

UNA INTERPRETACIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

por

MARIANO PESET

Sobretiro de

MEMORIA DEL II CONGRESO DE HISTORIA DEL  
DERECHO MEXICANO (1980)



## UNA INTERPRETACIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

Mariano Peset

Yo, señores, no pretendo tratar un tema de la historia del derecho mexicano en sentido estricto; más bien voy a hablarles de la codificación española —tan llena de conexiones con la de México—, de los problemas que plantea el estudio de la codificación, que es un fenómeno general de Europa y América, analizar su sentido y sus avatares. Porque creo que la codificación posee problemas comunes durante su desarrollo en los siglos XIX y XX, entroncada con la historia general de un país o nación. Y, en este sentido, cada país ha de ser estudiado por sus especialistas: los historiadores del derecho mexicano tienen los medios y han demostrado su buen hacer en el estudio de su codificación. Me permitiré citar el buen trabajo de María del Refugio González,<sup>1</sup> como exponente de lo que afirmo. Yo, desde este convencimiento, procuraré exponer las líneas y problemas de la codificación española,<sup>2</sup>

<sup>1</sup> González, María del Refugio. "Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)", *Libro del cincuentenario del código civil*, UNAM, México, 1978, pp. 95-136; también reciente Anzoátegui, V. Tau, *La codificación en Argentina, 1810-1870. Mentalidad e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977. Una visión general, aunque anticuada, Quintano Ripollés, A.: *La influencia del derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid, 1953.

En estas páginas me atengo a las cuestiones y rasgos de la codificación española, de modo que mis referencias a la mexicana son meras sugerencias o búsqueda de paralelos, sin mayor pretensión.

<sup>2</sup> Un estudio conjunto sobre la primera etapa de la codificación española, Peset Reig, M., "La primera codificación liberal en España (1808-1823)", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVIII (1972) 125-157; recientemente se le ha conferido mayor importancia en los manuales más modernos, Gacto, E., *Temas de Historia del derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación*, Sevilla, 1979, o Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1979; la síntesis clásica, Antequera, J. María, *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886.

Por sectores, la *codificación civil* puede verse en Sánchez Román, F., *Estudios de derecho civil*, 2a. ed. Madrid, 1899, t. I, pp. 510-604; de Castro, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, pp. 185-210; de los Mozos, J. L., *Derecho civil español*, Salamanca, 1977, t. I, 1, pp. 188-258; Gibert, R., "La codificación civil en España (1752-1889)" *Atti del congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, 1977, II, 907-933; y, sobre todo, la gran aportación del Dr. Johannes-Michael Scholz, al *Handbuch der Quellen und Literatur der europäischen. Privatrecht*.

como una parcela importante de la Europa y americana y porque tiene —como no— lazos relaciones muy íntimas con la que se desarrolla en México por la misma época. Estos son pues mis límites y mis intenciones. Pretendo analizar el proceso codificador en un marco amplio y coherente, no voy a *relatar o describir* su desenvolvimiento, sino intentaré *entender o comprender* sus problemas: es decir, voy a intentar una tarea de interpretación histórica.

*trechtsgeschichte*, dirigido por el prof. Helmut Coing, cuyos volúmenes referidos al siglo XIX están a punto de aparecer. Agradezco al Dr. Scholz el haberme permitido consultar su aportación al vol. III, 1, Investigaciones particulares: Peña Bernaldo de Quirós, M., "Antecedentes del código civil vigente" *Anuario de derecho civil XVIII* (1965) 912-920; del mismo, "El anteproyecto del código civil de 30 de abril de 1888", *Anuario de derecho civil XIII* (1960) 1171-1193; Peset Reig, M., "Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821", *Anuario de derecho civil XXVIII* (1975) 29-100; Roca I Trías, E., "La codificación y el derecho foral" *Revista de derecho privado LXII* (1978) 596-642.

Acerca de la *codificación mercantil*, Rubio, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950; también Sainz de Andino, P., *Escritos*, en *Documentos del reinado de Fernando VII*, ed. F. Suárez y A. Ma. Berazaluce, 3 vols. Universidad de Navarra, 1968-1969.

Sobre *codificación penal*, aparte los manuales, y entre ellos Jiménez de Asua, L., *Tratado de derecho penal*, 3a. ed. Buenos Aires, 1964, I, pp. 755-779, Casabó Ruiz, J. R., *El código penal de 1822*, tesis doctoral inédita, Valencia, 1968, hay extracto impreso; Antón Oneca, J., "Historia del código penal de 1822" *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XVIII (1965) 263-278; Fiestas Loza, A., "Algo más sobre la vigencia del código penal de 1822" *Revista de historia del derecho* (Granada) II, 1 (1977-1978) 55-78; Castelon Calderón, R., "El proyecto Sainz de Andino de código criminal de 1830" *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 174 (1943) 38-41; Romero Girón, V., "Pacheco y el movimiento de la codificación penal en España en el presente siglo", *La España del siglo XIX*, Madrid, 1887, III, pp. 173-195; Antón Oneca, J., "El código penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco" *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XVIII (1965) 473-495; Cuello Calón, E., "Centenario del código penal de 1848. Pacheco, penalista y legislador. Su influjo en este campo legal" *Información jurídica*, 65, octubre 1948, 5 ss.; Castejón, F., "Apuntes de historia política y legislativa del código penal de 1848" *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 193 (1953) 105-113; Jiménez de Asua, L., "Don Joaquín Francisco Pacheco en el centenario del código penal español" *El criminalista*, IX (1951) 11-33; Teruel, D., "El código de 1848 en su centenario" *Revista de la escuela de estudios penitenciarios*, IV, 40 (1848) 8-13; Antón Oneca, J., "El código penal español de 1870" *Anuario de derecho penal y ciencias penales XXIII* (1970) 229-251; Núñez Barbero, R., *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969; Pérez-Prenedes, J. M., "La prensa y el código penal de 1870" *Hispania*, XXXI (1971) 551-579; Cobp, M., Rodríguez Mourullo, G. y otros, *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre la organización del poder judicial y del código penal de 1870*, Madrid, 1970, y, en general, González Miranda, *Historia de la codificación penal en España y ligera crítica del código vigente*, Madrid, 1907, así como Q. Saldaña en las adiciones al tomo I de la traducción de V. Liszt, de su *Tratado*. Acerca de la *codificación procesal*, los trabajos de V. Fairén Guillén, "Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855" *Actas del I Congreso Iberoamericano y filipino de derecho procesal*, Madrid, 1955, reproducido en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, I, pp. 19-111; también L. Prieto Castro, "La Instrucción del Marqués de Girona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real

### 1. *Revolución y codificación*

De todos es sabido que los primeros códigos son anteriores a la revolución liberal o burguesa: se denomina de esta manera viejos textos romanos, como el *Codex* de Justiniano o algunos textos medievales. Incluso, en Europa, durante el XVIII aparecen grandes códigos ilustrados —en Prusia, por ejemplo— anteriores a los cambios revolucionarios del XIX. Es verdad que, a través de ellos, los ilustrados pretendían cambiar un tanto las instituciones y las relaciones en el antiguo régimen, pero manteniendo su estructura estamental y las monarquías absolutas. Fueron, sin duda, precedentes, pero con muy diverso sentido y, por tanto prescindiré de esta etapa anterior de los códigos ilustrados.<sup>3</sup>

La revolución liberal —aparte precedentes de Holanda e Inglaterra— se origina con la revolución de 1789 en Francia, mientras poco antes la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica establecía otro potente foco del cambio social. A partir de estas naciones se extendería por Europa y América, si bien no como simple reflejo, sino basada en unos cambios anteriores en estos países. Porque conviene distinguir:

a) Una etapa más o menos larga de *transición* en la economía y la sociedad del antiguo régimen, que con sus lentas transformaciones ha generado unas clases sociales que se enfrentan a la vieja sociedad estamental. En España, comerciantes de Cádiz o Barcelona o en México, la burguesía criolla. Estas transformaciones —la realidad existente en las diferentes naciones— serán decisivas en el futuro de la revolución, de su posibilidad, de su mayor o menor intensidad, de sus vicisitudes.

b) en un momento determinado, estas clases sociales acceden al poder,

Justicia ordinaria", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 192 (1953) 114-133.

Por último, hay que mencionar los trabajos de Lasso Gaité, en la comisión general de codificación, con la edición de la *Crónica de la codificación española*, desde 1969, en la que han aparecido los volúmenes de organización judicial, procedimiento civil (1972), procedimiento penal (1975) y está a punto de publicarse civil, con los proyectos. También José Ramón Casabó ha editado en 1978, proyectos de códigos penales o criminales de 1830, 1831, 1834, 1938 y 1939. Y, asimismo M. Peña Bernaldo de Quirós, *El anteproyecto del código civil español (1882-1888)*, en *Centenario de la ley del notariado*, Madrid, 1965.

<sup>3</sup> Casabó, J. R., "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XXII (1969) 313-342; Peset Reig, M., "Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori" *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols. Valencia, 1974, II, 217-260; Clavero, B., "La idea de código en la ilustración jurídica", *Historia, instituciones, documentos*, 6 (1979) 1-40; del mismo, "La disputa del método en las postrimerías de una sociedad "1789-1808" *Anuario de historia del derecho español*, XLVIII (1978) 309-334; Scholz, J. M., en *Handbuch*, III, 1, en prensa, cap. III, 1 *Aufklärerischer Kodifikationsdiskurs*. En general, remito a dicho *Handbuch*, así como a Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a. ed. Gotinga, 1967, pp. 322-347 y Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna, I Assolutismo e codificazioni del diritto*, Bolonia, 1976.

y cambian la administración y la organización del Estado, en vista de asegurar su dominio y de facilitar esa transición que se había originado con anterioridad. La *revolución*<sup>4</sup> es —precisamente— esa conquista del poder y su nueva organización del Estado y de la sociedad. La legislación revolucionaria refleja estos cambios, a la vez que establece mecanismos que lo facilitan, como la desamortización, por poner un ejemplo.

El Estado liberal es un poder grande. Basta comparar los supuestos de la monarquía absoluta a los del nuevo estado, para que sea evidente cómo supera los antiguos poderes. O el número de sus funcionarios y burócratas... La idea de un estado liberal que deja hacer, que se limita a asegurar el orden y reglas del juego no corresponde a la realidad. La abolición de los señoríos concentra los poderes públicos. Dentro de su legislación, la codificación representa una importante parcela, que ha de ser objeto de mi análisis.

¿Qué significado tendrán los códigos en este contexto político y social? ¿Por qué razones se generan y qué funciones cumplen? ¿Por qué en ocasiones se retrasa su promulgación, mientras en otras aparecen en forma precoz? La codificación es un capítulo de la historia de la revolución liberal.

Francia fue la primera en establecer estos códigos, a partir de 1804 con el *Code des français* o *Code Napoléon*,<sup>5</sup> en materia civil. Inglaterra o Estados Unidos poseen un sistema de derecho diferente, si bien Luisiana aceptó pronto, con retoques aquel código. Napoleón lo introdujo en Holanda y, aunque sin éxito, en España. Se extendió por algunos cantones suizos... Una nueva técnica de legislar y unos nuevos principios de derecho sustantivo o procesal proliferan en las distintas naciones: constituciones y códigos representan esas transformaciones... Determinadas materias jurídicas se revisten de estas forma, se codifican.

Desde las postrimerías del antiguo régimen se percibe en la península y las Américas un intenso deseo de cambiar la legislación. Por una parte, por razones técnicas de un mejor conocimiento de las normas

<sup>4</sup> Sin recoger aquí la bibliografía histórica de la época a que me refiero —Torreño, Lafuente, Pirala, etc.— remito a Tuñón de Lara, M., *La España del siglo XIX*, 4a, ed. Barcelona, 1973; Artola, M., *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Madrid, 1973; Martínez Cuadrado, M., *La burguesía conservadora (1874-1931)*, Madrid, 1973; Fontana, J., *La revolución liberal (política y hacienda 1833-1845)*, Madrid, 1977; Artola, M., *Antiguo régimen y revolución liberal*, Barcelona, 1978; por lo demás, acerca del tema, Acosta Sánchez, J., *El desarrollo capitalista (Aproximación metodológica)*, Barcelona, 1975 y, es fundamental, Clavero, B., "Para un concepto de revolución burguesa" *Sistema*, 13 (1976) 35-54 y Clavero, B., Ruiz Torres, P., Hernández Montalbán, F. J., *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979.

<sup>5</sup> Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte*, pp. 322-543 sobre la codificación en general; pronto aparecerán los volúmenes del *Handbuch* de H. Coing y colaboradores. Acerca del código francés, Savatier, R., *Bonaparte et le Code civil*, París, 1927; Arnaud, A. J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969; del mismo, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973.

—piénsese que la Recopilación de Indias databa de 1680—. Por otra, porque se pretende una remodelación del antiguo régimen que le permita sobrevivir, ante su indudable crisis en el xviii, razones de fondo, junto a las de mera técnica. Las cortes de Cádiz van a sentir, además, otras razones de tipo revolucionario para la transformación del Estado y de la sociedad. Desde 1810 Espiga y Gadea, diputado catalán, propone la elaboración de nuevos códigos; las cortes, ocupadas con la constitución —el más importante de ellos—, tardarían en iniciar los trabajos. El artículo 258 de la constitución de 1812 establecía: “El código civil y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las cortes”. Se hacía esta salvedad, pensando, sobre todo, en América. . . Este artículo sería decisivo para la determinación de las materias a codificar.<sup>6</sup>

Es evidente que, en los primeros años, la restricción a solos estos tres códigos no está precisada. La palabra código posee un sentido más amplio, aplicable a textos romanos o medievales, a textos ilustrados. . . Incluso el repertorio francés fue más amplio, incluyendo los procesales y aún otros muchos. . . Durante el trienio liberal (1820-1823), pareció que otras numerosas materias habían de recibir un tratamiento codificador. Se promulga el código penal de 1822 y se redacta una parte del proyecto de código civil, pero junto a ellos un proyecto de código de instrucción criminal, un proyecto de código sanitario —son años en que la fiebre amarilla azota la península—, y se habla de un proyecto de código rural que había de recoger todas las cuestiones referidas al agro, en una España agrícola y ganadera. . . El ansia codificadora parece extenderse a muy diversas materias.<sup>7</sup> En el futuro, sin embargo, la restricción establecida por el artículo de la Constitución de Cádiz, reduciría el ámbito de la materia codificable. ¿Simple consecuencia del azar o posee algún significado el limitar o extender las materias codificables? ¿Hemos de pensar que tiene relevancia el hecho de llamar código o no a un conjunto de normas reunidas en un libro más o menos extenso?

Creo que sí, al igual que la constitución, que es un tipo de ley política fundamental, los códigos poseen una intención precisa y llevan en su denominación e intenciones una fuerte carga valorativa. Se decía que sólo son civilizadas las naciones que tienen una constitución y la nueva época se debía caracterizar, en lo jurídico, por la promulgación

<sup>6</sup> Peset Reig, M., “La primera codificación”, pp. 129-136. Sobre la constitución de Cádiz, Martínez Sospedra, M., *La constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, 1978, p. 268 acerca del artículo 258 y su conexión con América; remito a su bibliografía, sin dejar de destacar el número dedicado por la *Revista de estudios políticos*, núm. 126 (1962).

<sup>7</sup> Peset Reig, M., “La primera codificación”, pp. 137-152. Esa misma amplitud en la utilización de la idea de código, puede verse en *Les trente-six codes français*, Marsella, 1845, aparecen otros más que los cinco clásicos; algunos promulgados como tales códigos, otros son simplemente leyes, aparte los políticos.

de códigos liberales; quisieron éstos significar una legislación clara y sencilla, más racional que la anterior —más adaptada a los tiempos—, aprobada por la representación de la nación y que consagraba los principios de un nuevo orden. Pero, ¿por qué no aplicar esta técnica a todas las materias? Porque los códigos pretendían ser instrumentos de educación jurídica del pueblo de las personas, al igual que la constitución. Pretendían señalar sus derechos más esenciales y los cauces de desenvolvimiento de las personas dentro del marco determinado por el poder. El código criminal determinaría los límites de la conducta tolerada, el civil y el de comercio las normas que afectan a la vida privada; los de procedimiento —si se les confiere esta denominación—, las causas y pleitos en que intervienen los particulares... Las restantes leyes y normas se dirigen a establecer la organización del Estado y se escriben para autoridades, funcionarios o, en todo caso, para juristas, a técnicos del derecho o burocratas para indicarles, con minuciosidad las reglas por donde han de regirse. Un análisis de disposiciones orgánicas o instrucciones confirma de inmediato estas apreciaciones; léase cualquiera de estas leyes y se percibirá que quienes actúan en las mismas son las autoridades o funcionarios, con las reservas que sin duda existen. En cambio, los códigos se dirigen con mayor amplitud a todos, aún cuando existan restricciones en el código de comercio o en el civil, en donde la mayor parte de los preceptos se dirigen a personas o clases determinadas. La presunción o ficción de que el derecho es conocido por todos —el artículo 26 del Código Civil español de 1888-1889—, se completa a través de los códigos o la constitución, como una decidida intención de hacer posible su lectura más generalizada y su difusión entre las personas. Otra cosa será si se logra o no: los liberales quisieron dar a conocer con más amplitud la legislación en general, al sustituir los mecanismos de circulación y promulgación por pregones de las normas, por su publicación en gacetas o periódicos oficiales. Respecto de los códigos, con su sencillez y su concisión, con la estructuración de las materias, quisieron que sirviesen de propaganda de sus principios.<sup>8</sup>

Así mismo, los códigos como las constituciones, tenían una pretensión de duración. Otra cosa es que vayan cambiando con frecuencia por la inestabilidad de la base —en Francia, en cambio, se mantienen más estables—. Las indudables influencias del derecho natural en los años revolucionarios, presumen de establecer un derecho para siempre basado en unos principios inmutables, eternos, frente a la legislación del anti-

<sup>8</sup> Ya en el proyecto de 1821 se ocuparon de la promulgación de las leyes. M. Peset Reig, "Análisis y concordancias", pp. 41-46; después se dictan varios decretos, que desarrollan —como aquel proyecto— los Arts. 154-155 de la constitución de 1812: reales órdenes de 22 de septiembre de 1836 y 4 de mayo de 1838, ley de 28 de noviembre de 1837, *Colección decretos*, XXI, 415-416, XXIV, 182-183 y XXIII, 338-339. Gómez de la Serna, P., Montalván, J. M., *Elementos de derecho civil y penal de España*, Madrid, 1840-1841, 3 vols. I, pp. 3-14 dedican su estudio preliminar a la ley, su formación, promulgación, efectos y aplicación, así como a la costumbre.



guo régimen que basa, en parte, su autoridad en su aplicación durante siglos. Y naturalmente, las disposiciones referidas o impuestos o a ferrocarriles, a la organización concreta de la administración no logran esa conexión con principios inmutables, quedando a disposición de los gobernantes de cada momento. De ahí que no se intente —salvo excepciones— su codificación.

### *El poderoso estado liberal*

Sobre las ruinas del antiguo régimen, a partir del triunfo de la revolución, se va a implantar el nuevo poder liberal. En España o en México con enormes dificultades —como en la generalidad de las naciones— es un cambio difícil. Y ello por varias razones. La fundamental, porque la burguesía, los liberales no lograron acuerdo acerca de la nueva organización del estado y de la sociedad; los unos, pensaron mantener en líneas generales la situación existente, atenuada por algunas reformas, mientras otros pretendían llevar la revolución más adelante. La iglesia y su función fue, a ambos lados del Atlántico, la piedra de toque de esta oposición, que, de otra parte, revela dos fracciones distintas de la sociedad. La burguesía no era débil —como se ha pretendido decir respecto de España—, sino estaba dividida. ¿Acaso en México la burguesía criolla no era poderosísima? ¿A quién estaba enfrentada en los años siguientes a la independencia? No. Se trata de una cuestión de enfrentamiento entre dos facciones: ya desde los años del trienio liberal existen exaltados y moderados, veinteañistas y doceañistas, después progresistas y moderados, que no son capaces de ponerse de acuerdo en un mínimo común...<sup>9</sup> Como en México liberales y conservadores, federalistas y centralistas... Sus diferencias son políticas y, sin duda, económicas y sociales.

No se ponen de acuerdo para una práctica parlamentaria y electoral mínima, de forma que cuando gobiernan unos u otros cambia el sentido de la legislación —incluso la constitución—. El caciquismo hispano o la elección amañada, el pronunciamiento o la intervención real son las bases de la historia política peninsular. El ejército interviene constantemente, se divide y luchan entre sí: la gran guerra carlista (1833-1840), termina con el absolutismo, pero no con los pronunciamientos y cambios de sentido de la revolución. Por último la

<sup>9</sup> Todavía no existe un estudio decisivo sobre la burguesía hispana, aparte las referencias de la nota 4, puede verse Jutglar, A., *Ideologías y clases en la España contemporánea*, 2 vols. Madrid, 1971 y su *Historia crítica de la burguesía a Catalunya*, Barcelona, 1972; Tuñón de Lara, M., *Estudios sobre el siglo XIX español*, Madrid, 1971; R. Carr, *España 1808-1939*, Barcelona, 1970; Fontana, J., *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo XIX*, Barcelona, 1973; Artola, M., *Partidos y programas políticos 1808-1936*, 2 vols. Madrid, 1974; Varela Ortega, J., *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración*, Madrid, 1977; Martínez Cuadrado, M., *Elecciones y partidos políticos de España 1868-1931*, 2 vols. Madrid, 1969.

intervención extranjera, en 1823 las potencias europeas reintroducen el poder absoluto de Fernando VII, mientras la guerra con los Estados Unidos —que apoyan a los liberales y quieren la revolución, a la vez que buscan su conveniencia—, supone graves dificultades para la consolidación de México.

La burguesía española contaba con los medios para lograr el poder y organizar un poderoso gobierno; la nobleza había pactado con ella y se había transformado —con sus tierras—, en burguesía, aparte títulos y algunas manifestaciones externas que no afectan a su papel y deseos. Poseía así mismo un repertorio de grandes ideas para impulsar los cambios: la igualdad o la libertad, la racionalización, desde su punto de vista, de la sociedad del antiguo régimen... El derecho natural estaba orientado en su favor y las leyes completaban las ideas con una acción eficaz sobre las realidades. El cambio había de lograrse en dos direcciones:

a) La estructuración del sector público u organización del poder, que, en sus líneas maestras o en sus principios, estaba consagrada en la constitución de Cádiz de 1812 o en las que le siguieron. A través de los textos constitucionales se presentaba la nueva ideología —cuando se reforma la constitución de 1812, en el año 1837 se le acusa de ser excesivamente prolija, larga—<sup>10</sup> ¿No es esta objeción buena prueba de que se pretende un texto sencillo dirigido al pueblo? Los principios liberales, la división de poderes o los derechos fundamentales debían quedar claros y con gran posibilidad de atracción para asegurar la revolución. Pero, las restantes leyes que regulaban la organización interna del estado liberal no requerían la forma de codificación. La regulación del ejército o de la iglesia —que el nuevo Estado quiere interiorizar en mayor grado que en antiguo régimen—, los tribunales o la administración, los funcionarios, las universidades... O la hacienda pública que requiere nuevas formas de ingreso y que se reestructura en forma definitiva en 1845.<sup>11</sup>

En todas estas materias no es menester utilizar el cauce de los códigos. Están sujetas a una mayor variación, se dice, por razón de cambios; son más dependientes de la política de cada momento. Están sujetos al

<sup>10</sup> Diario Cortes, Congreso 1836, apéndice primero al número 43, Dictamen de la Comisión de Constitución.

Acerca del sentido popular de la constitución, Peset, M., "La enseñanza de la constitución de 1812", en *Estudios sobre la constitución de 1978*, en prensa. En general, una idea de las constituciones españolas en Tomás Villarroya, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1976; Solé Turá, J., Aja, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, 2a. ed., Madrid, 1978.

<sup>11</sup> García de Enterría, E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972; del mismo, *La administración española*, Madrid, 1972; Santamaría Pastor, J. A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973; Nieto, A., *La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad*, Madrid, 1967. Sobre las reformas de la hacienda en 1845, Estapé, F., *La reforma tributaria de 1845*, Madrid, 1971; Fontana, J., *La quiebra*

gobierno y a la administración y la dependencia de los funcionarios hace innecesaria su estructuración en códigos. No interesa extender su conocimiento en forma más generalizada, salvo a través de la constitución que, con sus preceptos determina la seguridad de los ciudadanos; nótese que asegura la pervivencia de la organización y las garantías de los ciudadanos, que se consideran las únicas cuestiones que pueden interesarles.

b) Pero hay otro sector que sí que les afecta más directamente y merecería la elaboración de códigos: es el derecho penal y las zonas del derecho privado, el derecho civil y mercantil, incluso, aunque en España no llevan esa denominación, el derecho procesal. Zonas de mayor estabilidad y zonas donde se trata de sistematizar desde los principios un conjunto de preceptos. Zonas que afectan a la generalidad, o al menos a la burguesía comercial y propietaria... Los códigos unen a su carácter de regulación de las cuestiones, una presentación sencilla y clara para que llegue a los más, un poder de convicción intencionalmente buscado que sirve de propaganda. Son normas y son principios que deben consolidarse.

Si examinamos los planes de estudio liberales en España,<sup>12</sup> y nos detenemos en la facultad de derecho, encontraremos que la mayor parte de estos estudios se hallan referidos a los códigos. La desproporción entre las asignaturas destinadas al estudio de los códigos y de la legislación no codificada es grande. Incluso antes de codificarse se suele emplear la expresión códigos. Todo ello plantea de inmediato una cuestión: ¿Las facultades de derecho, aparte su función de estudiar y enseñar las leyes, no entran en el mecanismo a que he aludido de difusión y convicción que intentan los códigos? Creo que es evidente que en la formación de los juristas se procura aparte de un aprendizaje, transmitir una ideología, tanto de principios como de un modo de discurrir liberales. Si bien, la mayor proporción de las materias codificadas se debe a que a través de ellas se logran mayores posibilidades de posterior actividad en el bufete. En los años cuarenta del pasado siglo, en algunas reformas, parecía que las materias políticas y administrativas —los fun-

*de la monarquía absoluta (1814-1820). La crisis del antiguo régimen en España*, Barcelona, 1971; del Moral Ruiz, J., *Hacienda y sociedad en el trienio constitucional 1820-1823*, Madrid, 1975; Fontana, J., *Hacienda y estado en la crisis final del antiguo régimen español 1823-1833*, Madrid, 1973; Fontana, J., *La revolución liberal (política y hacienda 1833-1845)*, Madrid, 1977.

<sup>12</sup> Peset, J. L., *La universidad española (siglos XVIII-XIX) Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974, pp. 679-706; con mayor detalle en Peset Reig, M., "La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)" *Anuario de historia del derecho español*, XXXVIII (1968) 220-375; Peset Reig, M., "Universidades y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)" *Anuario de historia del derecho español*, XXXIX (1969) 481-544; Peset Reig, M., "El plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las facultades de derecho", *Anuario de historia del derecho español*, XL (1970) 613-651. También Álvarez de Morales, A., *Génesis de la universidad española contemporánea*, Madrid, 1972.

cionarios— iban a ser formados en escuelas de administración, si bien más adelante se englobarían en el programa de la facultad de jurisprudencia. Pero volvamos de nuevo a las vicisitudes de la codificación española.

### *El proceso codificador*

En esta última parte procuraré trazar las líneas de la codificación española, sus períodos y sus textos. Pero —repito— no en una descripción cronológica, sino buscando la comprensión de su sentido.

En las revoluciones liberales el primer paso en el orden jurídico es la constitución: como programa de cambio y afirmación de los logros políticos conseguidos. Se anuncia gozosamente la buena nueva de que se ha iniciado una nueva época, se articula el nuevo estado y se fijan las garantías de los ciudadanos. Francia lo hizo con la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 y la constitución de 1791, España en 1812 y México en 1824; desde el inicio se fija la meta política alcanzada, como anuncio de un nuevo orden, que expresa la conquista del poder.

Después se completa —dentro de los esquemas liberales— con una serie de disposiciones. Las primeras suelen ser de carácter penal, para garantizar la nueva situación; se reorganiza la administración —dentro de ella, los aspectos financieros son muy importantes— y, por fin, se abordan las cuestiones civiles y mercantiles, aun cuando sean muy importantes. Ahora bien, es evidente que se podrá realizar el cambio a través de leyes o de códigos: depende, entre otras cosas, de las posibilidades de acuerdo o de la mayor o menor aspiración a convencer y buscar adhesiones. No se trata de establecer más que un cierto criterio de los acontecimientos, no una ley histórica, ya que son muchas las variables a tener en cuenta. En España, se comenzó por el código penal de 1822, ampliamente difundido en Latinoamérica; significaba el respaldo penal de una nueva constitución, en cuanto velaba por el estado y sus órganos, o por la nueva propiedad y por la familia... Venía a asegurar la perduración de la revolución y de la constitución.

En cambio, en las zonas privadas —la propiedad— fue más lenta la codificación española; y ello, por tres tipos de razones:

a) Sin duda, por razones *técnicas*, ya que había mayor complejidad en su regulación, existían más cuestiones a decidir, más intereses en juego que exigían mayor prudencia. Se retrasó, nada menos que hasta el año 1888-1889 —también en México hasta 1870—. Pero no basta este tipo de razones, ya que un proyecto se puede realizar con facilidad; sobre todo, en una época, en que, a pesar de la fuerza del nacionalismo —la nación es idea clave para los liberales—, se imitan o recogen materiales franceses. Y no cabe hablar de desnacionalización del derecho, pues a los liberales les interesa unas soluciones e ideas procedentes de Francia, para cimentar con la nueva legislación un proceso de cambio

propio. En Alemania se empleó con éxito el nacionalismo contra la revolución, porque las condiciones sociales y políticas no eran las adecuadas. En España hubo numerosos proyectos, desde el privado de Gorosabel en 1832 a los elaborados por la comisión general de codificación a partir de 1843, que desembocan en el de 1851, muy influido por el *Code Napoléon*. Los moderados lo presentaron como solución, pero se descartaría por la oposición foralista, de aquellos territorios que conservaban un derecho propio, singularmente Cataluña. Durán y Bas, apoyado en las ideas de Savigny figura a la cabeza de quienes lo rechazaban...<sup>13</sup>

b) Aquí surgen ya las cuestiones *políticas*. La guerra carlista había terminado con la especial organización de Vascongadas y Navarra en materias de derecho público; una serie de disposiciones de 1839 y 1841 solucionaba estas dificultades, permitiendo un Estado centralista. Ahora bien, quedaban diferencias en derecho civil en estos y otros territorios; en Galicia, en Cataluña, Aragón o Mallorca, que habían perdido su organización política a inicios del siglo XVIII, pero había quedado subsistente su derecho privado.<sup>14</sup>

Los políticos y los intereses que estaban tras ellos no supieron alcanzar un acuerdo; los moderados o conservadores que promovieron el proyecto de 1851 no lograron convencer a algunas fracciones acerca del rumbo de la revolución. La oposición foralista, que el doctor Scholz ha de presentar mejor, recoge intereses que no encuentran solución en el proyecto que fue, de momento, suspendido. Influiría en el Código Civil mexicano de 1780, y éste a su vez sobre el definitivo Código español, según parece. Pero de momento, los políticos no encontraron una solución viable para todos; no se trata de una pugna entre unidad y diversidad, como problema técnico o de doctrina jurídica... Pero ¿Era posible retrasar la codificación civil? ¿No era urgentísima la promulgación del código? No; de momento se optaría por leyes especiales. Curiosamente, el código de comercio se había aprobado en 1829, en tiempos de absolutismo y hasta 1885 los liberales se limitaron a corre-

<sup>13</sup> Acerca de la oposición foralista remito a las páginas de Scholz, a punto de aparecer en el *Handbuch*, III, 1; también Roca I. Trías, E., "La codificación y el derecho foral", citadas en nota 2. Con este motivo, se intentaría una serie de leyes especiales en las materias más urgentes, como la hipotecaria de 1861, ley del notariado 1862, ley de aguas de 1866, ley de matrimonio civil de 1870, etc., sin embargo, estas no podían cumplir con la función del código.

<sup>14</sup> Sobre la nueva planta en Cataluña, Mercader Riba, J., *Felip V i Catalunya* Barcelona, 1961, que recoge trabajos anteriores; sobre Valencia, Peset Reig, M. "Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia" *Anuario de historia del derecho español* XLII (1972) 657-716, aparte otros trabajos sobre el tema; en la actualidad colaboro con José Luis Soberanes en un estudio de las transformaciones audiencias de Valencia y México en los siglos XVIII y XIX. La legislación para Navarra y Vascongadas puede verse en Santamaría Pastor, J. A., Rebollo, E., Martín-Artajo, R., *Documentos para la historia del regionalismo español*, Madrid, 1977, pp. 513 ss. 717 ss.

girlo a través de leyes. En cambio, el código civil tardaría, pero no importaba demasiado.

c) Y no importaría, si consideramos la función del código civil en su exacto significado, según lo que hemos ido viendo. Los cambios de fondo en materia de propiedad y sus derivaciones podían y se querían hacer a través de leyes que, paulatinamente transformasen las estructuras del antiguo régimen; el código en su función de propagador de los nuevos principios podía haberse hecho al inicio, pero, si no se hacía no por ello cesaba el cambio. Se dejó para el final, como consolidación de un proceso revolucionario.

Es evidente que una legislación continua establece en la España del XIX los logros revolucionarios. Se suprimen aduanas y se declara la libertad de comercio y de industria; desaparecen los gremios, se regulan las sociedades anónimas. . . O en un terreno más concreto, se promulgan las leyes de minas o de ferrocarriles, indispensables para el cambio profundo en la nueva economía capitalista o liberal. . .<sup>15</sup> A medida que se van presentando los problemas se solucionan por leyes concretas, que presentan ventajas para ahondar en los cambios. Por de pronto, que permiten parcelar o dividir las cuestiones que hubieran sido difíciles de zanjar de una vez todas ellas; incluso cabe una solución paulatina —de tanteo según las fuerzas existentes—, que va corrigiendo sus planteamientos: la desamortización puede servir de ejemplo, tanto en relación a los bienes sujetos a la misma, como a las formas de pago, etcétera. En segundo término, no requiere un consenso acerca de las líneas esenciales de las reformas, se puede aprovechar un determinado momento, una concreta legislatura o un impulso revolucionario, sin aguardar a ponerse de acuerdo: los moderados cierran la desamortización y alcanzan la aprobación de la iglesia para cuanto han realizado a través del concordato de 1851; durante el bienio progresista se reanuda, sin que se derogue cuando vuelvan a controlar el poder los conservadores. . .<sup>16</sup> Por fin, la legislación puede ampliarse desde el gobierno a través de

<sup>15</sup> Acerca del desarrollo capitalista de España, no estrictamente de las leyes. Ibarriato, J. A., *El Banco de España. Constitución, historia, vicisitudes y principales episodios en el primer siglo de su existencia*, Madrid, 1932; Canosa, R., *Un siglo de banca privada, 1845-1945*, Madrid, 1945; varios autores, *El Banco de España. Una historia económica*, Madrid, 1970; varios autores, *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX*, Madrid, 1970; Sánchez Albornoz, N., *España hace un siglo: una economía dual*, Barcelona, 1968; del mismo, *Jalones en modernización de España*, Barcelona, 1975 —en que recoge una parte de sus numerosos artículos—; Tortella, G., "El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España", *Moneda y crédito*, 104 (1968); del mismo, *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, 1975; Fontana, J., "La vieja bolsa de Barcelona (1851-1914)", en *La bolsa de Barcelona de 1851 a 1930: Líneas generales de su evolución*, Barcelona, 1961; Artola, M., Anes, R., Tedde, P., *Los ferrocarriles en España, 1844-1943*, 2 vols. Madrid, 1978; varios, *La banca española en la restauración*, 2 vols. Madrid, 1974.

Azagra, J., *El bienio progresista en Valencia. Análisis de una situación revolucionaria a mediados del siglo XIX (1854-1856)*, Valencia, 1978.