuestras obras maestras y sabias consejeras la razón y la filosofía».

¹³⁴ J. MELENDEZ VALDÉS, *Discurso*, p. 140: «La patria potestad y las tutelas, las dotes y los pactos nupciales, los contratos, las disposiciones postrimeras, los intestados luctuosos, las servidumbres, la penal prescripción, las partes en fin todas del Código civil, ¿por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltos más y más, y confundidos por esa serie bárbara de glosadores y eternos tratadistas, y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y esperiencias, a pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos para regular sus acciones, y puedan fácilmente retener? (...)».

¹³⁵ J. MELENDEZ VALDÉS, *Discurso*, p. 141.

¹³⁶ J. MELENDEZ VALDÉS, *Discurso*, p. 138: «Las ciencias positivas, las abstractas, las artes más difíciles han logrado elevarse por concepciones y esperiencias tan atrevidas como nuevas a una esfera tan alta, que apenas el ingenio alcanza a contemplarlas; pero sacudieron el yugo de la autoridad y la costumbre, y osaron trabajar sobre sí propias para aumentar así sus ricos fondos y

cias de los códigos vigentes y construir uno auténticamente «español y patriota», fiel a la idiosincrasia, la cultura y la civilización del país¹³⁷. Es decir, frente a la idea del código como derecho positivo, la del código como proyecto constituyente de futuro¹³⁸.

Idea que comienza a dibujarse en el horizonte, pero de cuyo alcance y dificultad reales todavía no parece haberse adquirido más que una vaga conciencia. Es más, su virtualidad y cercanía en ocasiones se presumen con infundado optimismo, si no con cierta dosis de ingenuidad. Se detecta en la visión más apegada al tradicionalismo de Palacios y Hurtado, y en su declarada esperanza en ser testigo de la formación de un código que, por su «sistema, claridad y método», hiciese inútiles y erradicase de la enseñanza a las viejas leyes romanas¹³⁹. Pero también en un autor tan imbuido del ánimo ilustrado –y abierta simpatía por la dinámica revolucionaria francesa– como el conde de Cabarrús emerge este talante generosamente entusiasta, al prever, con conmovedora convicción, que la sustitución del orden legislativo existente, contra el que apuntan sus duras invectivas, por un código civil y criminal arreglado a los verdaderos principios «será siempre fácil y obra de poco tiempo»¹⁴⁰.

Superado, en fin, el umbral del cambio de siglo, e instalada entre los círculos de poder una atmósfera de temor y de prevención frente a la penetración de las perturbadoras corrientes filosóficas y políticas irradiadas a través de las fronteras por la vecina revolución, y coincidiendo, además, con el momento en el que, no sin topar con la barrera del rechazo oficial¹⁴¹, comenzaban a llegar

llegar a la perfección en que las vemos. Otro tanto debió hacerse con la ciencia augusta de dirigir y gobernar al hombre».

¹³⁷ J. MELENDEZ VALDÉS, *Discurso*, p. 139: « (...) confesémoslo sin rubor, que en la parte criminal nos falta como a las mas de las naciones, por no decir a todas, a pesar de sus luces y decantada filosofía, un código verdaderamente español y patriota, acomodado en todo a nuestro genio, a nuestro suelo, a la religión, a los usos, a la cultura y civilización en que nos vemos». Deseo que varios años después formularía reproducido José Marcos GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España: con un discurso sobre los delitos y las penas*, 5.ª edición, Madrid, Villalpando, 1828 (1.ª ed. 1804), t. I, pp. XII: «se forme una legislación criminal adaptada a nuestra constitución y a las circunstancias presentes, o que se haga en la actual una sabia reforma». Citado por V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina*, p. 57.

¹³⁸ B. CLAVERO, *La idea de código*, pp. 65-67.

¹³⁹ J. M. DE PALACIOS Y HURTADO, «Discurso en elogio de la sabia providencia que ordena el estudio de las leyes del reino», en *Introducción al estudio del derecho patrio*, Madrid, 1803 (hay una reedición de Lex Nova, Valladolid, 2010), p. 21: «acaso en esta época tendremos la dicha de ver el arreglo y formación de un Código, cuyo sistema, claridad y método, haga inútiles las leyes romanas, y las destierre para siempre de las escuelas». Advierte, sin embargo, V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina*, p. 59, que Palacios no era un ingenuo racionalista, y así expresaba que para entender las leyes era preciso un análisis filosófico, lógico y jurídico, el conocimiento de la naturaleza del hombre, la aplicación del delicado arte de la crítica y el auxilio de la historia. Por el contrario, B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 72, nota 59, señala que la conciencia en este autor del significado del código brilla por su ausencia.

¹⁴⁰ Conde de CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, estudio preliminar de J. A. Maravall, Madrid, Castellote, 1973, p. 142.

¹⁴¹ Para ponerles freno actuaba la censura. Véase C. PETIT, «España y el Code Napoléon», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fascículo IV (octubre-diciembre, 2008), 1773-1840, pp. 1774-1778, en referencia a la prohibición de la puesta en difusión de una versión española del

los primeros ecos de la, aún inconclusa, magna empresa codificadora napoleónica, asistimos a un sorprendente episodio de reversión, anegado de tradición y anacronismo. Se trata de la publicación, en fecha tan tardía como el año 1805, de una *Recopilación de las leyes de España* o *Novísima Recopilación*¹⁴², obra de un juez de la Audiencia de Granada, Juan Reguera de Valdelomar, totalmente ajeno a cualquier inclinación racionalista. Aunque, quizás, su extemporánea aparición no resulte tan inopinada a la vista de la notable confusión reinante en las décadas anteriores –como hemos tenido ocasión de comprobar– respecto a la elección de los canales adecuados para conducir una reforma legislativa ampliamente sentida como necesaria, abocando, con ello, a la coexistencia, o incluso la mixtura, de posiciones aún nítidamente vinculadas a la vieja técnica recopiladora con la paulatina y costosa asimilación de planteamientos auténticamente renovadores. Si bien, lo que fue recibido con profunda frustración fue que esta obra no hacía ni la más mínima concesión a la modernidad, aferrándose con tan absoluta fidelidad, por su estructura, su contenido y su flagrante carencia de criterio metodológico y coherencia sistemática, al decadente modelo compilatorio arrastrado desde siglos atrás, que su autor ni siquiera se preocupó de maquillar su inmovilista propuesta con una denominación que la proclamase de forma menos explícita. Defectos a los que, además, venían a añadirse una tremenda acumulación de errores y lagunas, un estilo poco elegante e impreciso, traducido en un lenguaje, en ocasiones, difícilmente comprensible, y un desmesurado volumen de preceptos, con lo que este desmañado intento de resolver las demandas de actualización jurídica por la vía de una mera resurrección de tan anticuado y agotado expediente nacía condenado a un inmediato hundimiento en la caducidad y la irrelevancia.

Se comprende, entonces, la pésima acogida con la que fue saludada por sus coetáneos¹⁴³. Hostilidad, principalmente, personalizada, mediante el inclemente juicio contra ella descargado en su célebre *Ensayo histórico-crítico*, por Francisco Martínez Marina, quien próximo en su alineamiento a las filas del racionalismo, no escatimaría calificativos a la hora de mostrarle su radical rechazo¹⁴⁴.

periódico *La Décade philosophique, littéraire et politique*, y pp. 1778-1787 respecto a la recelosa acogida dispensada a las vagas noticias llegadas con anterioridad a la primera traducción española del *Code Civil*, en 1809.

¹⁴² *Novísima Recopilación de las leyes de España: dividida en XII libros. En que se reforma la Recopilación publicada por el señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775: se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804*, Madrid, 1805, 2.ª edición, Madrid, «BOE», 1992. Sobre su ediciones hasta 1975 y la literatura generada por esta obra, A. PÉREZ MARTÍN/I. M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, pp. 32-34.

¹⁴³ Sobre la crítica a la *Novísima Recopilación*, véase I. M. SCHOLZ, *Spanien*, pp. 434-438.

¹⁴⁴ F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de Siete Partidas*, Madrid, J. Ibarra, 1808. Cito por su tercera edición, corregida y aumentada, Madrid, Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 439: «(...) obra inmensa y tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores más laboriosos; vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por

Aunque todavía nos interesa más que, estando esta obra concebida como prólogo a una nueva edición de las Partidas, que eran presentadas, en razón de sus encomiadas virtudes, como un modelo de código, en su acepción de monumento jurídico del pasado, en ella Martínez Marina asumía como propio el programa de reforma del gobierno ilustrado, dirigido a introducir criterios de armonía y uniformidad en la jurisprudencia y a facilitar el estudio del derecho. Misión para la que predicaba la derogación de las antiguas leyes y de los cuerpos donde éstas se contenían, transformando su anterior papel como inexcusable referencia metodológica en el de simples instrumentos históricos llamados a colaborar en la configuración de un «código legislativo, original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, social y criminal»¹⁴⁵. Es decir, la historia actuando, no ya como condicionante y límite del método codificador, sino como apoyo y directriz en la adaptación a unas circunstancias sociales y políticas concretas de un código, que en su versión racionalista, se ofrecía ya con contornos conceptuales rigurosamente definidos¹⁴⁶. El propio Martínez Marina se encargará de confirmarlo cuando, insistiendo años después¹⁴⁷ en su implacable ofensiva contra la Novísima Recopilación, acentúe su crítica frente al viejo procedimiento compilador por ella representado, en el que consideraba imposible encontrar plan, orden y método alguno¹⁴⁸; al tiempo que formulaba, con trazos ahora mucho más nítidos, su visión acerca de los rasgos que debían caracterizar al futuro código cuyo advenimiento reclamaba: completo, acomodado al genio nacional, permeable a las nuevas pautas políticas e ideológicas creadas por la revolución, susceptible de cubrir cualquier necesidad del Estado o de los ciudadanos, sistemático, internamente uniforme, trabado y armónico, redactado con un lenguaje claro, breve y conciso, e integrador de los principales con-

causas y motivos particulares, y truncadas en sus originales, que es necesario consultar para comprender el fin y blanco de su publicación».

¹⁴⁵ Aunque para la construcción de este moderno código, de nuevo se acude como ejemplo a imitar a las Siete Partidas, F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*, p. 439: «conviene y aun tienen por necesario derogar nuestra antiguas leyes y los cuerpos que las contienen, dejándolos únicamente en clase de instrumentos históricos para instrucción de los curiosos y estudio privado de los letrados; y teniendo presentes sus leyes, formar un código legislativo, original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, social y criminal; en una palabra, poner en ejecución el noble pensamiento y la grandiosa idea que se propuso don Alfonso el Sabio cuando acordó publicar el código de las Siete Partidas».

¹⁴⁶ B. CLAVERO, *La idea de código*, pp. 75-76.

¹⁴⁷ En realidad, esta nueva obra de F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, Fermín Villalpando, 1820, nació como respuesta a la reclamación presentada en 1815 por Reguera de Valdelomar ante el Consejo de Castilla, al sentirse agraviado por sus anteriores ataques. Redactada en 1816, no fue publicada hasta cuatro años más tarde. Sobre sus motivaciones, B. CLAVERO, «Código civil, título preliminar: primera recepción española y primer rechazo constitucional», en VV. AA., *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 139-155, pp. 147-149

¹⁴⁸ F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico*, p. 30: «Buscar un plan, orden y método en esta aglomeración de leyes, en el inmenso cúmulo de providencias antiguas y modernas, tan varias e inconexas, sería lo mismo que buscar un sistema de arquitectura en las chozas de un villorio». Sin embargo, dado que este libro fue elaborado en pleno período de restauración del absolutismo monárquico de Fernando VII, Martínez Marina se preocupó de advertir que su propósito no era cuestionar la voluntad soberana ni convertirse en censor de la Novísima (p. 25).

cimientos proporcionados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina jurídica y por otras disciplinas afines como la filosofía, la lógica y la gramática¹⁴⁹. Esto es, una vez enunciados los grandes principios inspiradores de la codificación: racionalidad, nacionalismo, sistema, unidad, brevedad y estilo, la historia volvía a ser empleada como el escenario en el que poner en confrontación la Novísima Recopilación, y todas sus enormes deficiencias, con el Código de Napoleón, su más acabado producto¹⁵⁰.

Martínez Marina personifica, por tanto, con su sentido histórico, su erudición y su aguda conciencia crítica, el más notable intento de engarce entre la herencia del pasado y las renovadoras corrientes de pensamiento jurídico que lentamente progresaban, también en España, en los primeros años del siglo XIX. Conviene, sin embargo, subrayar que su mayor aproximación a los postulados que dan fuerza a la codificación liberal es de cronología posterior a las coordenadas en las que ahora nos movemos¹⁵¹. Y asimismo que el propio ataque por él descargado contra la Novísima Recopilación certificaba el ascenso a la superficie de un larvado enfrentamiento entre dos direcciones ideológicas antagónicas, que había venido fraguándose en las décadas anteriores y que empezaba a encarnarse, coincidiendo, justamente, con la aparición de los primeros signos indicativos de la transición hacia un distinto tipo de sociedad¹⁵².

En realidad, las dubitativas tentativas ilustradas de avanzar por el camino de la codificación, tratando así de eludir la inminencia de esta colisión, estaban condenadas al fracaso por causas que afectaban a su misma naturaleza. Pues, en efecto, acometer la tarea de elaborar un código no solamente comportaba el desarrollo de un delicado y complejo desafío, sino que, también, entrañaba una forma de oposición teórica al ordenamiento vigente y un posicionamiento favo-

¹⁴⁹ F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico*, pp. 27-28: «Formar un código completo de legislación acomodado al carácter de genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del Estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integridad del cuerpo del derecho; distribuir las materias generales y particulares, los géneros, las especies y aun los individuos bajo el orden y método que conviene; tirar una justa línea de demarcación entre las diferentes clases de leyes, de las cuales muchas se allegan y tocan en una infinidad de puntos, para que no se confundan, antes conserven el puesto y sitio que naturalmente les corresponde; extenderlas con pureza, esto es sin mezcla de materias extrañas, en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve, conciso, y con toda la gravedad, nobleza y armonía de que son susceptibles, es obra que exige una feliz reunión de los más exquisitos conocimientos, tanto en la jurisprudencia y ciencia de los derechos, como en la filosofía, lógica, gramática y letras humanas».

¹⁵⁰ R. GIBERT, *La codificación civil en España*, pp. 913-916.

¹⁵¹ Es la fecha de edición del *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* la que explica que viniese avalada por el Colegio de Abogados de Madrid, que en virtud de su Censura de 28 de enero de 1819, incluida en la propia obra, informó favorablemente a su impresión y publicación por entender que «pueden influir bastante sus trabajos en las mejoras de nuestra legislación, y particularmente por corresponder a las sabias instrucciones y deseos del gobierno que tantos años hace trabaja con loable celo y constancia en perfeccionar el Código Nacional».

¹⁵² Las importantes implicaciones metodológicas de esta polémica las hemos ido desgranando con apoyo, fundamentalmente, en el citado trabajo de B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad 1789-1808*. Asimismo interesa J. M. SCHOLZ, «Penser les institutes hispano-romaines», en *Quaderni fiorentini*, 8 (1979), 157-178.

rable a su sustitución por otro sistema jurídico diametralmente diferente. Por otra parte, como ha señalado B. Clavero, plantear este objetivo llevaba implícita la paradójica decisión de instituir un poder legislativo constituyente encargado de refundar sobre nuevas bases el universo del derecho, lo que resultaba inimaginable en el seno de un modelo de recorrido multiseccular, cuya arquitectura reposaba sobre la existencia de una pluralidad de jurisdicciones y la consiguiente naturaleza doctrinal de los componentes que habían entrado en la construcción de sus respectivos entramados normativos. Una función constituyente que la monarquía absoluta, a pesar de simbolizar la máxima afirmación de la concentración del poder político y de haberse investido de muy importantes facultades legislativas, no podía desempeñar, por hallarse mediatizada, formalmente, por el enorme peso de la doctrina y de la historia, y materialmente, por el conjunto de las jurisdicciones eclesiásticas y laicas de raigambre señorial¹⁵³.

En consecuencia, como objetivo prioritario se imponía conseguir la superación de la extrema diversidad jurídica imperante a través de tres procesos confluientes y complementarios: la unificación de fueros, la abolición de los privilegios, cualquiera que fuese su origen y su índole, y la supresión de las particularidades territoriales. Si bien, sobre todo respecto a esta última exigencia, no parece que se hubiese propagado todavía una clara y general toma de conciencia acerca de su urgencia. Más bien todo lo contrario, la pauta habitual, nítidamente constatable en numerosos preceptos vivificados por la propia Novísima Recopilación, era la de la confirmación de los fueros peculiares mediante remisiones genéricas, obviando cualquier tentación integradora que pudiese obligar a dar a su contenido una mayor concreción¹⁵⁴. De hecho, cuando de manera muy aislada asomaban pretensiones uniformadoras, éstas se concentraban en aspectos muy puntuales y no dejaban de proyectar una mera extensión a otras geografías jurídicas del derecho castellano¹⁵⁵. Sin embargo, no llegaban a suponer amenaza alguna para las singularidades forales históricas, que si algo recibían, era el insospechado respaldo y la garantía ofrecidos por un reconocimiento legal implícito de su pervivencia y de su efectividad. Subsistencia que, salvo excepciones como la de Marcos Burriel¹⁵⁶, contaba además con la con-

¹⁵³ B. CLAVERO, *La idea de código*, pp. 81-82.

¹⁵⁴ Y cuando esas confirmaciones tomaban una dimensión específica de mayor amplitud se refería a los territorios, como Álava, Vizcaya o Navarra, que no habían sido colocados bajo la cobertura común de los planes de Nueva Planta. B. CLAVERO, «Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral», en *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, Siglo XXI, 1982, 41-81, pp. 51-58.

¹⁵⁵ Por ejemplo, el conocido *Informe de la Imperial ciudad de Toledo al Real y Supremo Consejo de Castilla sobre igualación de pesos y medidas en todos los Reynos y Señoríos de su Magestad según las leyes*, Madrid, 1780, pp. 4-5: «No se detendrá Toledo en amontonar las razones generales que prueban la necesidad de la uniformidad de los pesos y medidas en todos los Reynos de la monarquía tomadas de aquel elemento político que para constituir un Cuerpo de Nación estable y firme es forzosa la unidad de religión, de lengua, de leyes, de moneda, de costumbres y de gobierno, con igual repartimiento de cargas y provechos sin perjuicio de la desigualdad armoniosa de los justamente privilegiados».

¹⁵⁶ B. CLAVERO, *Revolución científica*, p. 43, atribuye a Marcos Burriel la autoría del informe de la ciudad de Toledo citado en la nota anterior, si bien en el original no aparece mencionada.

vencia de los juristas. Es el caso de Rafael Floranes, que se mostraba contrario a la posibilidad de que la poliédrica textura del derecho patrio resultase reductible a la homogeneización bajo el mero impulso de la fuerza expansiva del derecho castellano o la positividad de una Nueva Recopilación que consideraba incapaz de absorber toda la complejidad de la realidad jurídica de su tiempo¹⁵⁷. Un criterio que, en términos menos categóricos, también era compartido por autores afines a la tendencia institucionista, como Juan Pablo Forner, que abogaba por la inclusión de los derechos no castellanos dentro del ámbito de proyección de las compilaciones de legislación regia adscritas a esta corriente¹⁵⁸. O como Dou i Bassols que, además del derecho general de España, atribuía entidad específica, situándolos en un plano de igualdad, a los derechos de Castilla y Cataluña, así como a las especialidades jurídicas de Navarra, Álava, Vizcaya y Guipúzcoa¹⁵⁹.

4. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROGRAMA CODIFICADOR: BAYONA Y CÁDIZ

Tenemos, por tanto, que a la altura del año 1805, y contrariando la pretenciosa etiqueta que oficialmente engalanaba la *Recopilación de las Leyes de España* que entonces se promulgaba, seguía sin existir un verdadero derecho español y tampoco se invertía esfuerzo alguno en la integración, junto a la amalgama de normas castellanas de diversa procedencia que en ella encontraban cobijo, de los derechos de los demás territorios de la Monarquía¹⁶⁰. Más aún, conscientes los reyes de las ventajas ofrecidas por el derecho castellano para un más eficaz ejercicio de su soberanía, tendieron a asumirlo como propio y a convertirlo, sin gran éxito, en una suerte de derecho común, mientras que el resto de los antiguos derechos de los reinos se habían visto relegados a la condición de derechos par-

¹⁵⁷ Sobre este autor B. CLAVERO, ««Leyes de la China». Orígenes y ficciones de una historia del derecho español», en *AHDE*, 52 (1982), 193-221, pp. 218-220, y *Revolución científica*, 58-61. También M. A. PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 129-133.

¹⁵⁸ J. P. FORNER, *Plan para la formación de unas buenas instituciones del Derecho español*, pp. 343-344: «Es menester enseñar a la nación no sólo su derecho común, sino las escepciones de este derecho, y los parages donde se hallan en vigor estas escepciones. Si no se procede con esta distinción, no se diga que se forman instituciones del derecho de España. Ministros son también de nuestra legislación los Fueros, y ciudadanos son también de España los que viven en los pueblos o territorios que poseen los tales Fueros. ¿Por qué razón, pues, habrán de quedar excluidos de unas instituciones de la legislación española». Tomo la cita de F. TOMÁS Y VALIENTE, «Génesis de la constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65 (1995), 13-125, p. 52-53. Véase también B. CLAVERO, *Revolución científica*, pp. 51-52.

¹⁵⁹ R. L. DOU I BASSOLS, *Instituciones del derecho público*, I, pp. 68 y 73-76. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución*, pp. 53-54.

¹⁶⁰ B. CLAVERO, «Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos», en B. CLAVERO/ P. GROSSI/ F. TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania*, 47-86, p. 76.

ticulares o forales¹⁶¹. Es verdad que, bajo el paraguas del dominante institucionalismo, latía la aspiración a la uniformidad, pero todavía no había comparecido la ciencia jurídica sólida y madura que era indispensable para acercarla a la realidad, y por eso solamente cabía concebirla como producto de la expansión del derecho castellano a todo el conjunto del solar hispano¹⁶².

Ante este panorama, la tremenda convulsión política desencadenada en el año 1808 por la entrada, con ánimo de establecimiento permanente, del ejército francés, y su repercusión en el brusco e inesperado despegue de nuestra agitada historia constitucional sorprendió al país en unas circunstancias muy poco propicias para la digestión de tan profunda transformación, al no haber transitado etapas previas fundamentales que habían atravesado otros Estados europeos antes de involucrarse en la experiencia constituyente y codificadora. Al aislamiento derivado de haber blindado las fronteras frente a los vientos portadores de la reforma protestante y de la intransigencia con la que se había perseguido y amputado cualquier brote de pensamiento libre, heterodoxo o renovador, en el último siglo se había añadido un encadenamiento de derrotas militares, pérdida acelerada de peso político y asfixiantes penurias económicas¹⁶³, que en su conjunto componían un escenario nada fértil para el arraigo de los postulados políticos, filosóficos y económicos que en otros países nutrían su creciente ímpetu. Pero para activarlo faltaba, sobre todo, un adecuado ambiente intelectual, capaz de estimular el desarrollo de una ciencia jurídica moderna, y propiamente española, que asumiese la responsabilidad de canalizarla y liderarla. Ello explica la frialdad e indiferencia con la que fue acogida la temprana recepción de las proclamas rotundamente legicentristas emitidas por el Código Civil francés, que eran inadmisibles para una endeble y anodina doctrina estrechamente identificada con una tradición secular de convivencia entre la ley, la costumbre y la jurisprudencia¹⁶⁴. Sin embargo, al precipitarse los acontecimientos con la invasión de la Península por las tropas napoleónicas, sorprendentemente, remontando tan adversas condiciones de partida, la modificación profunda del sistema normativo pareció inmediatamente pasar a ser percibida como una obligación política y un requerimiento técnico de prioritario e inaplazable acometimiento¹⁶⁵.

Unarepentina urgencia que, seguramente, contribuyó a dinamizar la que—cabe pensar—constituye la más destacada peculiaridad del proceso de instalación en España del Estado liberal; esto es, la alteración del orden secuencial habitual instaurado por el modelo francés, al provocar que la constitución y la codificación iniciasen su andadura sin esperar a la culminación de la revolución. Aunque cierto es que el primer ensayo constitucional, el texto aprobado en Bayona en 1808, adoleció de carencias tan importantes en aspectos considerados esen-

¹⁶¹ A. IGLESIA FERREIRÓS, «La codificación civil y su fracaso», en *Actes del VII Simposi Internacional El Dret comú i Catalunya. Barcelona 23-24 de maig 1997*, Barcelona, Fundació Noguera, 1998, 213-343, p. 252.

¹⁶² B. CLAVERO, *Revolución científica*, pp. 63-64.

¹⁶³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Aspectos generales*, pp. 10-11.

¹⁶⁴ B. CLAVERO, *Código civil, título preliminar*, pp. 141-145 y 150-152.

¹⁶⁵ A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, «Algunas reflexiones en torno a la codificación civil («Mucho ruido y pocas nueces»)», en *AHDE*, LXVII (1997), 243-259, p. 245.

ciales en la definición del propio concepto de constitución, que hay una extendida opinión doctrinal que, rebajándolo a la categoría de «carta otorgada», le niega tal calificación. No es cuestión, sin embargo, que debamos tratar aquí, sino que lo que interesa destacar es que esta constitución, destinada a regir en el futuro en España, se planteaba la introducción de reformas de calado en el ámbito legislativo¹⁶⁶. Más en concreto, en el terreno de los códigos, donde en primera instancia se intentó repetir la estrategia ya antes utilizada en otros países ocupados, consistente, sin más, en imponer la vigencia del *Code Civil*¹⁶⁷. Pretensión que, en principio, no tropezó con resistencias, pues en la redacción inicial del proyecto, como apertura del título VIII, dedicado al «Orden judicial», figuraba el artículo 53, que declaraba: «El Código civil formará las leyes civiles de España»¹⁶⁸, sin que la comisión encargada en Madrid de su revisión opusiese objeción alguna a su tenor. No obstante, en los días previos al comienzo de las sesiones de la asamblea reunida en la ciudad gascona se realizaron diversas consultas entre los asistentes, que dieron como resultado la presentación de un informe por los integrantes del Consejo de Castilla allí presentes en el que se admitía la necesidad de «un Código de leyes arregladas» y se pedía que «para evitar la confusión legal reinante» se elaborasen un código civil y otro penal, pero sin dejar de lado el derecho tradicional¹⁶⁹. Atendiendo a las respuestas recibidas, se introdujeron en el texto abundantes modificaciones, entre las que se incluía una nueva redacción del citado artículo 53, que pasaba a ser el 43, y decía expresamente, con supresión de la alusión al código francés de 1804: «España será regida por un solo Código de leyes civiles», lo que, según se desprende de dicho informe, pretendía una reordenación al uso tradicional de las viejas leyes, y no su derogación¹⁷⁰. Pero todavía dio tiempo a la preparación, con gran premura, de una tercera versión del proyecto constitucional, que fue la debatida en el seno de la asamblea, donde se suscitó una discusión entre varios participantes que, en defensa de los derechos territoriales que les eran propios, expresaron su protesta por la imposición de la unidad de la

¹⁶⁶ Acerca de este momento constitucional y su vertiente codificadora son de gran interés las páginas que les dedica I. M. SCHOLZ, *Spanien*, cap. III, «Kodifikationsaufträge durch verfassungen von Bayonne (1808) und Cádiz (1812)», pp. 438-456. Respecto a la Constitución de Bayona, en particular, pp. 440-447.

¹⁶⁷ Lo que no fue óbice para su entrada en España «en las puntas de las bayonetas del ejército francés» (B. CLAVERO, *Código civil, título preliminar*, p. 145), y su circulación no sólo en su versión original, sino en una nueva traducción, que ahora es completa: *Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Madrid, Imprenta hija de Ybarra, 1809. Acerca de esta traducción, C. PETIT, *España y el Code Napoléon*, pp. 1787-1802.

¹⁶⁸ C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona: labor de redacción y elementos que a ella fueron aportados, según los documentos que se guardan en los Archives Nationales de París y los papeles reservados de la Biblioteca del Real Palacio de Madrid*, Madrid, Reus, 1922, p. 194.

¹⁶⁹ C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, pp. 208-229. Las frases entrecomilladas en pp. 228-229.

¹⁷⁰ El texto de este segundo proyecto en C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, pp. 233-252. Así, el informe precisaba: «tenemos leyes sabias, pero no un Código que las contenga. Se trata de la formación, y no de derogar aquellos con los que vivieron felices nuestros antepasados». Véase A. MORA CAÑADA, «En los comienzos de la codificación civil española», en *Forum Historiae Iuris*, artículo colgado el 18 de agosto de 2005, <http://www.forhistiur.de/zitat/0508mora.htm>, pp. 2-3.

legislación civil, y otro sector, mayoritario, que abogó por la extensión de este mandato uniformador también al ámbito penal¹⁷¹. Posición, esta última, que, a la postre, obtuvo la victoria en la votación a la que fueron sometidas las distintas propuestas, y que se volcó, con la conformidad de Napoleón, en la redacción definitiva del artículo 96: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales»¹⁷².

Mención especial merece, además, la incorporación a esta previsión unificadora de otro sector del ordenamiento, el mercantil, que hasta entonces había tenido mucha menor presencia en las demandas codificadoras¹⁷³. Algo había adelantado ya, en 1775, Campomanes, al recomendar que la Junta General de Comercio se ocupase de dictar una ordenanza general para los juicios sustanciados en los consulados y los juzgados de mercaderes con la finalidad de evitar la incertidumbre que generaban las leyes mercantiles¹⁷⁴. Una dirección en la que más tarde, en 1784, abundaría Jovellanos, con su propuesta de redacción de sendas ordenanzas de la marina y del comercio¹⁷⁵. Y también pueden citarse el encargo efectuado en 1797 por Carlos IV a la, entonces denominada, Junta General de Comercio, Moneda y Minas, para que estudiase todos los antecedentes que pudiesen resultar útiles para la confección de un código de comercio, y la iniciativa, tres años posterior, del Consulado de Cádiz, de llevar a cabo un Proyecto General de Ordenanzas de Comercio¹⁷⁶. Aunque, seguramente, no fueron estos precedentes, sino el ejemplo proporcionado por el Código de comercio francés, el que motivó que el mandato codificador de Bayona alcanzase también a este campo y que se contemplase el establecimiento de tribunales mercantiles especiales¹⁷⁷.

Mientras tanto, en la zona del territorio peninsular que permanecía fuera del control de la administración bonapartista se preparaba otra experiencia

¹⁷¹ C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, pp. 365-366 y p. 406.

¹⁷² *Estatuto de Bayona de 1808* [art. 96]. Cito por la edición de R. RICO LINAGE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1994.

¹⁷³ Ofrece noticias al respecto, M.^a J. MUÑOZ GARCÍA, «Consideraciones en torno a la génesis y evolución de la codificación mercantil española», en *AHDE*, LXVII (1997), vol. I, 219-242, pp. 219-221. En realidad, la virtualidad de un código mercantil ilustrado topaba con el riesgo de que sirviese a la consagración de viejos privilegios históricos ligados a este sector y sustraídos a la vis integradora del derecho civil. B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 77, nota 67.

¹⁷⁴ J. RUBIO GARCÍA-MINA, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, C. Bermejo, 1950, p. 107.

¹⁷⁵ G. M. DE JOVELLANOS, «Informe de la Junta de Comercio y Moneda sobre fomento de la Marina Mercante», en *Obras publicadas e inéditas de don Gaspar Melchor de Jovellanos*, 2 vols., Madrid, Rivadeneyra, 1858-1859, I, p. 28: «La ordenanza de la marina debe ser el código de los navieros, capitanes y patronos, pilotos y, en fin, de toda la gente del mar, cuyas obligaciones y derechos son acaso tan ignorados en esta profesión de los que mandan como de los que obedecen (...). El establecimiento de consulados en los puertos, la formación de otra ordenanza de comercio, el arreglo de los juicios mercantiles y el de un tribunal permanente en la corte, son otros tantos puntos necesarios al complemento de este gran objeto».

¹⁷⁶ E. GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de Historia del Derecho*, II, p. 69.

¹⁷⁷ *Estatuto de Bayona de 1808* [art. 113]: «Habrà un solo código de comercio para España e Indias» [art. 114]: «En cada plaza principal de comercio habrá un tribunal y una junta de comercio».

constitucional de mucho más largo recorrido, que comenzó a cuajar a partir de la primera sesión de las Cortes reunidas en Cádiz, el 24 de septiembre de 1810. Aunque ya un año antes la Junta Suprema Central, deseosa de encontrar orientación para encauzar su propósito de convocar unas Cortes y delimitar sus futuras líneas de actuación, había llevado a cabo una *Consulta al País*¹⁷⁸, que en el punto tercero de su cuestionario preguntaba acerca de «los medios para mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección». Las diferentes respuestas, procedentes de un nutrida y diversa colección de instituciones y corporaciones civiles y eclesiásticas y de individuos notables, reflejaban un surtido muestrario de criterios y opiniones, aunque todos ellos coincidentes en la reclamación de una revisión o remozamiento de los viejos cuerpos legislativos. No obstante, conviene introducir matizaciones. Así, siguiendo a M. Peset, tenemos que el estamento clerical apoyaba la reforma, pero inspirada en el derecho divino y las Partidas, mientras que algunas entidades públicas parecían apostar por medidas más cercanas a las posiciones ilustradas, esto es, la elaboración de un texto breve, claro y sencillo, siendo reseñable la proposición remitida por el Ayuntamiento de Yecla de que a la constitución —el código político— le acompañasen un código civil y otro penal; por su parte, las Juntas aportaban algunas puntualizaciones, concernientes incluso al procedimiento de reforma, siendo los particulares quienes remitieron las contestaciones que más interés ofrecen por su detalle y variedad¹⁷⁹. La imagen que los informes remitidos transmiten, en su conjunto, es, sin embargo, de bastante desconcierto en relación con lo que realmente estaba en juego, pues si bien existía unanimidad en la crítica a la técnica de la recopilación y en el deseo de poner remedio a una legislación excesivamente abundante y farragosa y lastrada por graves defectos sistemáticos y de redacción¹⁸⁰, la disparidad era acusada a la hora de concretar la manera de llevar este propósito a término. Se respira, eso sí, un común anhelo de permanencia e inmutabilidad, en garantía de la tan codiciada seguridad jurídica, y también hay coincidencia en la exaltación de las virtudes: brevedad, concisión, claridad y sencillez, que habrían de permitir su

¹⁷⁸ Una selección de la documentación producida por esta consulta ha sido publicada por M. ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, 2.^a edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, II, pp. 129-674.

¹⁷⁹ M. PESET REIG, *La primera codificación*, p. 131, nota, 9.

¹⁸⁰ Excepcionalmente valiosa, por la dureza de sus juicios, es la opinión de un desconocido fraile de Córdoba llamado José de Jesús Muñoz: «(...) Así, aunque se hallen algunas cosas buenas en nuestra legislación, consideradas en el todo de ella son malas por su improporción con él. Sabemos la heterogeneidad de nuestros códigos y no podemos negar que, cuando toda la Europa ha proscrito aquel sistema monstruoso compuesto por los escombros del Derecho romano y de las costumbres de las naciones del Norte, acomodado malamente uno y otro a nuestras costumbres, no con el estudio y meditación que debió hacerse, sino al acaso y a medida que lo exigían las circunstancias y lo quería el capricho de los que gobernaban, nosotros, tenazmente adheridos a él, fluctuamos en la incertidumbre espantosa de un caos de legislación indigesto, inaplicable en muchos casos, en otras contradictorio, oscuro en casi todos, propio siempre para fomentar pleitos interminables, débil para oponerlo a los fuertes, y enmarañado para que los débiles se enreden en él». En consecuencia: «(...) La legislación española es mala; ni admite mejoras, ni enmiendas, ni perfección. Debe formarse un nuevo sistema en que, si bien puedan entrar algunos materiales del antiguo, deba dárseles nueva distribución y nueva forma» (M. ARTOLA, *Orígenes*, II, p. 379).

fácil y exacta comprensión por todos los ciudadanos, incluidos los legos en derecho. Pero asimismo asomaban notorias discrepancias respecto al alcance territorial de la pretendida uniformidad legislativa, pues así como los dictámenes mandados desde la Corona de Castilla apoyaban, sin excepción, la imposición de un código único, los enviados desde Cataluña, Valencia y Mallorca reflejaban la aspiración de conservar sus particularidades jurídicas y aun de rescatarlas donde hubiesen sido suprimidas, llegándose en algún caso a formular la petición de que cada provincia pudiese contar con su propio código¹⁸¹. Con todo, la conclusión más importante a la que el estudio de esta consulta conduce es la de que, a pesar del frecuente recurso a las expresiones *código* o *código nacional*, con ellas se estaba apelando a una compilación al estilo tradicional¹⁸², aunque con significativas mejoras¹⁸³, o bien a un texto nuevo, en algunos casos comprensivo de diversos sectores del ordenamiento jurídico¹⁸⁴. Pero, si bien algunos escritos evidencian la asimilación de los principios racionalistas y iusnaturalistas ligados al Iluminismo, lo que, desde luego, no se descubre es un nítido discernimiento de lo que la codificación liberal comportaba, ni mucho menos una voluntad general y decidida de convertirla en realidad¹⁸⁵.

De hecho, contradiciendo el valor fundacional que la historiografía jurídica ha tendido a atribuirle dentro del proceso codificador español, según Tomás y Valiente, tal intención ni siquiera estaba contenida en la célebre proposición formulada, el 9 de diciembre de 1810, por el diputado catalán Espiga y Gadea, en la que solicitaba que, para el cumplimiento del objetivo primordial –junto al constituyente– asumido por las Cortes, la reforma de la legislación, se nombrasen comisiones específicas para los sectores civil, criminal, hacendístico, comercial

¹⁸¹ Entre las llamadas de advertencia acerca de la existencia de peculiaridades legales territoriales destaca, por ejemplo, que desde el Ayuntamiento de Palma y la Junta Superior de Mallorca se señalaba que «podían no ser convenientes unas mismas leyes para todos». Por su parte, José Solsona, desde Valls, propugnaba la redacción de un «código provincial» para Cataluña, «dada la extrema necesidad que hay de reformar el sistema legal de esta provincia», expresándose en parecidos términos José Rius. M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, pp. 321, 354, 382 y 583. Véase también R. GIBERT, *La codificación civil en España*, p. 910, y A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 245.

¹⁸² Parece oportuno señalar que muchas de las respuestas procedentes de juristas insistían en esta dependencia del viejo derecho. Por ejemplo, el relator del crimen de la Chancillería de Granada, que afirmaba preferir las doctrinas emanadas de los antiguos cuerpos legales a cuantas hubiesen vertido los publicistas extranjeros. M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 486.

¹⁸³ En este sentido, en su contestación Jovellanos marcaba como objetivo la formación de un código legal de España, pero aclaraba que no se trataba de crear leyes nuevas, sino de ordenar, declarar y mejorar las ya existentes. De igual modo, R. L. Dou i Bassols, representando a la Universidad de Cervera, después de subrayar la dificultad de la empresa de completarlo, daba muestra de su lejano conocimiento de lo que el código entrañaba, al indicar que «(...) en el día parece que sólo debe pensarse, y esto después de tener bien examinado lo que estaba ya establecido, en mejorar algunas cosas y en seguir en lo demás la legislación que teníamos». M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 420.

¹⁸⁴ Por ejemplo, Pedro Alcántara Corrales hablaba de un código que abarcase los ámbitos civil, penal, judicial, de comercio y de Real Hacienda. M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, pp. 465-466. Además, este jurista proponía el arreglo de una especie de *Instituta*, siguiendo el modelo de las de Justiniano, lo que da idea del nivel de confusión en el que se encontraba.

¹⁸⁵ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Aspectos generales*, pp. 12-13.

y educativo, aduciendo dicho autor que, no alojándose en la propuesta alusión alguna a la elaboración de un código, lo que en verdad parecía defender era una simple adaptación de las leyes tradicionales a los tiempos presentes¹⁸⁶.

Esta relativa modestia de miras quedó, tal vez, todavía más de manifiesto en la conocida sesión de 5 de febrero de 1811, dedicada a debatir la iniciativa de Espiga, quien, más que abogar por la apertura de la empresa codificadora, centraría su alegato en una cruda crítica a las leyes tradicionales, tachándolas de anticuadas, de fundarse en la ignorancia, de no fijar con precisión los principios ni expresar con exactitud y claridad sus reglas y mandatos, de utilizar un estilo oscuro y difuso, de disponer sus preceptos sin orden racional y lógico, y de generar con sus incertidumbres nuevos pleitos. Problemas frente a los que proponía un examen de los viejos códigos con el fin de apartar o modificar las leyes disconformes con los usos, costumbres y circunstancias del momento, reduciéndolas a su esencia primaria, dándoles una mejor y más clara redacción y colocándolas en una secuencia sistemática que enlazase las soluciones ofrecidas por cada ley con las de la anterior¹⁸⁷. En la intensa polémica que siguió a su intervención, adheridos a la discusión directamente ligada a la misma, se ventilaron otros asuntos cargados de indudable trascendencia conceptual e ideológica. En primer lugar, la cuestión, nada trivial, aunque fue suscitada como accesorio, acerca de cómo era posible contrarrestar la ausencia de un texto constitucional que fijase los principios básicos que habrían de marcar la pauta a los futuros códigos; aspecto en el que se opondrían los planteamientos iusracionalistas de Espiga, para quien la reforma en el ámbito civil se situaba en un plano de autonomía y de igualdad respecto al político —esto es, el constitucional—, y los liberales de Huerta o Valiente, que la hacían dependiente del desarrollo constitucional¹⁸⁸. De menor entidad e índole puramente procedimental era la medida planteada, con éxito, por Argüelles, consistente en la creación de una comisión preparatoria encargada de determinar a la mayor brevedad unas reglas de organización de las diferentes comisiones previstas por Espiga y de buscar la vía para integrar en ellas a personas ilustres ajenas a las Cortes¹⁸⁹. Por último,

¹⁸⁶ *Diario de sesiones de las Cortes*, 9 de diciembre de 1810, I, p. 153: «Habiendo sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias, no sólo para formar una Constitución, sino también para reformar nuestra legislación, y conteniendo éstas diversas partes, que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el comercial y otra para un plan de educación e instrucción pública».

¹⁸⁷ *Diario de sesiones*, 5 de febrero de 1811, I, 132. Frente a la opinión posterior de Tomás y Valiente, para R. GIBERT, *La codificación civil en España*, p. 911, la actitud de Espiga y Gadea transparentaba la idea esencial del Código moderno, siendo de clara raíz racionalista y deductiva.

¹⁸⁸ A la luz de lo ocurrido en las sesiones posteriores, A. M.^º BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 246, ponen en duda que este choque de pareceres tuviese, luego, alguna incidencia en la aprobación de la propuesta de Espiga en su formulación original.

¹⁸⁹ Curiosamente, hay una clara divergencia de opiniones a la hora de juzgar esta actuación de Argüelles entre M. PESET REIG, *La primera codificación liberal*, pp. 133-134, que destaca la luminosidad de sus observaciones acerca del mecanismo de codificar, y F. TOMÁS Y VALIENTE, *Aspectos generales*, p. 14, que interpretará su propuesta como una simple y vacía táctica dilatoria. Lo que sí admite M. Peset es que la admisión de personas externas, aunque en algunos casos facilitó las tareas, fue un obstáculo para avanzar más rápidamente. Lo que en cierto modo, avala la opinión de Tomás y Valiente.

la ocasión propició la aparición de las primeras señales, procedentes de los diputados Dou i Bassols y Aner, de una incipiente resistencia a la codificación ligada a la defensa, frente a su fuerza de absorción, de las particularidades forales, escudándose para ello en el argumento de la ausencia en la asamblea de representantes de las provincias en las que regía un derecho especial y la carencia de los textos que lo contenían¹⁹⁰.

Parece oportuno, sin embargo, traer otra vez a la reflexión ciertos aspectos terminológicos. La relativa profusión de referencias al *código* o, en plural, a *los códigos* no debe llevar a la fácil deducción de que se había difundido una toma de conciencia general acerca del papel capital llamado ejercer por éstos como agentes de una amplia reforma legislativa de aliento racionalista¹⁹¹. Al contrario, se hace evidente que en la gran mayoría de las ocasiones este vocablo es utilizado con el significado más habitual en esta época, referido a los grandes monumentos legislativos del pasado¹⁹². Aunque es verdad que otras veces dibuja la previsión de una construcción normativa venidera, de carácter omnicompreensivo¹⁹³, todavía perfilada con difusos contornos, pero de presencia prolon-

¹⁹⁰ Cfr. C. MALUQUER DE MOTES BERNET, «La codificación civil en España (síntesis de un proceso)», en *Revista de Derecho Privado*, 65 (diciembre 1981), 1083-1101, pp. 1084-1085. Este no es el único indicio que demuestra que la cuestión foral flotaba ya en el ambiente. Baste citar datos como el de que el diputado J. CANGA ARGÜELLES, *Reflexiones sociales o idea para la Constitución española, que un patriota ofrece a los representantes de Cortes*, Valencia, José Estévan, 1811, se atreviese a reclamar la tipificación como delito de «todo empeño dirigido a mantener leyes particulares para cada provincia» [Tomo la referencia de J. VARELA, «Nación, patria y patriotismo en los orígenes del nacionalismo español», en *Studia historica. Historia contemporánea*, 12 (1994), 31-43, p. 39]. Ahora bien, ello no significa que se hubiese convertido en «la gran dificultad», que tanto pesaría después en el interminable camino conducente a la realización del código civil. Sobre este aspecto fundamental, interesa sobremanera B. GONZÁLEZ ALONSO, «Estado unitario y diversidad jurídica. Consideraciones sobre el proceso de formación del código civil y su culminación en la España finisecular», en VV. AA., *Los 98 Ibéricos y el mar*, III, *El Estado y la política*, Lisboa, Sociedad Estatal Lisboa 98, 1998, 275-295.

¹⁹¹ Esta acepción moderna del término está, por ejemplo, implícita en la contestación remitida a la citada consulta por el barón de Castellet (M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 446). Según A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 246, nota 16, su presencia resulta menos clara en la respuesta enviada por el Ayuntamiento de Yecla (M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 326), pues si bien en principio parece aludirse a un código general, la posterior apelación a «la formación de un buen código criminal y en seguida el arreglo del civil», induce a dudar sobre si aquí se está utilizando con este mismo significado, o bien con el más genérico de ordenamiento. Añaden estas autoras que en la documentación de Cortes anterior a la aprobación de la Constitución, sólo en una ocasión encuentran que el término *código* se emplease con un sentido moderno, al referirse a una obra de contenido jurídico sobre una determinada materia: *Diario de sesiones*, 9 de septiembre de 1811, p. 1803: «un código militar o tratado de las materias de justicia».

¹⁹² Lo demuestra C. PETIT, *El código inexistente*, pp. 1432-1444, a través del análisis de un variado repertorio de diccionarios lingüísticos y jurídicos, catecismos, textos académicos, manuales docentes, historias jurídicas y enciclopedias, que le lleva a la conclusión de que sólo en las décadas terminales del siglo se descubren asentadas las nociones de *código*, *codificar* y *codificación*. Para ilustrar como distintas menciones vinculadas a la Consulta al País responden a esta misma acepción, sirva el ejemplo siguiente: «El gobierno que propiamente puede llamarse español empieza en los godos que [...] nos han transmitido códigos muy respetables de leyes tanto civiles como eclesiásticas» (M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 127).

¹⁹³ Subrayan A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 247 y nota 18, que esta idea de un futuro texto codificado de vocación globalizadora, recogida en expre-

gada¹⁹⁴; o bien sirve para designar al ordenamiento legal vigente, ya sea tomado en su conjunto, o sea desglosado en sus diferentes ramas¹⁹⁵. Resulta, además, notablemente significativo, como señalan A. M.^a Barrero y A. Mora, que mientras que en relación con la constitución normalmente se habla de su *formación*, cuando se trata de proyectos legislativos, como los códigos, las expresiones a las que más frecuentemente se recurre son las de *arreglo* o *reforma*, como si lo que se tuviese en mente fuese retocar algo ya existente y no armar con piezas diferentes un nuevo cuerpo legal¹⁹⁶. Siendo, igualmente, reseñable que en ningún caso se plantea como una ruptura radical con el sistema anterior, si bien las opiniones cubrirán el amplio espectro que separaba a quienes se contentaban con cambios graduales y parciales de quienes optaban por abordarlos en profundidad¹⁹⁷.

Tal diversidad de ubicaciones en la escala de distanciamiento del acervo jurídico heredado del pasado se antoja, por otra parte, muy sintomática acerca de la escasa implantación que todavía alcanzaba la convicción acerca de la necesidad de construir el código sobre nuevos pilares, abriendo una honda fractura con la tradición. Resulta, en este sentido, extraordinariamente ilustrativo el discurso sostenido, por las mismas fechas, por un anónimo magistrado afrancesado que, tomando como punto de partida –devenido en lugar muy común– una feroz crítica contra las antiguas leyes, pasaba luego a predicar la urgencia de la reforma legislativa¹⁹⁸. No obstante, pecando, tal vez, de una conmovedora ingenuidad o, quizás, por el contrario, exhibiendo una inusual astucia política, al

siones como «código universal de leyes positivas», «código completo», «un nuevo código general» o similares, es la predominante en los escritos de respuesta a la Consulta al país. Y que también es el sentido con el que la utiliza Martínez Marina en su citado *Juicio crítico* (véase F. TOMÁS Y VALIENTE, *Martínez Marina, historiador del derecho*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1991, pp. 67-72).

¹⁹⁴ Aspiración normalmente reflejada en el terreno político –la constitución– o en el civil, y que todavía se percibe latente en la tarea codificadora desarrollada durante el trienio liberal. Véase M. PESET REIG, «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 28-1 (1975), 29-100.

¹⁹⁵ Para ejemplificar el empleo de esta acepción A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 247 y nota 19, acuden al propio discurso de Espiga y Gadea en la sesión del 5 de febrero de 1811: «Señor, cualquiera que sepa qué es Constitución sabe que no es lo mismo reformar ésta que el Código (...)», y a la réplica de Aner: «(...) porque hace siglos que van aumentando los Códigos con leyes nuevas sin que haya habido una reforma. De consiguiente, tratemos de reformar el Código civil (...) Lo mismo digo del criminal».

¹⁹⁶ A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, pp. 247 y nota 20.

¹⁹⁷ La postura más moderada está representada, por ejemplo, por Dou i Bassols, en tanto que en el lado opuesto se sitúa el propio Espiga y Gadea. A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, pp. 247-248.

¹⁹⁸ *Discurso sobre la necesidad de una nueva legislación para todas las provincias españolas y sobre los medios para formarla, por un Antiguo Magistrado*, Madrid, Imprenta Real, 1810. Da noticia sobre este texto, que se presenta como una defensa del artículo 96 de la Constitución de Bayona, V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina*, pp. 60-61, quien en nota 53 precisa que el impreso por el manejado le fue facilitado por J. M.^a Mariluz Urquijo. Por su parte, B. CLAVERO, *Revolución científica*, p. 65, informa de que en el ejemplar existente en la Biblioteca Universitaria de Sevilla aparece una nota manuscrita de mediados del siglo XIX, que atribuye su autoría a Manuel María Cambrero.

acudir a su invocación como hábil coartada para intentar la introducción de un nuevo ideario y un nuevo método, traducidos ya con éxito y positividad legal en un código foráneo¹⁹⁹, a salvo de su reproche se dejaba al «gran código de las Partidas, honor de la nación castellana», que, al amparo de una supuesta afinidad, derivada de su compartido origen romano, debería aportar el sustrato sustancial de un regenerado sistema jurídico en virtud de su ensamblaje con el modelo estructural y filosófico proporcionado por el código de Napoleón²⁰⁰, el cual, a pesar de que se renunciaba a su pura adopción como vigente, se quería aplicable sin sensible alteración de su esencialidad. La ambición de nuestro autor iba, empero, todavía más allá de esta imaginativa fusión, sospechosa de meramente utilitaria, pues expresaba anhelar como su corolario el triunfo de «una ley universal y común a todas las naciones que forman la gran república del globo»²⁰¹.

En un plano más apegado a la auténtica virtualidad del código, sólo dos meses después de designados los componentes de las comisiones, se abordó la redacción del artículo 257 del proyecto, que acabaría siendo el definitivo 258 de la Constitución gaditana de 1812. La discusión suscitada en su torno en la sesión del 21 de noviembre de 1811 ha sido calificada como desconcertante y decepcionante, a la luz de la escasa entidad de los argumentos que en ella fueron esgrimidos. Su escueta redacción final, producto, tal vez, de la refundición de los dos preceptos similares contenidos en el Estatuto de Bayona²⁰², se limitaba a revestir de fuerza legal a la pretensión de tender hacia la uniformidad en unos sectores determinados del ordenamiento jurídico –civil, criminal y mercantil–, añadiendo en su segunda parte una genérica previsión de eventuales particularismos. Llama, de hecho, la atención que en el pobre debate que precedió a su aprobación, se dejó completamente de lado el núcleo central de esta disposición, que se ha querido ver directamente vinculada a un contexto políti-

¹⁹⁹ Disyuntiva que se plantea B. CLAVERO, *La idea de código*, pp. 72-74.

²⁰⁰ *Discurso sobre la necesidad*, pp. 19-24. A la exaltación de las Partidas como símbolo de la «nación» castellana, le correspondería el código napoleónico que «ha superado a todas las obras de su clase desde los primeros esfuerzos de los hombres». Por tanto, «lo más digno de notarse para nuestro propósito es que con las leyes de este código se ha acercado más la nación francesa a nuestro antiguo sistema de justicia; de manera que si se examinan los principios del código Napoleón y se comparan con los de nuestras leyes de Partidas, se notará una semejanza y aun una identidad extraordinaria». Y la conclusión: «el único medio de depurar nuestro sistema de legislación y de restituir a España el justo y útil sistema de las Partidas, mejorado y enriquecido con las reglas de una filosofía adelantada, y con un estilo conciso cual conviene a la naturaleza de las leyes, es el tomar por modelo de la obra el código de Napoleón». Cfr. V. TAU ANZÓATEGUI, *La Codificación en la Argentina*, p. 60.

²⁰¹ *Discurso sobre la necesidad*, pp. 25-26.

²⁰² *Estatuto de Bayona*, [art. 96]: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales», [art. 113]: «Habrán un solo código de comercio para España e Indias». *Constitución de 1812*, [art. 258]: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». La tesis de la fusión de los dos artículos de Bayona ha sido sostenida por C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *La codificación civil en España*, p. 1084. Por su parte, M. PESET REIG, *La primera codificación*, p. 131, nota 8, destaca la existencia de paralelismos con algunas constituciones francesas anteriores, como la de 1793 y la girondina de este mismo año.

co concreto, marcado por la guerra y por la aspiración general de los asamblearios de recuperar la totalidad del territorio nacional ocupado por el ejército invasor²⁰³. Por tanto, las únicas intervenciones registradas consistieron en el rechazo manifestado frente a dicho inciso final por el diputado Gordo, que pedía su supresión o aclaración, por temor a que abriese una amplia brecha por la que pudiesen colarse las peculiaridades forales, sobre todo en las provincias coloniales²⁰⁴, y la breve réplica, que trataba de ser tranquilizadora, de su colega Leyva, intentando disipar con muy endeblados razonamientos los recelos sobre los riesgos emanados de la citada reserva²⁰⁵.

Una cláusula de excepción que, aún dentro de su ambigüedad, se antoja más enfilada a la toma de precauciones frente a la predecible concurrencia en las regiones ultramarinas de circunstancias especiales dignas de un tratamiento específico, que subordinada a la preservación de unos derechos históricos forales²⁰⁶ a los que la propia lógica constitucional y codificadora, sin fijárselo expre-

²⁰³ C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *La codificación civil en España*, p. 1084.

²⁰⁴ F. MARTÍNEZ PÉREZ (ed.), *Constitución en Cortes. El debate constituyente 1811-1812*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, Sesión del 21 de noviembre de 1811, pp. 751-753: «El Sr. Gordo: Señor, sola la uniformidad de las leyes puede hacer que sean unos mismos los códigos civil, criminal y de comercio para toda la monarquía española conforme al espíritu de la comisión: porque si cada uno de estos códigos ha de haber tantas leyes sobre una misma materia quantos son los territorios, es inútil el concepto de este artículo en su primera parte: y si no se suprime o aclara la segunda (...) así habrá de suceder necesariamente (...) La razón me parece obvia (...) no clasificándose las variaciones, queda abierto, no ya un portillo angosto, sino una puerta anchurosa y del tamaño que la quiera, o busqué el antojo o el error obstinado de mil descontentos, que mal hallados con esta constitución y guiados del espíritu de provincialismo, lejos de uniformar, pretenden por el contrario mantener a todo trance prácticas y costumbres, que si en otro tiempo acaso han sido loables, no servirán en adelante mas que para debilitar o romper el sagrado vínculo que debe unir a todos los españoles (...) (...) El Congreso nacional, ha dicho ya el Sr. Argüelles (con su característico tino y sabia política), al destruir el sistema colonial de las Américas, ha echado los cimientos de su prosperidad y opulencia; pero si en los códigos pueden hacerse qualesquiera variaciones, lloverán (...) diluviarán informes y representaciones de los que no pueden vivir sino imbuidos en lo contrario, para que en las futuras Cortes se dicten leyes civiles que conserven a las Américas sin el nombre, pero con la realidad de colonias; y aun en el seno mismo de las Cortes se oirán diversas solicitudes de las diferentes provincias de la península, encaminadas a sostener con equivocada, aunque tal vez la mejor intención, los usos o fueros ventajosos a su país natal (...)».

²⁰⁵ F. MARTÍNEZ PÉREZ (ed.), *Constitución en Cortes*, p. 753: «El Sr. Leyva: No ha sido intención de la comisión establecer en este artículo una facultad de alterar substancialmente los códigos en lo relativo a América ó á la península, en términos que alguna parte de la monarquía goce menos ventajas que la otra, ni que sea menor en este ó aquel punto el influxo benéfico de las leyes. La comisión ha reconocido que este influxo debe ser absolutamente igual, y por tanto, considerando que algún pueblo de la península ó de ultramar, por circunstancias particulares, podía exigir algún estatuto (que no necesitan otros) para su propio bien, ha entendido ser necesaria alguna clase de variaciones. La ría de Bilbao, por exemplo, dará ocasión en el código comercial á ciertos cánones que no serán útiles ni aplicables á todos los pueblos de la península ó ultramarinos: tal es el verdadero sentido é inteligencia del artículo. Hemos estado muy lejos de creer que puedan hacerse leyes que impidan la prosperidad de alguna porción de la monarquía». «Votóse el artículo y fue aprobado».

²⁰⁶ Optan por esta interpretación B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 85, nota 81, «Historia jurídica y código político: los derechos forales y la constitución», en *El código y el fuero*, 19-40, p. 22, y *Revolución científica*, p. 70, en alusión a las excepciones aduaneras y fiscales. Por el con-

samente como meta, empujaba hacia su erradicación, en la medida en la que, indirectamente, ofrecían apoyo y refugio a situaciones de privilegio de insostenible perpetuación. Es más, cabe interpretar que este mandato codificador, en cuanto que promovía una ambiciosa remodelación de las estructuras jurídicas vigentes, portaba implícita una sustantiva negación de la herencia histórica sustentada sobre la desigualdad y el particularismo. Con el añadido de que dictado en un momento constituyente, compartía nicho con otras disposiciones encaminadas en idéntica dirección: la reducción a la unidad de los diversos fueros, jurisdicciones y excepciones que hasta entonces habían hecho irrealizable el sueño del código²⁰⁷. No parece, con todo, que en la intención del legislador constituyente latiese algún tipo de animosidad contra unas peculiaridades forales que todavía estaban lejos de afirmarse como el insuperable obstáculo que, a la postre, empujaría a nuestro proceso de codificación hacia un desenlace adverso a sus principios fundamentales originales. Aunque, como Argüelles dejaba muy claro en su *Discurso Preliminar*, para lograr la uniformidad del «código universal de las Españas» —esto es, la Constitución—, no sería imprescindible la homogeneización jurídica de todo el territorio nacional, pero sí aceptar ciertas renunciaciones que asegurasen la instauración de un sistema común y la preservación de la igualdad de derechos proclamada en el texto constitucional²⁰⁸.

trario, que perseguía garantizar la supervivencia de los derechos forales ha sido defendido por E. ROCA TRIAS, «La codificación y el derecho foral», en *Revista de Derecho Privado*, 4 (1978), 596-642, p. 596, y «El derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1 (1979), 7-36, aunque da la impresión de desdecirse en «El Código civil, derecho supletorio», en B. CLAVERO/P. GROSSI/ F. TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania entre derechos propios*, 535-572, p. 537-538, nota 6, donde alude a la instrucción dada por la Junta Suprema del Principado de Cataluña a los diputados catalanes, en el sentido de que reconociesen las ventajas políticas que resultarían de uniformar la legislación de los derechos de todas las provincias de la Monarquía para que no quedase ésta, después de la crisis que se vivía, convertida en un cuerpo compuesto de partes heterogéneas, así como a los términos en los que se pronunciaba Argüelles en el discurso preliminar de la Constitución. Por su parte, C. J. MALUQUER DE MOTES, *La codificación civil en España*, pp. 1084-1085, sin pronunciarse claramente, recuerda que ya en las Cortes de Cádiz se advirtió sobre la dificultad de la realización del código por carecerse de textos de legislación foral, y que en las comisiones se incluyeron diputados catalanes.

²⁰⁷ Cfr. B. CLAVERO, *La idea de código*, p. 81-83.

²⁰⁸ A. DE ARGÜELLES, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, introducción de L. Sánchez Agesta, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 96-97: «No se detendrá la Comisión en referir las causas que se han opuesto a los saludables efectos de estas leyes en todos los reinos de España, porque son las mismas que destruyeron la libertad política (...) no puedo menos de exponer que la falta de enlace y uniformidad de los diferentes códigos de nuestra legislación, que están hoy día en observancia, demuestra hasta la evidencia la necesidad de establecer un sistema de legislación, sin el cual son inútiles o ineficaces las mejores leyes civiles y criminales (...). Estas reglas no solo han de servir para la formación de nuevas leyes, sino para dirigir a las Cortes en la derogación o reforma de las que sean incompatibles con el nuevo sistema planteado por la Constitución»; p. 101-102: «La igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución en favor de todos los naturales originarios de la monarquía, la uniformidad de principios adoptada por V.M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la nación, debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la

Con independencia de cuál sea la correcta interpretación de esta controvertida previsión, lo cierto es que este importante precepto revestía de rango constitucional a un programa codificador que, a pesar de nacer, en alguna medida, lastrado por su ubicación en un título, el dedicado a la administración de justicia, que le hurtaba la deseable impronta como fundamental²⁰⁹, conseguiría prolongar extraordinariamente su trayectoria en virtud de su reiterada formulación, con variaciones en su literalidad, en las sucesivas constituciones promulgadas a lo largo del siglo. Era evidente, además, la influencia francesa –también visible en su precedente de Bayona–, reflejada en la disociación como codificables de los ámbitos civil y mercantil, al tiempo que la tasación de los sectores normativos afectados por este mandato dejaba fuera otras materias básicas, principalmente las administrativas y, lo más sorprendente, las procesales, que aunque se entendían, igualmente, necesitadas de una profunda reforma, ésta se encomendaba a la aplicación de otras recetas de distinta naturaleza. Y asimismo conviene subrayar que no se ofrecía indicación alguna acerca de cuáles deberían ser el contenido de los códigos anunciados, sus directrices ideológicas informadoras y su procedimiento de elaboración. Estruendosos silencios que sumados a la repetida apelación, como anhelo supremo, a un código universal²¹⁰, de incierta delimitación, inducen a sospechar si, en realidad, tan famosa y celebrada disposición respondía menos a un auténtico plan racional que a un mero afán de emulación de los logros obtenidos en ámbitos foráneos²¹¹.

Poco se pudo avanzar, sin embargo, mientras se dilató la situación de conflicto bélico. En abril de 1813 el diputado José Martínez hacía una llamada de atención sobre la urgente necesidad de la creación de las comisiones que debían acometer las tareas conducentes a la realización de los códigos²¹². Pero no lle-

diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones (...). La diferencia, pues, no podrá recaer en ningún caso en la parte esencial de la legislación. Y esta máxima tan cierta y tan reconocida no podrá menos de asegurar para en adelante la uniformidad del Código universal de las Españas».

²⁰⁹ B. CLAVERO, *Origen constitucional*, p. 67. No obstante, esta misma localización sistemática en el título V: «De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal» ponía en relación el artículo 258 con la unidad de las jurisdicciones civil y penal consagrada en el artículo 248: «En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas».

²¹⁰ Esta idea de promover un único código comprensivo de las diferentes ramas identificadas como codificables llegó a plantearse en la Comisión de Constitución en su sesión de 29 de agosto de 1811, si bien el asunto quedó pendiente para la reunión del día siguiente, en la que se decidió la redacción definitiva. M.^a C. DÍZ-LOIS, *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 176: «se presentó a la deliberación el artículo que trata de que sea uno mismo el Código civil, el Criminal y el de Comercio para toda la Monarquía».

²¹¹ Posibilidad que aventuran A. M.^a BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, pp. 248-249.

²¹² Para ello, proponía que se nombrasen los individuos integrantes de cada una de ellas, que en las tres se incluyesen algunos diputados, y en la de comercio dos comerciantes, que se les facilitasen todas las informaciones y documentos que pudiesen serles útiles, y que sus miembros, al discutirse los proyectos en las Cortes, acudiesen al Congreso para exponer sus opiniones y juicios y para responder a las dudas que se les planteasen. M. PESET REIG, *La primera codificación liberal*, p. 134.

garon a ser nombradas en esta legislatura extraordinaria, y durante las ordinarias de 1813-1815 obstáculos procedimentales de funcionamiento interno retrasaron, hasta hacerlo inviable, el inicio de los trabajos de codificación²¹³, pues cuando, por fin, en abril de 1814, se consiguió cerrar la designación de los miembros de las distintas comisiones²¹⁴, el pronto retorno de Fernando VII truncó las ya escasas expectativas existentes de llevar adelante el proyecto. Las circunstancias enormemente adversas fabricadas por la guerra, la miseria, las epidemias y la grave desestructuración de la trama política e institucional lo habían convertido en prácticamente irrealizable.

5. CLAUSURA DE UNA ETAPA SIN CÓDIGO, PRELUDIO DE LA CODIFICACIÓN LIBERAL

La restauración del absolutismo con la vuelta al trono de Fernando VII inaugura una larga etapa de agitación, confusión y conflicto, durante la cual el apenas esbozado plan de codificación dio la impresión, salvo en el paréntesis del trienio liberal, de perderse en el olvido. No obstante, el hecho mismo de que el programa diseñado en el artículo 258 del texto doceañista reapareciese, con supresión de la reserva introducida en previsión de posibles variaciones y de las materias codificables, en el artículo 4 de la Constitución de 1837, en el artículo 4 de la Constitución de 1845, en el artículo 5 y en el transitorio de la fallida Constitución de 1856 y, con ligeros pero sustanciales cambios, en el artículo 91 de la Constitución de 1869 y en el artículo 75 de la Constitución de 1876, prueba que, junto a la difícil coyuntura política, operaban otros factores adversos que levantaban poderosas barreras frente a su cristalización.

Circunscribir la explicación de esta prolongada interrupción a la emergencia de una férrea resistencia de las regiones foralistas –poco o nada activa todavía en el período gaditano– frente a la dinámica de la unificación del derecho en

²¹³ El problema, en principio, planteado fue el de simultanear la dedicación a las tareas de la Comisión correspondiente con la asistencia diaria a las Cortes, por lo que se propuso aprovechar los nueve meses de suspensión de las sesiones y solicitar a los diversos establecimientos públicos que proporcionasen todas las noticias, libros y papeles que se les pidieran (sesión de 6 de noviembre de 1813). El 15 de noviembre fue aprobada una proposición del diputado Cao, en el sentido de que se incorporasen a la comisión encargada de elaborar el código civil personas ajenas al Congreso, en número no inferior a cinco y no superior a nueve. Pero incluso la elección de estos elementos externos tropezó con serias dificultades.

²¹⁴ El día 2 de abril de 1814 se acordó la composición de las comisiones. La del código civil estaba formada por los parlamentarios Oller, Zorrilla del Velasco, Romero, Ortiz y Hernández Gil, y como colaboradores Utgés, Espiga y Gadea, Sombiola, Ruiz Dávila, Martínez Marina, Tamaró y Lardizábal. La del código criminal por Díez, Lamiel, Sáenz González, Plandolit, y Rus y como colaboradores Calatrava, Argüelles, Quintana, Cuadros, Tapia, Moragues y Salcedo. Y la del código mercantil por Abella, Pujadas, Vadillo, Zallés y Riesco y Puente. Véase M. PESET REIG, *La primera codificación*, pp. 136-137, y R. GIBERT, *La codificación civil en España*, pp. 911-912. Sobre las vicisitudes de la formación de estas comisiones en estas legislaturas extraordinaria y ordinaria, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil (génesis e historia del código)*, I, pp. 58-59, y 5, *Codificación penal*, I, pp. 34-37.

el marco territorial del Estado comporta una noción gravemente reduccionista de las funciones que el código estaba convocado a desempeñar. Principalmente, equivale a ignorar que, como ya se ha subrayado, codificación y constitución representan dos vectores complementarios, que confluyen en un único proceso de colosales consecuencias: el orientado hacia la demolición del complejo entramado de particularidades y privilegios enraizados en la historia sobre el que se vertebraba el esclerotizado y caduco sistema social, económico y político que ahora se perseguía desmontar, con la consiguiente instauración de un nuevo orden jurídico que regulase y diese solidez al flamante modelo organizativo alumbrado por tan diversa y trascendental cadena de transformaciones²¹⁵. Ponerse a codificar comportaba, por tanto, un esfuerzo demasiado prematuro en tanto que no se diesen los pasos necesarios hacia la consecución de dos de los objetivos primordiales perseguidos mediante la gran convulsión provocada por el liberalismo y convertidos en su presupuesto: la identificación y proclamación legal, constitucional, de un catálogo de derechos fundamentales absolutamente inatacables y una radical modificación del régimen jurídico de la propiedad, que garantizase un ejercicio del derecho sobre la misma pleno, libre e individual²¹⁶. Unas conquistas que, no habiendo sido satisfechas por la Constitución de 1812, poco generosa en su reconocimiento de derechos, condicionada por severas ataduras religiosas y corporativas y bastante remisa en la consagración de las ansiadas libertades civiles y económicas²¹⁷, hubieron de buscarse a través de un avance lento, intermitente y plagado de detenciones y retrocesos; sobre todo, en el ámbito de la codificación civil, concebida para servir como clave de bóveda de todo el edificio en construcción, y cuyos hitos más destacados hallarán plasmación por cauces legislativos que discurren fuera de la norma constitucional.

Hay que anotar, con todo, que ya en el periodo gaditano registramos signos de que se estaban produciendo estimables progresos en la fijación del propio concepto de código. Así cabe interpretar, sin duda, el que términos, antes predominantes, como *arreglo* y *reforma* comiencen a ceder terreno ante palabras como *formación* y *redacción*, que portan una acusada connotación referida al levantamiento de un nuevo cuerpo legislativo sobre bases originales y diferentes a las preexistentes. Y cuando es del *código* de lo que se habla, se hace con un carácter más restrictivo y ajustado a los perfiles de su acepción más moderna²¹⁸. Se anunciaba, pues, la inminente asunción de los principios y objetivos realmente definidores de un proyecto codificador de aliento liberal: es decir, una

²¹⁵ Para B. CLAVERO, *La idea de código*, pp. 86-87, esta función de aniquilación de la desigualdad consustancial a las estructuras del Antiguo Régimen aporta la clave interpretativa fundamental del movimiento codificador decimonónico.

²¹⁶ Sobre estas mismas premisas construye su síntesis de nuestro proceso de codificación civil C. J. MALUQUER DE MOTES, *La codificación civil en España*, pp. 1085-1087; su desarrollo en las páginas siguientes.

²¹⁷ Un esclarecedor repaso al contenido de la legislación de las Cortes de Cádiz –decretos y preceptos constitucionales– en materia de derecho privado en B. CLAVERO, *Origen constitucional*, pp. 63-74.

²¹⁸ A. BARRERO GARCÍA y A. MORA CAÑADA, *Algunas reflexiones*, p. 249.

empresa ya no simplemente orientada a la sistematización y armonización de las leyes anteriores bajo criterios racionalistas, sino a la fabricación de un ordenamiento distinto, articulado sobre preceptos claros y precisos, internamente coherente y capaz de ofrecer soluciones adaptadas a las transformaciones políticas, sociales y económicas que determinan la superación de las anquilosadas estructuras del Antiguo Régimen y la instalación del nuevo modelo de Estado traído por las revoluciones burguesas. Faltaba, empero, la voluntad política imprescindible para acometer la espinosa tarea de intentar materializarlo, y más aún con el truncamiento de la insólita experiencia doceañista al finalizar la ocupación francesa. Ello explica que durante el intervalo absolutista que va de 1814 a 1820 abundasen las iniciativas privadas²¹⁹ que trataban de compensar, con nulo éxito, la flagrante despreocupación por mantener vivo el pulso de la ilusión codificadora que invadió las instancias oficiales. Y también que con el rebrote revolucionario que inflamó los ánimos y alimentó las perdidas esperanzas durante el Trienio liberal, y al amparo de la restitución de la Constitución de 1812, el viejo anhelo del código reverdeciese con renovadas fuerzas.

MANUEL BERMEJO CASTRILLO

²¹⁹ Una completa relación de las mismas en J. M. SCHOLZ, *Spanien*, V, «Rechtswissenschaftliche Initiativen», pp. 467-473.

