

Historia y codificación civil

Texto de:
Mariano Peset

La tradición europea

La codificación del derecho, su ordenación por el poder, ha sido constante a lo largo de los siglos. En la Roma tardía ya tuvieron esa intención el Código teodosiano y la gran compilación de Justiniano.² También los códigos antiguos que establecieron los reinos germánicos tras la caída del imperio de occidente, los visigodos, los ostrogodos o los francos. Durante la alta edad media el poder de los reyes no era suficiente para imponer su derecho, salvo en el ámbito de su corte y en sus órganos de gobierno; aún no intentan coleccionar sus mandatos y de monarcas anteriores. El derecho se inspira en costumbres y usos arcaicos, primitivos, con cierto componente germánico. Las ordalías o la venganza de sangre, la solución por la lid de los conflictos se extienden por toda Europa. Hacia comienzos de la baja edad media, en los siglos XI y XII, se produce el redescubrimiento del derecho romano justiniano. Las universidades de Bolonia y Padua, de Salamanca y Lleida, lo enseñan y cultivan. Las soluciones romanas parecen responder a las necesidades de aquellos tiempos. Habían aparecido ciudades o burgos, poblaciones de mercaderes que lograron privilegios y libertades de los monarcas o de los señores para sus tratos

La codificación del derecho, su ordenación por el poder, ha sido constante a lo largo de los siglos.

1. Texto preparado para mi conferencia del día 20 de noviembre de 2008, en las jornadas "Constitución, derecho foral y codificación civil", coordinadas por el profesor Francisco Javier Palao Gil.

2. Es obligado mencionar el clásico, Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953. Heredero del teodosiano es el *Breviario* de Alarico II.

La sociedad feudal se ha hecho más compleja, los tres estados altomedievales de nobles, clérigos y campesinos se ampliaron con los burgueses o habitantes de las ciudades, que gozaban de mayor libertad.

Cuando en octubre de 1238 se rinde la ciudad de Valencia, Jaime I se apresura a promulgar una *Costum* o *Consuetudines Valentiae*, inspiradas en parte en el derecho romano

y viajes, para elegir las autoridades de la ciudad. La sociedad feudal se ha hecho más compleja, los tres estados altomedievales de nobles, clérigos y campesinos se ampliaron con los burgueses o habitantes de las ciudades, que gozaban de mayor libertad. En el *Libro de los estados* del infante don Juan Manuel se percibe la diferenciación del tercer estado, junto a los campesinos se refiere a clases urbanas.

Los juristas se forman en el derecho romano, lo estudian y comentan, lo adaptan a la realidad del presente. Al mismo tiempo recogen por escrito las viejas costumbres, en el *Libro de los fueros de Castilla* o en el fuero de Cuenca, en las *Costums de Lleida* o en el Espejo de Sajonia... Los monarcas a veces sancionan estos cuerpos del derecho, legislan también sobre conflictos o cuestiones que se presentan; incluso promulgan algunas ordenaciones inspiradas en derecho romano, que pretenden aplicar como norma regia. Cuando en octubre de 1238 se rinde la ciudad de Valencia, Jaime I se apresura a promulgar una *Costum* o *Consuetudines Valentiae*, inspiradas en parte en el derecho romano —texto que sólo ha llegado a nosotros refundido en los *Furs*—. Hasta entonces en la conquista del norte, desde Morella a Burriana, había concedido cartas pueblas a fuero de Teruel y Zaragoza, de Lleida... Ahora instaura un derecho nuevo, favorable a la monarquía y adaptado a las personas que habían venido a poblar. Pero en 1251 el rey prohíbe la intervención de abogados —como en Cataluña—, aunque después fueran repuestos. El rey desconfiaba de sus argucias, y sobre todo del derecho común romanocanónico que aprendían en las universidades. En algunos privilegios prohibió alegar las leyes romanas, decretos y decretales: se debía resolver por *Furs* y, si no eran suficientes, los jurados y consejeros acudirían al *bon seny e equaldat*. En 1261 aprueba los *Furs*, en los que recoge la *Costum*, para todo el territorio del reino, no sin algunas concesiones a los nobles aragoneses, que habían ayudado en la conquista. Su hijo y sucesor Pedro I volvió a prohibir que los abogados y razonadores citen decretos, decretales, ni leyes algunas, sino que se atuviesen a los *Furs*, "habeant foros Valentie in omnibus causis civilibus, et criminalis"; y si no son suficientes, que se resuelva con consejo y acuerdo de los prohombres de la ciudad y de los lugares.³ Una tarea análoga

3. Mariano Peset, "Observaciones sobre la génesis de los Fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas", *Ligarzas*, 3 (1971), 47-85; Pedro López Elum, *Los orígenes de los Furs de Valencia y de las cortes en el siglo XIII*, Valencia, 1998, 2ª edición, Biblioteca valenciana, 2001.

realizó Alfonso X en Castilla y León. En 1255 manda redactar el Fuero real, que fue concediendo a diversas ciudades y villas.⁴ Años después pretende establecer un derecho territorial, mediante las Partidas, magna obra con fuerte contenido de derecho común. Aunque hasta 1348 Alfonso XI, con el ordenamiento de Alcalá, no las pondría en vigor...⁵

En la edad moderna la legislación real se hace más copiosa, y los monarcas o las cortes procuran coleccionarla o recopilarla para que sus normas sean tenidas en cuenta por los abogados y tribunales. Es época de recopilaciones o colecciones ordenadas de normas de los reyes y de las cortes. En todo caso, usan una técnica análoga a Justiniano en Código y Digesto, que coleccionó las constituciones imperiales y los fragmentos de la jurisprudencia o doctrina de autores.

Los juristas aprenden en las universidades derecho romano, con concordancias y antinomias con el derecho real, que resuelven con apelación a la opinión común, acumulando autores para apoyar o decidir.⁶ El resultado es una práctica en los tribunales, que se inspira en el derecho romano y sus comentaristas, incrustando derecho real que, como preferente, puede ser decisivo. La técnica romana es el centro de la argumentación, acompañada de algunas citas del derecho real y multitud de autores para avalar que la solución propuesta por el abogado representa la opinión común. Es un derecho de casos o supuestos concretos que se pretenden resolver: el

En la edad moderna la legislación real se hace más copiosa, y los monarcas o las cortes procuran coleccionarla o recopilarla para que sus normas sean tenidas en cuenta por los abogados y tribunales. Es época de recopilaciones o colecciones ordenadas de normas de los reyes y de las cortes.

4. Trabajé sobre la presencia del Fuero real en "Los fueros de la frontera de Albacete: una interpretación histórica", *Congreso de historia de Albacete, II. Edad media*, diciembre de 1983, 4 vols., Albacete, Instituto de estudios albacetenses, 1984, II, pp. 31-47; "La dualidad de fueros del marquesado de Villena en la época de Don Juan Manuel", *Congreso de historia del señorío de Villena*, Albacete 1987, pp. 297-303; "Alfonso X y el fuero de Alicante", *Studia historica in honorem Vicente Martínez Morelló*, Alicante, 1985, pp. 303-328. En colaboración con Juan Gutiérrez Cuadrado, *Fuero de Úbeda*, Universidad de Valencia, 1979.

5. Sólo pueden ser considerados códigos, si éstos se identifican con una colección de leyes, Jacques Vanderlinden, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruselas, 1967.

6. He estudiado la enseñanza en las viejas facultades de leyes, Mariano Peset, "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII", *Anuario de historia del derecho español*, 45 (1975), 273-339; "Método y arte de enseñar las leyes", *Doctores y escolares. II congreso internacional de historia de las universidades hispánicas*, 2 vols, Universidad de Valencia, 1998, II, pp. 253-266; *Las viejas facultades de leyes y cánones del Estudi general de València*, Universitat de València, 2006; en colaboración con Paz Alonso Romero, "Las facultades de leyes", *Historia de la universidad de Salamanca. III, 1 Saberes y confluencias*, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 21-73.

El origen del *Code des français* hunde sus raíces en siglos anteriores.

Los juristas lograron alto nivel doctrinal, que suele centrarse en la obra de Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694), que ordena, de forma clara y sencilla, natural, los preceptos romanos, con referencias a normas francesas.

derecho romano y la doctrina medieval tenían carácter ca-suístico. Por lo demás, la fama del abogado o las influencias sobre el tribunal pesan indudablemente sobre las sentencias.⁷ Hacia mediados de la edad moderna empieza a cambiar la situación legislativa. Los monarcas absolutos quieren controlar el derecho, la doctrina es consciente del caos en que se mueve la práctica. Francia fue avanzada en ese cambio, en especial durante el reinado de Luis XIV.

El modelo de Francia

El origen del *Code des français* hunde sus raíces en siglos anteriores. Los Borbones quisieron afirmar sus leyes frente al derecho común y reducir las diferencias existentes en las diversas regiones de Francia. En tiempo de Luis XIII, el canciller Lamoignon ordenó reunir en un *Grand coutumier* los diferentes ordenamientos que regían en cada una de ellas. Luis XIV dio notables pasos en esta dirección, al establecer en 1674 cátedras de derecho francés en las universidades, donde se hiciera especial estudio de las leyes regias. Por otra parte, aprobó extensas ordenanzas para el comercio terrestre y marítimo y para el derecho civil, aplicables a todos los territorios franceses. Favoreció la doctrina y la unificación del derecho. Los juristas lograron alto nivel doctrinal, que suele centrarse en la obra de Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694), que ordena, de forma clara y sencilla, natural, los preceptos romanos, con referencias a normas francesas. Sin duda seguía direcciones del iusracionalismo de Grocio y Pufendorf, aplicadas al derecho civil. En esta labor de sistema, no pueden olvidarse precedentes. Hugue Donneau, en sus comentarios del derecho civil, sistematizó los preceptos romanos por el orden de la Instituta; Jacques Cujas aclaró y construyó en sus trabajos sobre la historia del derecho de Roma.⁸ Pero fue, sobre todo, Robert Joseph Pothier, profesor y

7. Algunos ejemplos en mi estudio preliminar a *Epistolario XIII, Mayans y Nebot (1742-1744), Teórica humanista y práctica en el foro*, transcripción y notas de Mariano Peset, Javier Palao, Pilar García Trobat, Yolanda Blasco, Pilar Hernando, Sergio Villamarín, Carles Tormo, Pascual Marzal y Jorge Correa, Valencia, 2008.

8. He estudiado esos autores en "Enseñanza en la facultad de leyes de Valencia: Explicaciones de Mateu Rejaule a inicios del XVII", *Ciencia y academia. IX congreso internacional de historia de las universidades hispánicas*, Universitat de València, 2009, II, pp. 261-321.

magistrado en Orléans, quien en su ciclópea obra,⁹ ordenó el derecho romano y el derecho consuetudinario, las *Coutumes* de París o de Orléans, y facilitó la redacción del *Code civile*. Señala especialidades de los países de derecho no escrito, del norte de Francia, procurando unificar mediante reglas claras, aunque con numerosas excepciones... Savigny reconoce su importancia, así como su cercanía a Cujas, de quien recogió doctrinas y construcciones.

La revolución y las nuevas constituciones reforzaron el deseo de unificar la legislación civil, de adaptarla a los nuevos tiempos, en favor de las clases que habían tomado el poder. Para Savigny, el *Code des français* es un esfuerzo por atenuar las peores consecuencias de la revolución —creo más bien que la consolida—. El viejo derecho “feudal” tenía que renovarse para satisfacer las necesidades de la burguesía triunfante. La asamblea constituyente decidió en julio de 1790 la promulgación de un código; se presentaron varios proyectos de Cambacérès, Jacqueminot y de una comisión, pero no fueron aprobados.

Napoleón lo tomó como cosa propia, nombró una comisión de notables juristas para la redacción del proyecto: Portalis, autor del discurso preliminar, Cambacérès, Maleville, Tronchet y Bigot de Préameneu. El proyecto se debatió en el consejo de estado... El emperador de los franceses quería crear un nuevo derecho civil; asistiría en persona a la mitad de las sesiones de la comisión para debatir y decidir la solución. Tanto es así que cuando, promulgado el código, algunos profesores quisieron comentarlo, los destituyó.¹⁰ Fue aprobado por el parlamento en 36 leyes, que fueron unidas en código por la de 23 de marzo de 1804. En suma, un poder fuerte y cohesionado y una ciencia jurídica de altura, para codificar con sentido original, propio, según observa Savigny. La

La revolución y las nuevas constituciones reforzaron el deseo de unificar la legislación civil, de adaptarla a los nuevos tiempos, en favor de las clases que habían tomado el poder.

El viejo derecho “feudal” tenía que renovarse para satisfacer las necesidades de la burguesía triunfante.

9. *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, 10 vols., Paris, Cosse et N. Delamotte-Videcoq, père et fils, 1845-1848. De esta edición tardía hay cinco ejemplares en la biblioteca de la universidad de Valencia.

10. Sobre la codificación francesa, Ernst Holthöfer, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, edición de Helmut Coing, 3 tomos en 8 volúmenes, Frankfurt, Max-Planck Institut, 1973-1988, III, 1, pp. 863-1.068; también *Le Code civil, 1804-1900. Livre du centenaire*, Paris, 1904; André Jean Arnaud, *Essais d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973. Véase mi reseña en "Acerca de la propiedad en el Code", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 52, 515 (1976), 879-890. Ya en 1827 P. Antoine Fenet publicó un *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce Code*, así como en otra obra estableció paralelos entre Pothier y el Code.

El *Code* fue una obra bien hecha, corta, sencilla y clara, que provocó la admiración y las imitaciones de cuantos países imponían el régimen liberal, la representación y las cámaras, la división de poderes y los derechos del ciudadano. Los nuevos regímenes liberales recién estrenados, una vez promulgada la constitución, reivindicaban nuevos códigos, a ejemplo de Francia.

doctrina posterior, la exégesis, se limitaría al comentario del código francés.¹¹

Sin embargo, los tribunales de apelación y el de casación en 1802 no vieron con buenos ojos el proyecto: lo encontraron demasiado complicado, a pesar de lo que decía Portalis en el discurso preliminar. Destruía viejos usos que habían demostrado su eficacia en la agricultura y la industria. No acertaba en sus decisiones entre el derecho romano o escrito y el *droit coutumier*. Y señalaba defectos en la regulación del poder paterno y la comunidad de bienes entre esposos, en las tutelas y sucesiones; las cuestiones que suscitasen la sustitución por leyes nuevas las resolverían los tribunales de diferentes maneras, sería un disparate. La tarea del legislador debía "laisser subsister les différences locales en tout ce qu'elles ne choquent pas l'esprit générale et ramener le reste à l'uniformité." No creía necesario destruir las leyes antiguas... Se debía limitar a las relaciones entre padres e hijos, tutela, minoría, interdicción, sucesiones y donaciones, a las hipotecas, ventas forzosas y prescripción.¹²

El *Code* fue una obra bien hecha, corta, sencilla y clara, que provocó la admiración y las imitaciones de cuantos países imponían el régimen liberal, la representación y las cámaras, la división de poderes y los derechos del ciudadano. Los nuevos regímenes liberales recién estrenados, una vez promulgada la constitución, reivindicaban nuevos códigos, a ejemplo de Francia. Otra cosa es que tuvieran suficiente fuerza o continuidad para lograr su aprobación. Era fácil copiar el *Code de Napoléon*, con algunas modificaciones, como hicieron Holanda o algunos cantones suizos, la Luisiana o el estado mexicano de Oaxaca; era un proceso codificador dependiente del *Code*, al que añadían algunos aspectos propios.¹³ El derecho del antiguo régimen, surgido a lo largo de la historia, era un tanto caótico, originado en sociedades estamentales y

11. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 vols., Munich, 1995, II, pp. 29-39, proporciona una síntesis de la doctrina francesa.

12. *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de code civil*, Paris, 1802, pp. 5-9, en *Vom Beruf*, pp. 192-197.

13. De los primeros códigos hizo una valiosa tabla comparada Alexandre Daubenton, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 4ª edición, París, 1841, traducida y completada por H. Verlanga Huerta y A. J. Muñiz Miranda, *Concordancias entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*, Madrid, 1843. García Goyena en sus *Concordancias* también los recogió en tanto justificaban su proyecto. Sobre su extensión a diversos países, remito al *Handbuch...* de Coing, III, 1.

gremiales. Organizarlo y sentar las bases de una nueva sociedad resultaba indispensable para entrar en la época contemporánea. En la extensión del *Code* a diversos países no hubo otro proceso de codificación semejante: se imponía el código francés sin más, o con algunas modificaciones que exigía la tradición jurídica del país. Lo que llamamos codificación española o mexicana, son los pasos de una adaptación sobre una planta dada, con inserción de algunas soluciones peculiares, y la ulterior aprobación del código: una comisión, un proyecto, una aceptación política por el gobierno y las cámaras... Tan sólo en Alemania fue distinto...

La vía alemana

En los viejos tiempos nada se había hecho en Alemania para establecer un derecho civil común. El Sacro imperio era un conglomerado de estados, que Pufendorf calificó de "monstruo": ciudades y arzobispados, ducados y reinos tenían sus gobiernos y su propio derecho, presididos por el emperador elegido por la Dieta -durante siglos, desde el XV, recayó la corona en el emperador de Austria, un Habsburgo-. Como emperador de Alemania, apenas gozaba de poder frente a los príncipes y electores del imperio. El derecho romano servía de derecho común en todo el territorio, aparte algunas costumbres y recopilaciones, varias originarias de la edad media. El *Reichskammergericht*, el tribunal imperial resolvía en última instancia por el derecho romano, el emperador se consideraba restaurador y heredero de los césares...

Con todo, la doctrina jurídica se desarrolló durante los siglos XVII y XVIII, bajo el nombre de *usus modernus Pandectarum*, que englobaba muchas líneas y sectores: toda la práctica y la teórica, romanistas, historiadores y anticuarios...¹⁴ En todo caso, esta doctrina romanista enlazaba con algunas peculiaridades de los derechos locales o territoriales. Savigny, como no quería la codificación de momento, afirmó que la doctrina alemana no estaba preparada, aunque más bien temía los cambios revolucionarios de Francia.

Aquellas construcciones jurídicas habían facilitado el código ilustrado prusiano. El proyecto de 1751, de Samuel von Cocceji, fue publicado también en francés, para que fuese conocido

En la extensión del *Code* a diversos países no hubo otro proceso de codificación semejante: se imponía el código francés sin más, o con algunas modificaciones que exigía la tradición jurídica del país.

En los viejos tiempos nada se había hecho en Alemania para establecer un derecho civil común.

Con todo, la doctrina jurídica se desarrolló durante los siglos XVII y XVIII, bajo el nombre de *usus modernus Pandectarum*, que englobaba muchas líneas y sectores.

¹⁴. Remito a Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª edición, Gotinga, 1967; una traducción española deficiente de la 1ª edición, Madrid, 1957; Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 vols., Munich, 1995, I, pp. 67-79.

Tras varias modificaciones, el *Allgemeines Landrecht* fue aprobado en 1794.

El profesor de Heidelberg Thibaut, en 1814, propuso un código para toda Alemania, teniendo en cuenta su historia jurídica y las diferencias que existían. La doctrina alemana deseaba un código general, junto a otros de los diferentes *Länder*, inspirados en el derecho propio

por los juristas europeos. Tras varias modificaciones, el *Allgemeines Landrecht* fue aprobado en 1794. En 1780, Federico II había formado una comisión en la que intervinieron juristas y hombres de negocios de los estados miembros, presidida por el canciller Johann Heinrich von Carmer; la labor jurídica de unificar las materias se debe a Carl Gottlieb Svarez. También se promulgaron otros códigos ilustrados en Baviera, Austria y en algunos estados italianos...

Savigny enjuicia el *Landrecht* en su última etapa. Fue una tarea lenta, no acelerada por la revolución como en Francia. Recogía derecho romano, ordenado y adaptado, y era subsidiario de los derechos locales. Éstos a su vez debían publicar códigos que se engarzasen con él; pero no se hicieron, de modo que los derechos de los Estados o *Länder* continuaron en vigor con toda amplitud. El derecho romano siguió utilizándose en los diversos territorios, en la ciencia de los juristas, incluso en la interpretación del *Landrecht*, aunque lo prohibiera Federico II. Los jueces, formados en el antiguo derecho, no se atuvieron a él, no resolvieron de forma mecánica. Aunque esa era su intención. Savigny lo alaba; le agrada menos el reciente código austríaco de 1811 de José II, que tenía las mismas fuentes, pero menos puras y directas, más genérico o abstracto, menos casuístico...¹⁵

Toda Europa admiró la perfección y sentido del *Code de français*. El profesor de Heidelberg Thibaut, en 1814, una vez derrotado el temible Corso, propuso un código para toda Alemania, teniendo en cuenta su historia jurídica y las diferencias que existían. La doctrina alemana deseaba un código general, junto a otros de los diferentes *Länder*, inspirados en el derecho propio. Feuerbach quería que se partiese del derecho vivo, histórico, como también Hugo, partidario de la formación del derecho por la historia...¹⁶ Contra todos destaca la voz potente de Friedrich Karl von Savigny, que se opone a las urgencias, que llevarían a adoptar el *Code*, contaminado en parte por la revolución. En 1814 publica sus páginas *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, de la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia jurídica, en que expone las razones de su oposición. Descubría

15. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), uso reprografía de la edición de Heidelberg, 1840, pp. 90-110, 164-169.

16. *Vom Beruf...*, 169-171, 182. Los políticos también estaban interesados en la cuestión, *Einleitung*, p. 1. Incluso Hegel, profesor en Berlín como Savigny, se manifestó en contra.

las dificultades, que explican la lentitud de la codificación alemana o de la nuestra: no se dan las condiciones adecuadas. Pero, ¿cuáles eran las carencias? ¿Por qué fue tan difícil la promulgación del código civil? ¿La impedían los mismos obstáculos en Alemania y en España?

Para lograr una auténtica codificación, Savigny consideró necesarias dos condiciones:

1º. La primera, una doctrina jurídica propia de altura, capaz de decantar y organizar nuevas reglas y soluciones. Es lo que denomina técnica, que a partir de viejos derechos, serviría para redactar los artículos y darle una estructuración armónica. Aparte, una vez puesto en vigor se requiere una práctica del derecho trabada con la teoría, para poder aplicarlo con justeza.

2º. La segunda condición que se requiere es un poder fuerte, decidido a impulsar la codificación del derecho: una condición política. No se trata de un poder absoluto, como las viejas monarquías que promulgaron códigos ilustrados. Más bien, un poder liberal bien asentado, capaz de vencer dificultades. Una sociedad cohesionada, decidida a un acuerdo. Savigny es un jurista de gran talla, pero también cercano al rey de Prusia, que va adquiriendo protagonismo durante aquellos años como la mayor potencia del Sacro imperio, todavía bajo el emperador Habsburgo —la gran Alemania—. Éste además era emperador de otro Imperio, de Austria y Hungría. En 1848 Prusia disuelve el parlamento de Frankfurt, que pretendía la revolución liberal más profunda.

En la aplicación del *Code*, Savigny analiza dos posibilidades:

1ª. La primera, que se atendiese al derecho del pasado, sirviendo el *Code* sólo como un centro que fuese unificando la jurisprudencia de los tribunales; aunque produciría diversas soluciones, un disparate al fin, con una jurisprudencia variada, apoyada en principios indeterminados de equidad, ideas lógicas, con la arbitrariedad que suponen. O sea, una instituta, que después tendría que completarse, como hizo Justiniano, por un código y unas pandectas. 2ª. O bien, la segunda posibilidad, como reglas esenciales que irían introduciendo soluciones nuevas sobre el antiguo derecho. Pero el *Code* iba bastante más allá: en su artículo 4º, en su sistema de fuentes, queda como ley única en todas las materias que regula, y aunque se pueda acudir a la equidad o las *coutumes*, al derecho romano

Para lograr una auténtica codificación, Savigny consideró necesarias dos condiciones:

1º. La primera, una doctrina jurídica propia de altura, capaz de decantar y organizar nuevas reglas y soluciones. Es lo que denomina técnica.

2º. La segunda condición que se requiere es un poder fuerte, decidido a impulsar la codificación del derecho: una condición política.

La codificación no significa manipular el derecho, sino lograr expresarlo de forma clara en un libro que haga innecesarios los viejos textos: esta es la finalidad de los códigos, reformular el viejo derecho, aun cuando con algunas modificaciones.

en tanto coincide, no cabía la casación sino sobre una norma del *Code* o de otras leyes. La doctrina, aun cuando pueda ser utilizada, tampoco tenía valor en sí.¹⁷

Savigny partía de un fuerte nacionalismo, exacerbado en la lucha contra la ocupación francesa. Un nacionalismo conservador que despierta en el romanticismo alemán. Afirma que el derecho civil, como la lengua y las costumbres, surge del pueblo, que tiene idea clara de sus relaciones familiares y de su propiedad y lo afirma con su conducta.¹⁸ En cada regla, en cada detalle se manifiesta esa conciencia del pueblo... Se desenvuelve en la conciencia y en la práctica, la ciencia de los juristas se apoya en la historia, como han hecho Hugo o Möser... El poder interviene a veces en el derecho civil para un fin determinado, como las leyes Julia y Papia para evitar la escasez de nacimientos, o el pretor y su edicto para hacer menos rígido el derecho. Pero la codificación no significa manipular el derecho, sino lograr expresarlo de forma clara en un libro que haga innecesarios los viejos textos: esta es la finalidad de los códigos, reformular el viejo derecho, aun cuando con algunas modificaciones. Pero el estado es el único que puede asegurar esta empresa: el trabajo técnico es de los juristas, que transforman los derechos locales en un derecho nacional general. Es tarea lenta, pausada, propia de tiempos altos, fecundos. Hay que organizar el derecho existente, reescribir su forma, con una nueva geometría, reglas claras, una correlación entre las distintas partes. No estamos en una época apropiada, ha de volverse sobre las fuentes del derecho, el derecho natural, la jurisprudencia o la analogía para expresar "die geistige Kräfte der Nation", la fuerza espiritual de la nación, y ordenarla en forma precisa.¹⁹ Savigny es un romanista, y como tal defiende que el derecho romano es el centro esencial de la ciencia jurídica. Los juristas clásicos dotaron de conceptos a la ciencia, enseñaron desde el caso hacia la regla, establecieron la justicia. Es el derecho natural. Aunque se compila en tiempos posteriores, conserva la libertad de la república romana, mantiene sus raíces de tiempos libres... Y continúa a lo largo de los siglos. Da ejemplos, ficciones, bonorum possessio junto a la haereditas, la actio

17. *Vom Beruf...*, pp. 73-81, sobre escritos de Portalis y otros autores.

18. *Vom Beruf...*, pp. 9-15, en 11, "Die organische Zusammenhang des Rechts mit den Wesen und Charakter des Volkes..."

19. *Vom Beruf...*, pp. 16-26: "In sinkenden Zeiten dagegen fehlt es meist an allem, an Kenntnisse des Stoffes wie an Sprache".

publiciana junto a la reivindicatoria. No se debe considerar de un periodo, sino de todos los tiempos y lugares, pero se ha de adscribir a la nación... Se podrá dudar de esta o aquella solución, nunca de su método. Se halla en el derecho de los *Länder* más o menos modificado. La doctrina y la práctica no pueden entenderse sin el derecho romano. Se afirma que los derechos locales son muy diferentes, pero no es cierto, aunque revistan formas dispares; se trata de acercarlos, por amor a la patria común, a que todos pertenecen. Lo común no destruye las relaciones particulares.²⁰

Con el tiempo se cumplieron las condiciones indicadas por Savigny: una doctrina técnica y un poder fuerte. La doctrina alemana se desarrolló durante aquellos años, a partir de la escuela histórica de Hugo y Savigny, su *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849) —traducido en España durante la Restauración, con prólogo de Manuel Durán y Bas—. Luego, durante el siglo XIX continuó la pandectística, obra de grandes profesores alemanes, Karl Ludwig Arndts, Alois Brinz, Heinrich Dernburg... El más notable fue Bernhard Windscheid, que durante la carrera consultábamos en la traducción italiana de Fadda y Bensa. Los teóricos alemanes reelaboraron el derecho romano, con algunas dosis de los viejos textos germanos.²¹

De otra parte, el poder de Prusia se impuso en el conjunto; la guerra contra Austria condujo a la confederación presidida por Prusia —la pequeña Alemania—, acabando con el emperador y la Dieta. Después, la guerra contra Francia, contra Napoleón III, permitió la unión de los estados católicos del sur y se formó el segundo Reich.²² Y entonces pudo formularse el nuevo código alemán. La constitución del Reich de 1871 determinaba la unidad del derecho de obligaciones: una enmienda de los diputados Johannes von Miquel y Eduard Lasker extendió su competencia a todo el derecho civil. Varias comisiones fueron redactando el proyecto, un práctico, Gottlieb Planck, los profesores von Roth, von Mandry y Windscheid. Se debate en las cámaras y se firma por el emperador en 18 de agosto de 1896.²³

Se afirma que los derechos locales son muy diferentes, pero no es cierto, aunque revistan formas dispares; se trata de acercarlos, por amor a la patria común, a que todos pertenecen.

Con el tiempo se cumplieron las condiciones indicadas por Savigny: una doctrina técnica y un poder fuerte.

20. *Vom Beruf...*, pp. 27-44.

21. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, II, pp. 39-56, también la jurisprudencia de conceptos de Rudolf von Ihering.

22. Franz Schnabel, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, 4 vols., Freiburg im Breslau, 1929-1937. Hace cincuenta años le oí y leí sus apuntes en la universidad de Munich.

23. *Handbuch...*, III, 2, pp. 1.572-1.625.

El largo camino de nuestro código civil

El caso español es sin duda menos brillante. Promulgado en una época de decadencia, depende del *Code des français*.

La abolición de los fueros por Felipe V, afectó de manera diferente a los diversos reinos del este peninsular. Mientras en los demás se destruía sólo el derecho público, en Valencia desapareció también el derecho privado.

El caso español es sin duda menos brillante. Promulgado en una época de decadencia, depende del *Code des français*. Al instaurarse la dinastía Borbón en 1700, se desató la guerra de sucesión entre Felipe V y el archiduque Carlos de Habsburgo —después emperador Carlos VI—. La contienda tuvo como consecuencia la abolición de los fueros en los territorios de la corona aragonesa. Luego en el XIX las guerras fueron frecuentes, no sólo por los vaivenes entre absolutistas y liberales durante el reinado de Fernando VII y los levantamientos carlistas, sino los cambios de partido en el poder —progresistas y moderados— se realizaban a través de un golpe militar, unas juntas provinciales que se alzan contra el gobierno. También el general Prim se pronunció para alcanzar la Gloriosa revolución de 1868, que expulsó a Isabel II. El general Martínez Campos restauró la monarquía con Alfonso XII con su pronunciamiento en Sagunto. Hace setenta años de la sublevación de Franco, última guerra civil, que Unamuno denominó "la guerra incivil".

Pero volvamos al setecientos. La abolición de los fueros por Felipe V, afectó de manera diferente a los diversos reinos del este peninsular.²⁴ Mientras en los demás se destruía sólo el derecho público, en Valencia desapareció también el derecho privado. En 1718 Felipe V recordó que debían aplicarse en España sus leyes y recopilaciones, pues el derecho romano y canónico dominaban la escena jurídica. Intentó establecer cátedras de derecho real o patrio, a imitación de su abuelo Luis XIV... Las tres universidades mayores, Salamanca, Valladolid y Alcalá le contestaron que ya lo estudiaban, unido con el derecho común, y que si la corona las quería que las dotase. Aquella iniciativa de Melchor de Macanaz no prosperó; fue derrotado por la facción de los colegiales mayores, denunciado a la Inquisición y marchó al exilio en París hasta casi el final de su vida.²⁵ Hubo que esperar al reinado de

24. Joan Mercader Riba, *Felip V i Catalunya*, Barcelona, 1968; hace años realicé con Juan Reglá mi tesis de licenciatura en letras sobre esta cuestión, publiqué una parte en "Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia", *Anuario de historia del derecho español*, 42 (1972), 675-715. Javier Palao está terminando su tesis doctoral sobre esta época.

25. Examiné esta propuesta en "Derecho romano y derecho real..."; también en colaboración con mi hermano José Luis, "Educación y universidades", *Felipe V y su tiempo. Congreso internacional*, editor Eliseo Serrano, 2 vols., Zaragoza, 2004, I, pp. 525-547.

Carlos III para que apareciesen las cátedras de derecho español o patrio en las facultades de leyes. Esta vez no hubo dificultad, tras la expulsión de los jesuitas y la reforma de los colegios mayores...²⁶

La doctrina jurídica se hunde en este siglo. La fuerza de los colegios mayores, que dominan cátedras y la burocracia quizá explica su mediocridad, aunque tras las reformas no mejora. El humanismo jurídico cultivado por José Finestres en Cervera y Mayans en Valencia desaparece —Mayans no logró la cátedra pavordía—. Hay pocas obras de altura, los manuales de Juan Sala, tan limitados, son una de las aportaciones más notables de nuestros profesores de derecho... La práctica decae; apenas pueden citarse los libritos de José Berní o un formulario del escribano José de Febrero, que fue oráculo de la práctica.

Por tanto, los intentos de redactar un código ilustrado no llegaron a buen término. La propuesta del marqués de la Ensenada en 1751 a Fernando VI de una recopilación o código Fernandino no llega a redactarse. Su consejero Agustín de Ordeñana envió a Berlín a un estudiante de leyes para conocer el proyecto prusiano, pero volvió experto en pelucas, no en códigos. Ordeñana entonces lo encargó a Mayans, dispuesto a realizarlo, aunque ni conocía el proyecto de von Cocceji, ni tenía la adecuada formación. La caída de Ensenada acabó con aquella esperanza.²⁷ Años después Carlos III encargó un código criminal al penalista Manuel de Lardizábal, que sólo llegó a redactar el índice, aunque se cita en los manuales de derecho penal y de historia del derecho.²⁸

La doctrina jurídica se hunde en este siglo. La fuerza de los colegios mayores, que dominan cátedras y la burocracia quizá explica su mediocridad, aunque tras las reformas no mejora.

Los intentos de redactar un código ilustrado no llegaron a buen término.

26. Véase Mariano y José Luis Peset, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974; también nuestro estudio, "Política y saberes en la universidad ilustrada", *Carlos III y la ilustración*, 3 vols., Madrid, Ministerio de cultura, 1990, III, pp. 30-135.

27. Remito a mis páginas, "Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori", *Homenaje a Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols., Valencia, 1974, II, pp. 217-260. Tomás y Valiente sostenía que Ensenada pensaba en una simple recopilación y Ordeñana habría cambiado su idea por la redacción de un código, pero no es cierto. Al denominarla "Código fernandino" alude a los códigos ilustrados; además acababa de publicarse la de 1745, realizada por Manuel García de Alesón. Se le había encargado en 1734, la estructuró y añadió, bajo supervisión de una junta recopiladora formada por tres consejeros de Castilla, y se financió la edición, José Luis Bermejo Cabrero, "Nueva Recopilación y Autos Acordados. (1618-1745)", *Anuario de historia del derecho español*, 70 (2000), 37-88. Johannes Michael Scholz reunió más de quince propuestas sobre mejora de la legislación en el *Handbuch* de Coing, III, 1, pp. 428-433. Véase Bartolomé Clavero, "La idea de código en la ilustración jurídica", *Historia, Instituciones. Documentos*, 6 (1979), 49-88.

28. José Ramón Casabó, "Los orígenes de la codificación penal en España. El plan de código criminal de 1787", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 22 (1969), 313-342.

En 1810, el catalán Espiga y Gadea insta a reformar la legislación, pero ni se reunieron las comisiones nombradas, ni se llegó a redactar texto alguno.

Los diputados catalanes mostraron, con timidez, que no estaban dispuestos a renunciar a su derecho histórico. Lázaro de Dou no veía posible la redacción de nuevos códigos, sin tener a mano los textos forales.

Hubo que esperar a los años liberales para intentar reanudar de nuevo la codificación. La constitución de Bayona le dedicó un artículo. Mientras luchaban los patriotas y las tropas inglesas contra las tropas de Napoleón, las cortes de Cádiz aprobaron la constitución e iniciaron el proceso codificador.²⁹ En 1810, el catalán Espiga y Gadea insta a reformar la legislación, pero ni se reunieron las comisiones nombradas, ni se llegó a redactar texto alguno. Quizá la lentitud haya de explicarse porque se nombraron expertos ajenos a las cortes, para que trabajasen con los diputados. Pero, sobre todo, porque había una guerra y mil cuestiones que atender, una epidemia de fiebre amarilla en Cádiz. Espiga defiende su propuesta de ordenar la legislación española; ésta se originó en época romana, fue deformada por los godos y por los vicios del feudalismo; formada por una mezcla de ignorancia y crueldad junto con liviandad, adulación, torpeza... Hay que revisar los viejos códigos y extraer las normas justas. Argüelles planteaba la mecánica de las comisiones. Los diputados catalanes mostraron, con timidez, que no estaban dispuestos a renunciar a su derecho histórico. Lázaro de Dou y de Bassols no veía posible la redacción de nuevos códigos, sin tener a mano los textos forales; algún otro dudaba de que se pudiese confeccionar un código unitario. De Dou, aun admitiendo la propuesta, indicaba que el código perfecto debería recoger todos los textos de nuestra legislación: "¿En dónde están las constituciones de Cataluña? ¿En dónde los fueros de Aragón? ¿En dónde las leyes de las Provincias vascongadas?". No hay tiempo, pues interesa la salvación de la patria, con el enemigo en puertas... Alaba la nueva planta de

29. Existen numerosos trabajos sobre la codificación civil, desde Antequera, Bofarull, Durán, Falcó y Sánchez Román hasta Juan Baró Pazos, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993; también muy completas las páginas de Johannes-Michael Scholz, *Handbuch*, III, 1, pp. 397-686; dio una visión general en "Unidad y diversidad en la codificación", en *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, México, 1981, pp. 705-712. Véase Bartolomé Clavero, *El código y el fuero: de la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982; Encarna Roca Trias, "El código civil y los derechos nacionales, en especial el derecho civil catalán", *Revista jurídica de Cataluña*, 3 (1977), 511-563. Yo abordé la codificación en "Una interpretación de la codificación española", *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, pp. 665-686 y "Los derechos forales, del antiguo régimen al liberalismo", *Derechos civiles de España*, dirigido por Rodrigo Bercovitz y J. Martínez-Simancas, 2 vols., Madrid, Aranzadi, 1999, II, pp. 13-40, donde reúno amplia bibliografía. En estas páginas pretendo sintetizar éstos y otros trabajos míos, en relación a las codificaciones francesa y alemana. Los textos han sido publicados por Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial. II. Procedimiento civil. III. Procedimiento penal. IV. Codificación civil (Génesis e historia del código)*, 2 vols., V. *Codificación penal*, 2 vols., Madrid, 1970-1979.

Cataluña, que mejoró leyes y conservó otras; habría que abolir las perjudiciales, promulgar otras que faltan y renovar la observancia de las que se encuentran en desuso. Espiga insistió, y Felipe Aner de Esteve hizo ver que como las distintas provincias poseen leyes diferentes, se debería establecer una comisión para cada una; si sólo se trata de las castellanas debería hacerse por el consejo de Castilla —admitía que el código de comercio podía ser uno para toda la nación—. ³⁰

El artículo 258 de la constitución de 19 de marzo de 1812 sentaba el principio de unidad para las dos ramas del derecho privado —civil y mercantil— y para el derecho penal: “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”. Esa coletilla respondía a exigencias de los diputados de América, que por su extensión territorial y su variedad étnica, exigían cierta flexibilidad. Algún diputado —el americano Gordo— advirtió que podía ser un portillo por donde entrarían los derechos forales, que, si en algún tiempo fueron loables, ahora sólo significan provincianismo y ruptura del vínculo sagrado que debe unir a todos los españoles. Leiva, de la comisión, le tranquilizó, no se trataba de establecer ventajas para algunas provincias... Los catalanes callaron, dejaron para el futuro la discusión acerca de su derecho, o quizá pensaron que sería tenido en cuenta en los códigos generales y unitarios. Tras la batalla de Waterloo en 1814, volvió Fernando VII de su destierro y derogó la constitución y aquellos decretos aprobados por las cortes que se opusiesen a su soberanía y regalías. Volvió el antiguo régimen por unos años: las reformas se paralizaron. Apenas intentó un código criminal, retomando el de su abuelo Carlos III al que tanto admiraba.

En 1820 se promulgó de nuevo la constitución por el levantamiento de Riego, de las guarniciones y la formación de juntas provinciales. Las cortes volvieron a reunirse y reanudaron la tarea codificadora. Ahora se avanzó más, al amparo de la constitución, y en tiempos de menor tensión bélica. Sendas comisiones —formadas ahora sólo por diputados, más eficaces— se pusieron a la tarea, dispuestos a regular mediante códigos amplios sectores del derecho, no sólo los tres previstos en el artículo 258. En Francia se habían promulgado códigos de procedimiento y algunas leyes de amplio contenido, que recibieron también el

Felipe Aner de Esteve hizo ver que como las distintas provincias poseen leyes diferentes, se debería establecer una comisión para cada una.

El artículo 258 de la constitución de 1812 sentaba el principio de unidad para las dos ramas del derecho privado —civil y mercantil— y para el derecho penal.

Algún diputado advirtió que podía ser un portillo por donde entrarían los derechos forales, que, si en algún tiempo fueron loables, ahora sólo significan provincianismo y ruptura del vínculo sagrado que debe unir a todos los españoles.

³⁰. Véase Mariano Peset, “La primera codificación liberal en España (1808-1823)”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 48 (1972) 125-157. Una visión de la época intentó en “Motivos y causas de la revolución en España”, *Anuario de filosofía del derecho*, 6 (1989), 153-173.

El trienio optó también por una codificación múltiple, aparte una amplia renovación del derecho. La propiedad, clave para los liberales, se transforma.

Garelli introdujo una parte preliminar en donde recogía los derechos fundamentales de libertad, seguridad y propiedad, así como las normas de redacción y promulgación de los decretos o leyes.

nombre de códigos. Con ellas se pretendía sistematizar el derecho, darle estabilidad, uniformar... El trienio optó también por una codificación múltiple, aparte una amplia renovación del derecho. La propiedad, clave para los liberales, se transforma. Se aprueba la desvinculación de los mayorazgos y capellanías, la desamortización de bienes eclesiásticos, se abren vías para la extinción o redención de censos... Los proyectos de códigos no llegaron a promulgarse —salvo el penal de 1822—.

El código civil se encomendó a una comisión, en la que figuraba y fue autor principal el catedrático de Valencia Nicolás María Garelli. Se redacta un proyecto inacabado, impreso y leído en cortes en 1821, que se limitaba al libro primero, de las personas. Desde aquel entusiasmo codificador, Garelli introdujo una parte preliminar en donde recogía los derechos fundamentales de libertad, seguridad y propiedad, así como las normas de redacción y promulgación de los decretos o leyes: una especie de preliminar político. Es más, pensaba incluir una parte administrativa, que sistematizara el derecho público, complemento de la constitución. No hubo voces contrarias a la unidad jurídica, ni tampoco debate, porque en el derecho de las personas —marido y mujer, padres e hijos, amos y criados— no se afectaba a puntos esenciales de los derechos forales. Garelli se inspiró en el código francés, pero recogía notables modificaciones del derecho castellano.³¹

Otras comisiones trabajaron con mayor fruto. La de procesal penal llegó a imprimir su proyecto de *Código de procedimiento criminal* e hizo las dos primeras lecturas en las cortes —introducía por vez primera el jurado para los delitos graves—. La comisión de sanidad redactó y presentó a cortes su código en octubre de 1822. La fiebre amarilla se había extendido por aquellos años hasta alcanzar Barcelona, Cataluña; se confiaba en una minuciosa regulación para combatirla. En su debate en cortes surgen marcadas diferencias entre quienes creen que es contagiosa y los que, en contra, no lo admiten, y por tanto no aceptan el aislamiento y cuarentena de las poblaciones. Por otro lado, se desconfía de una junta de sanidad todopoderosa, que pudiera imponer penas de muerte, constituyéndose en un cuarto poder.³²

31. Lo estudié en "Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821", *Anuario de derecho civil*, 28 (1975), 29-100. Su proceso en "La primera codificación..."

32. Véase Mariano y José Luis Peset, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972, pp. 189-211.

Toda esa labor, todo ese entusiasmo revolucionario y unificador, que hacía peligrar los derechos forales históricos, quedó cortado cuando en 1823 Fernando VII recobró su poder absoluto, con la ayuda de los cien mil hijos de San Luis, al mando del duque de Angulema. Vuelve al régimen anterior, con durísimas represalias contra los liberales... Sin embargo, los absolutistas no desdeñaban reunir su legislación en códigos sistemáticos y ordenados, si bien inspirados en principios del antiguo régimen. Fernando VII impulsó un código criminal que no llegó a buen término —se redactan algunos proyectos al final de su reinado—.³³ En 1829 sancionó el código de comercio, que un año más tarde se completaba con otro de procedimiento para los tribunales de comercio. Buena parte del derecho privado se unificaba por obra del rey absoluto. En el siglo XVIII se habían completado y promulgado nuevas ordenanzas del consulado de Bilbao, difundidas a toda la península e incluso a América. En tiempos de Carlos IV hubo algún proyecto de la junta de comercio de Barcelona.³⁴ Ahora, el ejemplo del código francés de 1807, con reglas más flexibles y abiertas para el ejercicio del comercio terrestre y marítimo, sin limitaciones corporativas, aconsejaba la reforma de la legislación mercantil. El proyecto se debió a Sainz de Andino, cuyo texto se prefirió al del conjunto de los otros miembros de la comisión que, por orden real, se había formado.³⁵ La influencia francesa era notable, con algunos elementos tradicionales. Se quería estimular el comercio y la riqueza, regular con normas seguras y precisión los actos y contratos, en tierra y en el mar. Se instauraron tribunales de comercio —especializados como en Francia— en los puntos donde ya los había, los viejos consulados, y en otras capitales o puertos. La unificación de este sector quedaba confirmada: alguna duda se produjo en Vizcaya, pues afectaba a su derecho foral, pero se concedió, sin más problema, el pase

Los absolutistas no desdeñaban reunir su legislación en códigos sistemáticos y ordenados, si bien inspirados en principios del antiguo régimen.

Se quería estimular el comercio y la riqueza, regular con normas seguras y precisión los actos y contratos, en tierra y en el mar.

33. Los editó José Ramón Casabó, *El proyecto de código penal de 1830*, Murcia, 1978; *El proyecto de código penal de 1831 de Sainz de Andino*, Murcia, 1978; *El proyecto de código penal de 1834*, Murcia, 1978. Su tesis de doctorado sobre el código de 1822 permanece inédita.

34. José Sarrión Gualda y M^o Jesús Espuny Tomás, "Las ordenanzas de 1766 del consulado de comercio de Cataluña y el llamado proyecto de código de comercio de 1814 de la diputación provincial de Cataluña", en *Documentación jurídica*, 62 (1989), 363-604.

35. Jesús Rubio García-Mina, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950.

Todo un sector del derecho privado, de los derechos propios o forales conservados, había quedado unificado: las exigencias del comercio fueron decisivas.

Los moderados creyeron que el camino para codificar sería la creación de una comisión de expertos, para que preparase los códigos: la comisión general de codificación, creada en 1843.

foral al nuevo texto.³⁶ En 1868, con la unificación de fueros, desapareció la jurisdicción mercantil. El código fue sustituido en 1885 por el actual, hoy muy avejentado y retocado por numerosas leyes especiales. En cualquier caso, todo un sector del derecho privado, de los derechos propios o forales conservados, había quedado unificado: las exigencias del comercio fueron decisivas.

Llegada la consolidación liberal aparecen nuevos proyectos, como el de 1836 formado por Cambroner, después completado por José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás Vizmanos, que no llegó a discutirse en cortes. Su intención era unificadora, con honda influencia del código francés y sus derivados, pero también con buenas dosis de derecho castellano.³⁷

Los moderados, al llegar al poder, creyeron que el camino para codificar sería la creación de una comisión de expertos, para que preparase los códigos: la comisión general de codificación, creada en 1843. Ésta, tras unos años de trabajo de un grupo de civilistas, presididos por Florencio García Goyena, termina el proyecto de 1851.³⁸ Un año después lo publicaba Goyena, acompañado de concordancias con los demás códigos de inspiración francesa, con apenas algunas justificaciones de preceptos propios del derecho castellano o de los derechos forales. Parece sorprendente, en una época de nacionalismo, la utilización de conceptos y soluciones del *Code*.

Pero la doctrina de nuestros juristas no daba para más... El libro de Febrero, reelaborado durante casi un siglo por diferentes juristas, seguía siendo esencial. Una de sus últimas ediciones era de García Goyena. Mientras, las universidades producían discursos de apertura, los más retóricos, y manuales, que ordenaban el derecho vigente de Partidas y algunas normas de la recopilación, de forma moderna, como en el

36. Carlos Petit, "Oposición foral al código de comercio (1829)", *Anuario de historia del derecho español*, 59 (1989), 699-736; "Arreglo de los consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español", *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), 255-312.

37. J. M. Scholz, *Handbuch*, III, 1, pp. 491-497.

38. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vols., Madrid, 1952; sobre el personaje, M. Reparaz Padrós, "García Goyena: biografía de un jurista liberal (Una aportación al estudio de la codificación española)", *Anuario de historia del derecho español*, 66 (1996), 689-827. J. M. Scholz, *Handbuch*, III, 1, pp. 497-506; Lasso Gaité, *Crónica*, 4, vol. 1, pp. 151-295.

Code...³⁹ El manual de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, 1841 a 1843, con numerosas ediciones.⁴⁰ Ya lo había hecho Pablo Gorosabel, *Redacción del código civil de España* (1832), y otros juristas continuaron esta línea, José María Fernández de la Hoz (1843), José Sánchez de Molina (1871), Sabino Herrero (1872), Mario Navarro Amandi (1880), Emilio Bravo (1885)...

Frente al proyecto de 1851 surgió una doble oposición. De un lado, la iglesia —el nuncio y algunos obispos— recelaron de la intervención civil en el matrimonio o en el registro de las personas. O rechazaron la incapacidad de la iglesia para poseer bienes... De otro, los territorios de derecho foral no estaban dispuestos a ceder su tradición. Los viejos textos forales estaban, en buena parte, en desuso, pero la doctrina, los notarios, la práctica judicial había sabido conservar algunas viejas soluciones, o las había extraído de la costumbre o del derecho romano o canónico, supletorios de aquellos ordenamientos. Eran derechos vivos, aplicados en la práctica. ¿Tenían que renunciar a sus legítimas o a sus formas de propiedad en beneficio de soluciones francesas o castellanas? Así lo quería el artículo 1.992 del proyecto de García Goyena, pero los juristas forales se opusieron... Contaron con algunos políticos dentro del campo moderado, que no quería una fractura en sus filas. El político y catedrático de derecho mercantil de Barcelona, Manuel Durán y Bas, encabezó la defensa del derecho catalán. Eran tiempos en que dominaba Savigny, que concebía el derecho como derivación del espíritu de un pueblo. La llamada escuela catalana de derecho civil —Durán, Permanyer, Planas...— defendió incansable la pervivencia de su derecho. Mientras, otros defendían y estudiaban los fueros vascos, como Pedro Novia de Salcedo o Ramón Ortiz de Zárate; el navarro Yanguas Miranda, algunos aragoneses... Los foralistas defendían el peso de la historia, la adaptación de unas costumbres y soluciones jurídicas a sus comunidades. No se trataba de conservar el antiguo régimen, sino su derecho frente a soluciones ajenas.

39. Florencio García Goyena, *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos*, 9 vols., Madrid, 1841-1842, aumentado en sucesivas ediciones por Joaquín Aguirre, Juan Manuel Montalbán y José de Vicente y Caravantes. Sobre la práctica jurídica, Mariano Peset, "Humanismo jurídico en las facultades de leyes (siglos XVI a XVIII)", en prensa.

40. Sobre éste y otros manuales, Mariano Peset, "Cuestiones sobre la investigación de las facultades de derecho durante la segunda mitad del siglo XIX", *I seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellatera, Universidad autónoma de Barcelona, 1985, pp. 327-396.

Los viejos textos forales estaban, en buena parte, en desuso, pero la doctrina, los notarios, la práctica judicial había sabido conservar algunas viejas soluciones, o las había extraído de la costumbre o del derecho romano o canónico.

Los foralistas defendían el peso de la historia, la adaptación de unas costumbres y soluciones jurídicas a sus comunidades. No se trataba de conservar el antiguo régimen, sino su derecho frente a soluciones ajenas.

Pueden señalarse dos grupos de materias a las que no querían renunciar. El primero, las relacionadas con el matrimonio y la familia, las sucesiones; el segundo, en materia de propiedad.

1. En los derechos forales, salvo excepción, no se adoptaba la sociedad de gananciales castellana. Regímenes de separación con dote, u otros —con pactos antes o después del matrimonio— permitían una mayor libertad o flexibilidad.
2. En la propiedad existían también diferencias notables: los derechos forales admitían reservas y retractos para conservación de las propiedades en la familia.

Aparte las instituciones públicas vascas y navarras, que formaban un conjunto con su derecho civil, pueden señalarse dos grupos de materias a las que no querían renunciar. El primero, las relacionadas con el matrimonio y la familia, las sucesiones; el segundo, en materia de propiedad.⁴¹

1. En los derechos forales, salvo excepción, no se adoptaba la sociedad de gananciales castellana. Regímenes de separación con dote, u otros —con pactos antes o después del matrimonio— permitían una mayor libertad o flexibilidad, recogían usos vivos en Cataluña o en otras regiones forales; en Vizcaya, el régimen de comunicación, que se prolonga entre el cónyuge viudo y los hijos; en Navarra el régimen de conquistas, introducido por costumbre, el usufructo foral de viudedad —también en Aragón—. Por otra parte, disponían de formas especiales de testamentos, por comisario, mancomunado, ante testigos —en la iglesia de los santos Justo y Pastor en Cataluña—. Y gozaban de amplia libertad de testar, a diferencia del derecho castellano, que venía de una tradición visigoda estricta —cuatro quintos—, completada por la mejora de *Fuero real*. En Ayala se mantenía la libertad, mientras el *Fuero de Vizcaya* sujetaba a legítimas de cuatro quintos, pero se podía disponer con libertad entre los legitimarios; se conservaban además los bienes de la familia amplia mediante los bienes troncales. Disponían de mecanismos para mantener los patrimonios, sin sujetarse a las particiones que menguaban y distribuían los bienes, imposibilitando tal vez la persistencia de explotaciones agrícolas o industriales... Mientras en el campo valenciano predomina la fragmentación de parcelas, que favorece las compras de tierras por las clases adineradas de la ciudad, Cataluña mantiene mejor la extensión de sus masías y tierras en manos de payeses. Tal vez su industria textil pudo afianzarse en sus reglas de sucesión a favor del *hereu* o la *pobilla*.

2. En la propiedad existían también diferencias notables: los derechos forales admitían reservas y retractos para conservación de las propiedades en la familia. Pero, sobre todo, en la explotación de la tierra presentaban formas diferenciadas, que no conducirían a las mismas metas si se aplicaba sin más la solución del proyecto de 1851. Las tierras en Galicia, en los foros, se hallaban en manos de los campesinos; si conforme al proyecto de García Goyena el

41. Hice esta valoración en "Los derechos forales, del antiguo régimen al liberalismo", donde se relaciona la bibliografía foral utilizada.

dueño útil —quien explotaba la tierra, el campesino— es el propietario, éstas quedarían en sus manos. Por esta razón, se insistió en que los foros eran figuras especiales, que sólo podían redimirse conforme a reglas propias. Durante el XIX se presentaron algunos proyectos particulares, por Calderón Collantes y Montero Ríos... Hasta el siglo XX, después de la guerra civil, no se produjo la desaparición definitiva de estos milenarios contratos agrarios... En Cataluña o Mallorca ocurría otro tanto. Las tierras enfitéuticas estaban concedidas en subenfiteusis a campesinos, por lo que la solución propuesta conduciría a la cesión de la tierra al campesinado. Grandes extensiones de propiedades plenas o de dominios enfitéuticos habían sido cedidas en *rabassa morta* o censo a primeras cepas, desde el XVIII, de modo que los *rabassaires* podrían adquirir la propiedad. Por eso se limitó su duración a cincuenta años o se pretendió que no eran enfiteusis, sino otros contratos especiales que fenecían tras ese plazo de medio siglo. Los propietarios catalanes no podían admitir la aplicación de una legislación general, que al permitir redimir el dominio directo como una carga de la propiedad, les privaría de la propiedad de la tierra.⁴²

Valencia también fue zona de enfiteusis extendidas, pero sin que cupiera el establecimiento de subenfiteusis, en ningún caso. Durante el XVIII y XIX grandes extensiones de dominio útil habían pasado de las manos de los campesinos a las clases ciudadanas, incluso a la nobleza o la iglesia. Por tanto, un sistema de redención por el enfiteuta no sólo beneficiaba a los campesinos, sino a una buena parte de la burguesía urbana y las clases adineradas. En todo caso, no podían esgrimir un derecho foral y tuvieron que conformarse con la solución general.

Castilla y Andalucía, por su parte, estaban organizadas con formas de propiedad plena, que se explotaba por arrendamientos. Estaba en manos de la nobleza o clases poderosas —la eclesiástica se desamortizó—. Por consiguiente no se veían afectadas como los territorios forales; los labriegos no podían discutir sus propiedades.

De otra parte, en Galicia, en Navarra y en el País Vasco existían aprovechamientos colectivos, montes y comunidades que

Castilla y Andalucía estaban organizadas con formas de propiedad plena, que se explotaba por arrendamientos. Estaba en manos de la nobleza o clases poderosas. Por consiguiente no se veían afectadas como los territorios forales; los labriegos no podían discutir sus propiedades.

42. Mariano Peset, "Una nota sobre Durán y Bas y la enfiteusis catalana", *Materiales III Jornades de dret català a Tossa*, 26-29 septiembre 1984, pp. 193-211; Manuel Durán y Bas, *La codificación y sus problemas*, Barcelona. 1889.

La codificación civil se paralizó durante años. Algunas materias se unificaron mediante leyes especiales, como la ley hipotecaria de 1861.

Se quiso unificar a través de leyes generales, sin despertar suspicacias de los foralistas. Ese sentido tuvieron las leyes de 1870 sobre matrimonio civil y sobre registro civil.

lograron mantenerse gracias a las normas forales. Incluso la desamortización civil pudo limitarse en Navarra, ya que la determinación de los bienes de los pueblos que no debían ser objeto de venta se decidió por la diputación, no por los órganos centrales, permitiendo el mantenimiento de comunes y explotaciones colectivas que, en otros lugares, fueron aniquilados.⁴³ La ley paccionada de 1841 había dejado en sus manos competencias sobre comunes, pastos y propios...⁴⁴

En todo caso, la codificación civil se paralizó durante años. Algunas materias se unificaron mediante leyes especiales, como la ley hipotecaria de 1861, obra de Claudio Antón de Luzuriaga, colaborador de García Goyena. El código civil se dejó para mejor coyuntura. La "Gloriosa" revolución de 1868 volvió sobre la reforma del derecho civil. La constitución de 1869 reiteró la identidad de códigos, con una coletilla, muy semejante a la gaditana, que ahora se refería, sin nombrarlos, a los derechos forales. Se quiso unificar a través de leyes generales, sin despertar suspicacias de los foralistas. Ese sentido tuvieron las leyes de 1870 sobre matrimonio civil y sobre registro civil. Pero incluso se llegó a presentar un primer libro del futuro código a las cortes en 1869.⁴⁵

Fueron años muy difíciles, de marcada inestabilidad política, que provocó la abdicación de Amadeo I. Se proclamó la primera república, que intentó una nueva constitución, que no pudo ser aprobada. Pi y Margall creía en un Estado federal que respetaría la diversidad jurídica, política. El proyecto de constitución republicana de 1873 optaba por esta vía federal, pero encontró obstáculos desde el inicio. El proyecto de la mayoría decidía, en su artículo primero, cuáles habían de ser los estados que constituían la federación; pero una parte de los miembros de la comisión, los intransigentes, presentaron

43. Véase Iñaki Iriarte, *Bienes comunales y capitalismo agrario en Navarra*, Madrid, 1997.

44. Planteé las cuestiones de propiedad en *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, Edersa, Madrid, 1982, 2ª edición 1988; también en "Derecho y propiedad en la España liberal", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 5/6 (1976-1977), 463-507; "Propiedad y crédito agrario", en Carlos Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Barcelona, 1990, pp. 157-185; Bartolomé Clavero, "Foros y rabassas. Los censos agrarios ante la revolución española", *Agricultura y sociedad*, 16 (1980), 27-69; 18 (1981), 65-100.

45. Diego Espín Cánovas, "La constitución de 1869 y la legislación civil hasta 1974", *Revista de estudios políticos*, 163 (1969), 117-137; J. M. Scholz, *Handbuch*, III, 1, pp. 506-513; Lasso Gaité, *Crónica*, 4, vol. 1, pp. 352-357.

un voto alternativo, que pretendía dejar a la iniciativa de las provincias la mayor o menor extensión de los estados miembros, que se formarían por decisión desde abajo. Además, los federales intransigentes se pusieron al frente de levantamientos cantonales, y se encendió la guerra civil —en el norte contra el carlismo, nuevamente sublevado—.⁴⁶ El ejército terminó con los levantamientos carlistas y cantonales; también con la república, cuando el general Pavía entró a caballo en el recinto de las cortes. Se estableció un gobierno provisional, presidido por el general Serrano, duque de la Torre. Después vino el pronunciamiento del general Martínez Campos —Alfonso XII y el turno de los partidos dinásticos—. La ley de 21 de julio de 1876 —final de la guerra carlista— suprimió instituciones públicas vascas, obligó al servicio de las armas y a la contribución a los gastos públicos, dejaba al gobierno las reformas que tuviese por bien. Se admitió el concierto económico, que sería negociado por ambas partes...

No obstante, la república había planteado una organización del Estado español diferente, no centralizado. Cuando en 1877 Pi y Margall publique su libro sobre *Las nacionalidades*, recurrirá a los derechos forales como una de las razones de la diversidad de España, que necesita una estructura federal, en donde convivan los diversos pueblos que la componen. El intento había fracasado, pero sus consecuencias seguirían. El nacimiento del partido nacionalista vasco de Sabino Arana o el nacionalismo catalán de Almirall y Prat de la Riba, volverán a plantear un nuevo escenario, junto a federalistas y carlistas.

La comisión general de codificación, repuesta en 1875, siguió trabajando en el futuro código. Sin embargo, no parecía posible una solución unitaria, y el ministro Álvarez Bugallal, por decreto de 2 de febrero de 1880, prefirió limitar el código a los territorios de derecho común, con respeto de los derechos forales. Sobre estos ordenamientos se redactarían sendas memorias, que recogiesen expresamente las instituciones que pervivían y debían ser mantenidas. Franco y López recogió el derecho aragonés, Durán y Bas el catalán, Ripoll y Palou escribió sobre derecho balear, Morales y Gómez sobre Navarra, y sobre los foros y la sociedad gallega López de Lago —existen después en los diversos territorios varios anteproyectos y retoques, que no es momento de enumerar—. Los aragoneses reunieron un congreso en 1880-1881 en donde se expresaba su inclinación a favorecer la codificación. El sentido del decreto Bugallal era

Cuando en 1877 Pi y Margall publique su libro sobre *Las nacionalidades*, recurrirá a los derechos forales como una de las razones de la diversidad de España.

El ministro Álvarez Bugallal, por decreto de 2 de febrero de 1880, prefirió limitar el código a los territorios de derecho común, con respeto de los derechos forales.

46. Mariano Peset, "Autonomía y regeneracionismo", *Foralismo, derechos históricos y democracia*, Bilbao, 1998, pp. 231-260.

Los derechos forales históricos quedaban subsistentes, como una tradición del pasado; se habían adaptado a los nuevos tiempos, pero ahora deberían quedar fijados, sin posibilidad de alteración.

Se aceptaba en su artículo 5º, la conservación de los derechos forales “en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del código”.

avanzar en un código para los territorios de derecho común —es decir, los sometidos a las leyes de Castilla— y, a la vez, compilar o reunir las especialidades forales que serían objeto de una legislación especial... Por tanto, los derechos forales históricos quedaban subsistentes, como una tradición del pasado; sin duda, se habían adaptado a los nuevos tiempos, pero ahora deberían quedar fijados, sin posibilidad de alteración. Quizá, por esa razón, los foralistas no mostraron demasiado interés en esta vía; era difícil articular sus tradiciones, que dejadas como expresión de la historia, tenían quizá menos definición y podían lograr modificaciones en la práctica, adaptaciones, aunque no esenciales.

La codificación civil siguió adelante, se fueron redactando en la comisión general los diversos libros. Pero tardaría en realizarse, más que por razones técnicas, por la necesidad de ajustar el equilibrio entre el texto del derecho común y las áreas forales. Se juzgó oportuno someter una ley de bases a las cortes, en 1881, por Alonso Martínez. En la base 17ª se prometía trasladar al nuevo código las instituciones forales que fueran ventajosas para el derecho general de los ciudadanos españoles; fuera de esto, otras, que no puedan desarraigarse “sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia”, se conservarían por una ley especial. El código civil se aplicaría en defecto de norma foral, con derogación de los derechos supletorios romano y canónico. Las bases fueron rechazadas; en parte porque se prefería conocer el texto definitivo —se presentaron los libros primero y segundo del proyecto—, pero también porque los foralistas no querían renunciar a su propio derecho supletorio.

En la ley de bases de 1885, aprobada en 11 de mayo de 1888, se conservaron los derechos supletorios, el viejo derecho común: se aceptaba el título preliminar y las formas de matrimonio y, en su artículo 5º, la conservación de los derechos forales “en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas en sus leyes especiales”. Esta solución pasaría al artículo 12 del código civil, añadiendo las palabras *escrito o consuetudinario* para mejor inteligencia y fuerza de los ordenamientos forales. En el artículo 6º se preveían apéndices para conservar las instituciones convenientes, y en el 7º se establecía una postura más matizada para Aragón y las Baleares. El código se articuló con celeridad —los trabajos estaban avanzados— y se presentó a las cortes. Un defecto en

la publicación se aprovechó para algunos retoques, con una segunda edición en 1889. De ahí que nuestro código deba ser citado con fecha 1888-1889; además, de este modo, se alude a su fundamento que es la aprobación de la ley de bases.⁴⁷ En 31 de julio de 1889 se extiende el código a Cuba, Puerto Rico y Filipinas. En los distintos territorios se trabajó desde entonces —son numerosos los proyectos— para completar el código civil. Se creía que su ejecución sería pronta, y muchos opinaban que sólo se recogerían algunas especialidades, y se caminaría hacia la unidad: Canalejas, ministro de gracia y justicia, en la apertura de los tribunales de 1889, alababa el código y a su autor Alonso Martínez, hablaba de transacción y sacrificios de opinión; esperaba que los apéndices contuvieran unos cuantos artículos y se lograra en breve plazo la unidad legislativa. En 1899, con el gobierno Silvela —Durán y Bas en gracia y justicia— se decretaron comisiones en cada uno de los países de derecho foral. Sólo Aragón lo consiguió: su comisión, presidida por Gil Bergés, redactó el proyecto en 1904, pero no se avanzó hasta que Maura en 1923 ordenó la definitiva redacción del mismo por la comisión general de codificación. La dictadura de Primo de Rivera quiso mostrarse regionalista y eficaz, y lo sacó a información pública al año siguiente, siendo aprobado, al fin, por decreto de 7 de diciembre de 1925 —la república lo elevó a ley en 30 de diciembre de 1931—.

Con la segunda república, con las regiones de la constitución de 1931 y los estatutos se abría una posibilidad nueva. En especial con el estatuto catalán de 1932, que fue el primer aprobado —el vasco en 1936, ya en guerra—. El parlamento catalán podría mejorar y modificar su derecho foral, que ahora, como siglos antes, se adaptaría y tendría nuevas fuentes de creación... Ya no era un derecho muerto, conservado o cristalizado en una práctica, sino que lograría vías para su desarrollo. En todo caso, apenas hubo tiempo de ensayar los nuevos cauces. La sublevación de 1936 urgió otras tareas en defensa de la república...

Canalejas alababa el código y esperaba que los apéndices contuvieran unos cuantos artículos y se lograra en breve plazo la unidad legislativa.

Con la segunda república, con las regiones de la constitución de 1931 y los estatutos se abría una posibilidad nueva.

⁴⁷. Califica este final, con evidente exageración, de "broche de oro", Francisco Tomás y Valiente, "Los supuestos ideológicos del código civil: el procedimiento legislativo", *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, p. 89. Sobre esta última etapa, J. M. Scholz, *Handbuch*, III, 1, pp. 513-577, así como los apéndices y compilaciones forales, 577-590; Lasso Gaité, *Crónica*, 4, vol. 1, pp. 373-640. También los estudios de Manuel Peña Bernaldo de Quirós, "El anteproyecto del código civil de 30 de abril de 1888", *Anuario de derecho civil*, 13, 4 (1960), 1.171-1.193; "Antecedentes del código civil vigente", *Anuario de derecho civil*, 18 (1965), 911-920; *El anteproyecto del código civil español (1882-1888)*, publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, en Centenario de la ley del notariado, Sección IV. Fuentes y bibliografía, I, Madrid, 1965, reeditado en 2006.