

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)

Artikel vom 18. August 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0508mora.htm>

ISSN 1860-5605

Adela Mora Cañada, Universidad Carlos III de Madrid:

EN LOS COMIENZOS DE LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

1. Introducción.
2. La Constitución de Bayona y su proyecto codificador.
3. La Constitución de Cádiz y los primeros códigos españoles.
4. El proyecto de Código civil de 1821.
5. ¿Un proyecto de influencia napoleónica?
6. Consideraciones finales.

1. Introducción

Los territorios pertenecientes a la monarquía hispánica, aun con sus particularidades – que no van a encontrar tratamiento en estas páginas –, no fueron ajenos a las corrientes del pensamiento racionalista¹. En el siglo XVIII se leían los autores franceses, pero también, y en mayor proporción, los procedentes de Inglaterra. Más que a círculos cerrados limitados por las fronteras políticas respectivas, los ilustrados pertenecían a una comunidad erudita de carácter cosmopolita en la que circulaban con facilidad las lecturas y las relaciones epistolares. Estas corrientes a las que no fue ajena la cultura hispánica, dejaron su influjo en el pensamiento jurídico a través de conceptos laboriosamente contruidos, en particular el de código², pero todo ello con los matices propios de las circunstancias en las que se movía la doctrina de los siglos XVII y XVIII, anclada en la contrarreforma y dominada por el principio de autoridad fijado por la Iglesia católica. Estaba lastrada por las prohibiciones que pesaban sobre los autores protestantes más representativos como Grocio, Pufendorf..., o por disputas acerca de la pertinencia o no de adoptar determinadas líneas de la cultura coetánea – por ejemplo, la aplicación del “método matemático” o, incluso, de la propia razón al derecho natural –. Si a pesar de todo los libros y los impresos circulaban y si la defensa de las “regalías” del monarca podía llegar incluso a cuestionar la concepción

1

-
- 1 Para estas cuestiones introductorias, F. Sánchez-Blanco Parody, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid, Alianza, 1991; y también *La mentalidad ilustrada*, Madrid, Taurus, 1999, p. 273.
 - 2 P. Caroni, con numerosos reenvíos a anteriores publicaciones suyas, se plantea al respecto varias dudas, entre otras la de la existencia de una historia de la idea o concepto de ‘código’, *Per una storia finalmente sociale del codice*, en: *Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell’Europa mediterranea*, A. Romano (ed.), Tavolarotonda, 1 (2004), 25-49.

tradicional de la comunidad política, las ideas, por vía oral o por escrito, no siempre podían transmitirse pública y abiertamente por temor a las consecuencias de la censura inquisitorial.

Quizá por ello, el concepto de código, en sus orígenes ilustrados, resultaba equívoco: además de la persistencia de significados provenientes de un pasado secular, cuando los iusracionalistas planteaban teóricas reformas legislativas por la vía del código, otros términos – el de “instituciones” como elementos o resumen del derecho, o el de “código teórico-práctico” en el terreno de las instituciones – volcaron en él sus contenidos. Nada de ello resultaba incompatible, pese a todo, con la formación del concepto racionalista de código – como método y como precepto³ y sin embargo, la confluencia de todas estas circunstancias pueden hacer comprensible que algunos intentos de elaborar un código por parte de la monarquía en el siglo XVIII no fructificaran⁴, entre otras cosas por la pluralidad de significados del sustantivo. Habrá que adentrarse en la centuria siguiente para ver sus resultados.

2

2. La Constitución de Bayona y su proyecto codificador

Efectivamente, en la España ocupada por los ejércitos franceses⁵ se llevó a cabo lo que podría considerarse como el primer ensayo constitucional para “los dominios de España e Indias”, la Constitución de 1808⁶. Muy pocos de sus preceptos llegaron a ejecutarse en la práctica⁷, pero con ellos llegaron por primera vez los códigos, de la mano de un monarca

3

3 Para todas estas cuestiones ilustra ampliamente B. Clavero, La idea de código en la ilustración jurídica, en: Historia. Instituciones. Documentos, 6 (1979), 49-88; estos problemas continúan presentes cuando el primer liberalismo español debate la realización de los códigos.

4 Sobre el fracaso de los códigos en la ilustración, J.R. Casabó Ruiz, Los orígenes de la codificación penal en España: el proyecto de código criminal de 1787, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, 22 (1969), 313-343; M. Peset, Una propuesta de código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori, en: Homenaje a Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, II, 217-260; puede servir de complemento J. Malagón Barceló, Código negro carolino, Santo Domingo, Ediciones Taller, 1974.

5 La ocupación de la Península ibérica por Napoleón y su posterior intento de incorporar España a su Imperio, le hicieron tomar la decisión de sustituir a los Borbones españoles, como había hecho en situaciones anteriores, por un miembro de su familia, en este caso su hermano José. Atrajo a la familia real a Bayona, pero la salida de ésta de Madrid provocó en la ciudad un levantamiento el 2 de mayo de 1808 que, aun habiendo sido sofocado, fue aprovechado por Napoleón para obligar a renunciar al trono español tanto al anterior monarca Carlos IV como a su hijo, entonces rey, Fernando VII. No acabaron con ello los disturbios en la Península; se fueron extendiendo por el territorio y a lo largo de mayo comenzó la llamada “guerra de la independencia” contra los ejércitos franceses. Al respecto, M. Artola, La España de Fernando VII, Madrid, Espasa Calpe, 1999, pp. 41-94.

6 No hace al caso entrar aquí en el debate de la consideración o no de este texto como una constitución pese al modo en que se llevó a cabo, como veremos, el proceso de elaboración; pero por ello y para distinguirlo de la posterior Constitución de 1812, realizada por unas Cortes depositarias de la soberanía de la nación, le designaré también como “carta otorgada” pese a que su publicación oficial se hizo bajo el título de “Constitución”. Sobre el mismo y sus circunstancias, véase el ya clásico C. Sanz Cid, La Constitución de Bayona, Madrid, Editorial Reus, 1922, a quien sigo para la información aquí recogida.

7 J. Mercader Riba, José Bonaparte rey de España 1808-1813. Historia externa del reinado, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971; sobre estas cuestiones, también C. Muñoz de Bustillo Romero, Bayona en Andalucía: el Estado bonapartista en la prefectura de Xerez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Junta de Andalucía, 1991.

francés y bajo la inspiración napoleónica: tras la cesión a Napoleón efectuada por Fernando VII de sus derechos al trono, y una vez trasladados los miembros de la familia real española a Bayona⁸, el emperador se decidió a emprender las reformas requeridas para la regeneración de la nación y para otorgar una constitución. Pensó en reunir una asamblea con este fin en una ciudad francesa y Murat, uno de los principales animadores de la idea, comenzó a ponerla en pie ya desde mediados de mayo de 1808. Se compondría de ciento cincuenta personas, “escogidas entre el clero, la nobleza y las otras clases de la nación española”, para reunirse en Bayona el 15 de junio y “ocuparse de las leyes de felicidad de toda España”⁹.

Los componentes de esta asamblea estamental fueron designados directamente en algunos casos; en otros, teóricamente, habrían de ser elegidos pero bajo unas condiciones tan minuciosas sobre sus calidades y su número que se puede decir que la designación –“de manera caprichosa” según Sanz Cid – fue el expediente más utilizado. No todos acudieron pues la resistencia contra Francia ya estaba tomando cuerpo en los territorios peninsulares, de modo que algunos se excusaron y otros no respondieron a la iniciativa. Por ello, de los ciento cincuenta miembros sólo noventa y siete llegaron a estar presentes al cerrarse las sesiones. Cuando éstas comenzaron José Bonaparte había sido ya nombrado rey de España por Napoleón. Antes incluso, en el mes de mayo, contaba éste con un proyecto constitucional redactado bajo sus órdenes, y había solicitado diversas opiniones que le habían inducido a ir introduciendo cambios sustanciales.

La futura constitución francesa para España también pretendía reformas en el ámbito legislativo, concretamente en el de los códigos, pero a diferencia de lo ocurrido en otros territorios europeos, por lo que al civil respecta, no llegó a imponer el *Code Napoléon*, y no fue por no intentarlo. El propio Bonaparte quiso sondear al Consejo de Castilla para saber qué pensaba del Código y si se podría aplicar en España¹⁰. En consonancia con esta intención, la redacción inicial del proyecto constitucional – en el primer artículo de los que componían el título VIII del “Orden judicial” –, declaraba explícitamente: “El Código Napoleón formará las leyes civiles de España” (art. 53)¹¹. Sometido el texto a revisión en Madrid, en el mes de mayo, por una comisión reducida¹², la referencia al código no produjo la más mínima preocupación entre sus miembros y no fue digna de comentario alguno por su parte.

Antes del comienzo de las sesiones de la asamblea fue recabado también el parecer de alguno de los personajes que iban llegando a Bayona, e incluso reunió Napoleón una junta

8 El primero en llegar fue el propio Fernando VII, que cruzó el Bidasoa el 20 de abril de 1808, Artola, La España (nota 5), pp. 41-67.

9 Según la convocatoria publicada en la Gaceta de Madrid el 24 de mayo de 1808, Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 74-80.

10 Sanz Cid, La Constitución (nota 6), p. 70.

11 Sanz Cid, La Constitución (nota 6), p. 194.

12 Seleccionada y presidida por el embajador Laforest y su ayudante Fréville, en la que estuvieron presentes algunos relevantes políticos, Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 208-222.

provisional preparatoria – dos días antes de la apertura, prevista para el 15 de junio – con ánimo de recoger nuevas opiniones. En esta ocasión, los miembros del Consejo de Castilla que iban a participar en la junta española presentaron un informe, útil a su entender para orientar la constitución¹³. En él reconocían que “un Código de leyes arregladas hace falta en nuestra España”, y pedían que “para evitar la confusión legal reinante” se hiciera un código civil y otro penal, pero teniendo en cuenta en su elaboración “el derecho tradicional”.

Así pues, entre el 24 de mayo y el 13 de junio de 1808 se escalonaron las consultas que dieron como resultado numerosas modificaciones en el texto primitivo¹⁴. En el proyecto de nueva redacción – también en el título VIII, dedicado igualmente al “Orden judicial” –, se especificaba que “España será regida por un solo Código de leyes civiles” (art. 43), desapareciendo definitivamente el francés de 1804¹⁵.

No acabó aquí la labor depuradora y de ampliación, y aún se hizo una tercera redacción, con gran premura, quizá habiendo comenzado ya a reunirse regularmente la asamblea. De modo que el proyecto constitucional era ya un texto bastante maduro cuando ésta lo conoció y lo sometió a discusión. Por lo que a la cuestión del código interesa, nada cambió¹⁶. Pero durante los sucesivos debates algunos asistentes, en nombre del “derecho que les era propio”, se quejaron de la imposición de la unidad de leyes civiles; los restantes pidieron que esa unidad se extendiera también a las leyes criminales¹⁷. Sometidas a votación las diferentes propuestas, se aprobó añadir, al final del artículo relativo al “código de leyes civiles”, la coletilla “y criminales”, precisión admitida por el emperador¹⁸. Finalmente el artículo 96 de la Constitución de 1808 dejó sentado que las Españas y las Indias se gobernarían “por un solo código de leyes civiles y criminales”¹⁹, sin más

13 Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 228-229.

14 Hasta el punto de que Sanz Cid estima que lo que a partir de entonces se manejó fue ya un segundo proyecto, La Constitución (nota 6), p. 231.

15 El texto del segundo proyecto en Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 233-252. ¿Había triunfado el “derecho tradicional”? Según el citado informe de los miembros del Consejo de Castilla, en España “tenemos leyes sabias, pero no un Código que las contenga. Se trata de su formación, y no de derogar aquellos con los que vivieron felices nuestros antepasados”. Resulta llamativa la poco beligerante actitud del emperador en relación con España en esta cuestión, cuando parecía irreductible en su política de imposición del que ya era, desde 1807, el *Code Napoléon* a los otros territorios europeos bajo sus poder, al respecto, en esta misma sede, S. Soleil, Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?, en: Forum Historiae Iuris <<http://www.forhisiur.de/zitat/0503soleil.htm>>, en particular párrafos 40-47.

16 Sólo el número del artículo, ahora el 85, siempre en el título destinado a regular el “Orden judicial”, el undécimo en este proyecto.

17 Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 365-366.

18 “El art. 85 dispone que “la España se ha de gobernar por un solo código de leyes civiles”. Esto hizo que surgiera la idea de que debería decirse otro tanto sobre las leyes criminales, “y puesta a votación, todos unánimemente convinieron, en que se ponga la expresión y criminales al fin de este artículo”, como consta en el acta de la sesión novena, Sanz Cid, La Constitución (nota 6), p. 406.

19 El art. 113 añadía “Habrá un solo código de comercio para España e Indias”; citaré todos los textos constitucionales según la edición de R. Rico Linage, Constituciones históricas. Ediciones oficiales, Universidad de Sevilla, 1994.

precisiones.

3. La Constitución de Cádiz y los primeros códigos españoles

Casi paralelamente, en la España no ocupada²⁰, se puso en marcha otra experiencia constitucional que fraguó en las primeras Cortes nacionales reunidas en Cádiz desde el 24 de septiembre de 1810.

El año anterior, la Junta Suprema Central – que puso en marcha el proceso conducente a la elaboración de la constitución – propuso una “consulta al País”²¹ pidiendo opiniones a corporaciones y particulares sobre una amplia serie de cuestiones. En una de ellas buscaba respuestas acerca de los medios de mejorar y perfeccionar la legislación desterrando los abusos. Muchas de las contestaciones proponían para ello la elaboración de uno o más códigos, con diferentes opiniones acerca de sus contenidos, finalidad y procedimiento de elaboración. Pero por lo que a estos efectos interesa, ninguna hacía referencia, no ya desde el punto de vista doctrinal sino ni siquiera formal, a modelos ajenos a “nuestra legislación”²². Importa señalarlo por venir la respuesta, en múltiples ocasiones, de individuos con formación jurídica. Véase, por ejemplo, la del relator del crimen de la Chancillería de Granada quien, al hilo de otra cuestión, decía preferir las doctrinas emanadas de los antiguos cuerpos legales “a cuantas hayan vertido todos los publicistas extranjeros”²³.

Nada más lejano del modelo francés que las sugerencias de “que haya un solo código”²⁴, o la de “reducir a un solo código las leyes, ya civiles, ya criminales”²⁵, y más aún el hecho de que el término código no fuera, a estas alturas, unívoco y contuviera significados alejados del modelo ultrapirenaico²⁶. Por ello, podemos leer entre las respuestas a la

9

10

20 Mientras duró la situación bélica no llegó nunca a producirse la ocupación total del territorio español por parte de los franceses; en los territorios libres de su presencia no fue reconocido el rey impuesto por Napoleón, José I, y se tuvo que resolver el arduo problema de llenar el vacío institucional provocado por la efectiva renuncia al trono de los Borbones, padre e hijo, que había tenido lugar en Bayona el 5 de mayo de 1808, Artola, *La España* (nota 5), pp. 107-234. Una de las medidas tomadas fue la convocatoria en la ciudad de Cádiz de unas Cortes que promulgaron una Constitución el 19 de marzo de 1812. Remito también, para ésta y otras referencias históricas del período a I. Fernández Sarasola, *La influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español*, en: *Forum Historiae Iuris* <<http://www.forhisiur.de/zitat/0504sarasola.htm>>.

21 Proyecto de Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes (13 de mayo de 1809)

22 Véase, para ello, la selección de documentos en la que me baso para estas afirmaciones, recogida en M. Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, 2 vols., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, vol. II en general.

23 Artola, *Los orígenes* (nota 22), p. 486.

24 Artola, *Los orígenes* (nota 22), p. 145, opinión del obispo de Calahorra, o también p. 287, opinión emitida por el Ayuntamiento de Cádiz.

25 Artola, *Los orígenes* (nota 22), p. 198, respuesta del obispo y cabildo de Córdoba; los ejemplos que venimos citando no tienen afán de exhaustividad.

26 Al respecto, C. Petit, *El Código inexistente* (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX, en: *Anuario de Derecho civil*, 48, fascículo IV (octubre-diciembre 1995), 1492-1464; A. M^a. Barrero, A. Mora, *Algunas reflexiones en torno a la codificación civil* (“Mucho ruido y pocas nueces”), en: *Anuario de Historia del derecho español*, 67, vol. I (1997), 243-259.

“Consulta” que

El gobierno que propiamente puede llamarse español empieza en los godos, que [...] nos han transmitido códigos muy respetables de leyes, tanto civiles como eclesiásticas.

O bien

La multitud de nuestras leyes hace que éstas más bien confundan que dirijan a la equidad y a la justicia. Sean las leyes pocas, sólidas y sin la tenaz admisión de controversias. Las tenemos muy justas, arregladas y santas. Fórmese con ellas un claro y breve cuerpo, que se llame Constitución, *Código* o *Instituciones* de España e Indias²⁷.

Nada de esto equivale a afirmar que no existieran quienes pudieran moverse con absoluta corrección en las coordenadas del concepto de código del racionalismo²⁸. Estas diferencias conceptuales tuvieron también su reflejo durante las discusiones sobre el proyecto constitucional en las Cortes de Cádiz, en las que la unidad acerca de la idea de “código” no era precisamente el rasgo más característico. No me extenderé en estas cuestiones pues la bibliografía citada ha incidido abundantemente²⁹. Años más tarde, cuando la comisión que redactó el proyecto de código civil de 1821 del que luego me ocuparé se puso manos a la obra, junto al código que se proponía elaborar advertía

11

España no carece ciertamente de Códigos: y si la Comisión tratase de ostentar erudición y una vanidad estéril, podría demostrar aquí que después de la caída del imperio romano, y consiguiente irrupción de los bárbaros, y en la edad que se llama *media*, los tuvo muy superiores a los del resto de Europa. El *Fuero Juzgo* de una parte, y de otra las *Siete Partidas*, responderían de la verdad de esta aseveración [...] Pero contrayéndose la Comisión a su objeto, se limitará a manifestar la imperiosísima necesidad de un nuevo Código civil en vista del estado de los actuales³⁰.

Quiero señalar que, sin embargo, la primera Constitución española, aprobada en dicha ciudad el 19 de marzo de 1812, recogió la declarada voluntad de los diputados de que “El código civil y el criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía [...]” (art. 258)³¹.

*

Sirvan estos episodios como esbozo de la situación en la que, bajo la vigencia de la citada Constitución de 1812, que llamaba – como la carta de Bayona – a la elaboración de

12

27 Artola, Los orígenes (nota 22), pp. 167 y 218; las cursivas son mías.

28 Clavero, La idea de código (nota 3), p. 76.

29 Igualmente incide en tales aspectos F. Tomás y Valiente, Aspectos generales del proceso de codificación en España, en : Íd., Códigos y constituciones 1808-1978, Madrid, Alianza, 1989, 9-30.

30 Discurso preliminar, J.F. Lasso Gaité, Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código), 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia, 1979, vol. II, p. 12.

31 Sobre estas precisas cuestiones conceptuales, Barrero, Mora, Algunas reflexiones (nota 26), pp. 245-253. Una visión general del proceso de elaboración del código civil en M. Peset, Una interpretación de la codificación española, en: Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano, México, UNAM, 665-686; igualmente, en términos de puesta a punto de un estado de la cuestión, M.Á. Bermejo Castriello, Diorama de virtualidades codificadas. Actualidad crítica del código y ficción de la codificación en España, en: Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, 93-128.

códigos, se produjo también como veremos el primer intento de redactar un código civil. En conjunto, la vigencia de esta Constitución fue corta. Fue derogada junto a las restantes normas emanadas de las Cortes de Cádiz tras la derrota de Napoleón y la vuelta a España del rey Fernando VII en 1814. Repuesta en 1820, en su segunda etapa tampoco pudo afianzarse: el corto período de vigencia y los manejos del rey para dificultar o evitar su aplicación no fueron el mejor terreno para su florecimiento. Fue de nuevo declarada en vigor, por tercera vez, en agosto de 1836³² y, finalmente, sustituida por una nueva promulgada el 18 de junio de 1837.

En tales circunstancias, durante los períodos constitucionales no fue fácil dedicarse a tareas que, como la redacción de códigos, requerían sosiego. Pese a todo, de algo sirvió la experiencia de 1812-1814 porque la vuelta al sistema constitucional de Cádiz en 1820 condujo a lo que hasta entonces no había sido posible: a la promulgación de un Código penal en 1822³³ y a la redacción del primer proyecto de código civil. Con este último se abrió un largo proceso que culminó en la promulgación del Código en 1888-1889, setenta y un años después de que los códigos fueran declarados constitucionalmente – en 1812 – como instrumento de unificación³⁴. Desde este punto de vista, contemplado en su totalidad el tracto de la codificación civil, el caso español está lejos del desarrollo de la napoleónica, que supo conciliar las distintas corrientes jurídicas de las regiones de *droit écrit* y las de *droit coutumier*³⁵ mientras en España la “cuestión foral” se erigió en la primera y más permanente de las causas que impidieron llegar a la pretendida unidad legislativa, al menos en esta rama del ordenamiento privado³⁶.

13

32 Para la narración de los acontecimientos políticos sucedidos entre la muerte de Fernando VII y la promulgación de la Constitución de 1837 se puede consultar J. Tomás Villarroja, Guerra y revolución. I. El proceso constitucional (1834-1843), en: Historia de España de Menéndez Pidal, J.M^a Jover Zamora (dir.), XXXIV-1, La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874), 3^a edic., Madrid, Espasa-Calpe, 1991, 5-67, pp. 5-28.

33 Algunas referencias: J. Antón Oneca, Historia del Código penal de 1822, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 18 (1965), 263-278; A. Fiestas Loza, Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822, en: Revista de Historia del Derecho, 1, vol. II (1977-1978), 55-77, J.L. Bermejo Cabrero, Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822, en: Anuario de Historia del Derecho Español, 66 (1996), 967-972.

34 No sólo del territorio, al decir el artículo 258 que los códigos civil, criminal y de comercio serían “unos mismos” para toda la Monarquía, sino también de la jurisdicción, al estar este artículo incluido en el título V, “De los tribunales, y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal”, en el que venía a completar el enunciado del artículo 248: “En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas”; las cursivas son mías.

35 J.É.M. de Portalis, Discurso preliminar al Código civil francés, Madrid, Civitas, 1997. Una información panorámica del proceso en J.-L. Halpérin, L'impossible Code civil, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

36 Por no extenderme en las referencias, recojo la de H. Mazeaud, citada por J.F. Lasso Gaité, Crónica (nota 30), vol. I, p. 18: “En ningún país existen tantas dificultades para uniformar la legislación civil como en España [...] La dificultad no está sólo en armonizar el elemento histórico y el filosófico, sino también en conciliar la legislación de Castilla con la de estas provincias, no pudiendo por lo tanto reformar una de ellas con exclusión de las otras”. Recordemos la referencia, recogida más arriba: ya en la asamblea de Bayona algunos de sus miembros rechazaban la “unidad” a la que el código civil conducía, Sanz Cid, La Constitución (nota 6), pp. 365-366. Una clarificadora exposición de estos problemas, aun cuando la referencia territorial sea Cataluña, P. Salvador Coderch, El proyecto de Código civil de 1851 y el derecho civil catalán, en: Íd., La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las

Recapitulando, hemos visto dos líneas abiertas por sendos textos – la Constitución de Bayona de 1808 y la Constitución gaditana de 1812 – sentando las bases para una futura labor de elaboración de códigos y, en concreto, de un código civil. Frustrada la primera, sólo presentaba expectativas reales la letra del artículo 258 de la segunda³⁷. Pero el recorrido, como he dicho, fue muy largo, casi tres cuartos de siglo costó conseguir el código³⁸. 14

Tras el primer intento de 1821³⁹, hasta 1836 – muerto ya Fernando VII y de nuevo bajo la vigencia, por última vez, de la Constitución de Cádiz – no volvió a entrar otro proyecto en las Cortes para ser discutido en ellas⁴⁰. Puede decirse que, a pesar de que la intención existía ya desde la primera década del siglo XIX, durante el primer tercio de la centuria sólo el proyecto de 1821 se erige en protagonista del proceso codificador en el ámbito civil. A él me voy a referir.

4. El proyecto de Código civil de 1821

Un levantamiento militar, el 1 de enero de 1820, posibilitó que por segunda vez la ley fundamental de 1812 entrara en vigor. El monarca, Fernando VII, fue obligado a jurarla. Comenzó así un nuevo período constitucional designado como “Trienio liberal” – al que el monarca absoluto dio fin con el auxilio de las tropas francesas que, enviadas por Luis XVIII, entraron en España en abril de 1823⁴¹. Esta vez hubo un extraordinario interés por la elaboración y aprobación de los códigos que la Constitución preveía⁴². Se formaron comisiones especiales en el seno de las Cortes – que comenzaron sus reuniones el 9 de 15

leyes, Barcelona, Bosch, 1985, 7-133.

37 Incluido, como hemos visto, en el título V y dentro de éste en el capítulo I, “De los tribunales”.

38 No voy a entrar tampoco en esta cuestión, para la que existe abundante bibliografía. De toda ella, señalo las que se dedican de forma monográfica: la propia obra de Lasso Gaité, *Crónica* (nota 36); E. Gacto Fernández, *Temas de Historia del derecho: Derecho del constitucionalismo y de la codificación*, II, Universidad de Sevilla, 1979; J. Baró Pazos, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1992.

39 Dejo de lado los proyectos y realizaciones llevadas a cabo en el último período de gobierno absolutista de Fernando VII: durante los diez últimos años de vida del monarca, tras su segunda abolición en 1823 de la Constitución de 1812 –sin mediar por lo tanto ni el mandato constitucional ni una asamblea representativa–, se promulgó en 1829 el Código de comercio y en 1830 la Ley de enjuiciamiento mercantil; bajo las órdenes del rey hubo además dos intentos de “formar el nuevo Código Civil general del Reino” –el segundo de los cuales fue tenido en cuenta junto a los diversos materiales que manejó la comisión redactora del proyecto de 1836– además de otros trabajos de autor desconocido, todo ello en Lasso Gaité, *Crónica* (nota 36), pp. 97-106.

40 Por real orden de 16 de noviembre de 1836, *Crónica* (nota 39), pp. 107-109.

41 De nuevo remito para estas cuestiones a Artola, *La España* (nota 5), pp. 529-666.

42 Y algunos más de los previstos en el art. 258 de la Constitución de 1812 –el civil, el criminal y el de comercio–, pues comienza a individualizarse el ramo de los “procedimientos”, y surgen intentos en nuevos campos igualmente desconocidos para el texto constitucional, como el de un código rural y un código sanitario que no salieron adelante, Lasso Gaité, *Crónica* (nota 36), pp. 95-96; M. Peset y J.L. Peset, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1972, pp. 189-211.

julio de 1820 – para continuar las labores iniciadas durante los trabajos de Cádiz y una de ellas fue la “Comisión del proyecto de Código civil”, integrada exclusivamente por diputados⁴³, sin participación de ningún miembro que no perteneciera a la asamblea legislativa⁴⁴, circunstancia que aleja este primer intento codificador del proceso de elaboración del *Code civil des français*⁴⁵.

La comisión, tratando de cumplir con su cometido, redactó un texto del que se imprimieron el discurso preliminar y parte del texto articulado. Es lo que se conserva, porque otros apartados no llegaron a redactarse y el resto se perdió por los acontecimientos que en 1823 terminaron abruptamente con la segunda experiencia constitucional⁴⁶. Se trataba de un ambicioso proyecto que entraba de lleno, por primera vez, a resolver formalmente cuestiones que hasta entonces no había habido oportunidad de plantear: qué era, a esas alturas del siglo, un “código”, y además, “civil”⁴⁷. El debate doctrinal estaba inédito.

El amplio “Discurso preliminar”, muy próximo a las reflexiones que acompañaron algunos códigos ilustrados⁴⁸, es una pieza esencial. Recoge la reflexión argumental que puede ser considerada como la base teórica para la ulterior elaboración del código y en ella se establece con claridad dónde se hallaban sus raíces: en el racionalismo del siglo de las Luces. Me centraré solamente en tres de las cuestiones que se desarrollan en los preliminares del proyecto y que he considerado primordiales para este trabajo.

a) Comienza la comisión por fijar el problema más amplio, el de las relaciones entre la legislación y la moral, porque “reconocen un mismo centro” aunque “la circunferencia de ésta [la moral] es incomparablemente más extensa”. He aquí la idea que, como máxima de “una razón sólidamente ilustrada”, guiará el discurso de los diputados. Así lo afirman y para ello se sirven de Bentham⁴⁹. Siguiendo quizás a Montesquieu, reconocen la

16

17

43 Fueron nombrados Antonio Cano Manuel, Antonio de la Cuesta y Torre, Pedro de Silves, Juan Nepomuceno Fernández San Miguel, Martín Hinojosa, Felipe Benicio Navarro y, en calidad de presidente, Nicolás María Garelly; sobre su figura y su protagonismo en la actividad de la comisión, M. Peset Reig, Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821, en: Anuario de Derecho Civil, 28/I (1975), 29-100, pp. 37-41; también P. García Trobat, El catedrático Nicolás M^a Garelly y la Novísima Recopilación, en: Aulas y saberes. VI Congreso internacional de historia de las universidades hispánicas (Valencia, 1999), 2 vols., Universitat de València, vol. I., 445-452.

44 Lasso Gaité, Crónica (nota 36), pp. 62-66 es oportuna esta precisión ya que durante la etapa gaditana, para redactar los códigos que nunca llegaron a formarse, se barajó la posibilidad de integrar en las respectivas comisiones miembros externos a las Cortes.

45 Portalis, Discurso preliminar (nota 35), p. 27.

46 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 100; Lasso Gaité, Crónica (nota 36), p. 64.

47 El texto de este proyecto se puede consultar en Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp.7-67.

48 Como el Allgemeines Landrecht prusiano y el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austriaco aunque, obviamente, dada la fecha de su redacción, no siempre fueran coincidentes en sus aseveraciones: véanse los trabajos de E. Gómez Arboleya, El racionalismo jurídico y los Códigos europeos, I y III, en: Íd., Estudios de teoría de la sociedad y del Estado, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 439-466 y 511-543 respectivamente

49 El plantearse la identificación de las relaciones entre legislación y moral es comprensible dada la preocupación propia del pensamiento ilustrado en torno a la razón y otro tipo de mandatos, imperativos o leyes como fundamentos de la voluntad; pero es también, y sobre todo, la preocupación por la distinción entre una legislación moral y una legislación jurídica en función de que la ley incluya o no una motivación implícita: la acción como deber, tal como lo expuso I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Hamburg, Felix

particularidad de las leyes propias de cada pueblo⁵⁰, puesto que sólo existe “un Código para cada país” – entendiendo por tal “el conjunto o reunión de todas sus leyes”. Lo que no obstaba para que la comisión estimara que “en el actual estado de ilustración están acordes los maestros de la ciencia de las leyes acerca de la necesidad y ventajas de su natural y más cómoda división”. No determinaba quiénes eran tales maestros, pero en consonancia con ellos señalaba la existencia de un *código exterior* y otro *interior*. Ésta y otras referencias anteriormente recogidas permiten comprobar que el término código sigue manteniéndose con un significado totalizador, comprensivo de todo el ordenamiento jurídico bien para el ordenamiento exterior bien para el interior, sin duda respetuosísimo con sus raíces ilustradas⁵¹.

Entramos, con dicha división, en el asunto que quiero destacar: la explicable necesidad, sentida por quienes por primera vez se enfrentan a la elaboración de un código civil, de deslindar previamente su campo de actuación. Y en esta preocupación es posible reconocer la lectura realizada sobre uno de esos anónimos “maestros”, se trata igualmente de Bentham. Al exponer éste su *Idea general de un cuerpo completo de legislación* explicaba que “para redactar un cuerpo completo de leyes es necesario conocer todas las partes que deben comprenderse en él [...] Esto es lo que se verifica cuando, tomando el cuerpo entero, se le divide en dos partes”. En su enumeración de las “divisiones usadas”, la primera de ellas distingue entre “derecho interior” y “derecho de gentes”⁵².

A tenor de la distinción adoptada, el llamado código exterior comprendería los derechos y obligaciones que el hombre que vive en una determinada sociedad tiene respecto a las otras “que están o pueden estar en relación con ella”; el segundo atendería a los derechos y obligaciones de ese hombre para con esa sociedad en la que vive y para con los individuos

18

19

Meiner, 1959, en especial los tres primeros párrafos de la introducción, pp. 11-23. Pese a la generalidad de tales planteamientos en el racionalismo, no fue el filósofo alemán quien iluminó a la comisión del código civil; su formulación resultaba quizá compleja si se la compara con la de Bentham quien establecía, con mayor sencillez, los límites entre moral y legislación: “La moral en general es el arte de dirigir las acciones de los hombres de modo que produzcan la mayor suma posible de felicidad, la legislación debe tener precisamente el mismo objeto. Pero aunque estas dos artes, ó estas dos ciencias tengan un objeto mismo se diferencian mucho en su estension; porque la moral comprende todas las acciones públicas y privadas... y la legislación no puede hacer esto, y aunque pudiera, no debería [sic] una intervencion continua y directa sobre la conducta de los hombres”, J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, M. Rodríguez Gil, (ed.), Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 75.

La citada obra está editada tomando como referencia los *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, miembro del Consejo representativo de Ginebra, y traducida al castellano por Ramón Salas, ciudadano español, y doctor de Salamanca. Con arreglo a la segunda edición revista, corregida y aumentada, 5 tomos, Madrid, 1821-22. Es sin duda esta aproximación extractada y traducida al castellano la que manejó la comisión del código civil.

50 “Les lois politiques et civiles de chaque nation [...] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c’est un très grand hasard si celles d’une nation peuvent convenir à une autre”, Montesquieu, *L’esprit des lois*, libro I, capítulo III, en: *Œuvres complètes de Montesquieu*, I, Paris, 1856, p. 8. Pero tampoco Bentham, con continuas remisiones en este paso a este autor, se mostraba muy convencido de que las leyes de “un país dado en una época determinada” resultarían “igualmente buenas para cualquier otro”, ver *Tratados de legislación* (nota 49), pp. 605-606.

51 Barrero, Mora, *Algunas reflexiones* (nota 26), pp. 246-247.

52 Bentham, *Tratados de legislación* (nota 49), pp. 425-429.

que la componen. Como, en su opinión, a la comisión no le competía “formar nuestro Código exterior”, era obvio que sus labores quedaban circunscritas al código interior. Era sin embargo necesario seguir parcelando el terreno, porque “el Código interior abraza varias ramificaciones” compartiendo todas ellas una raíz común, la organización de la sociedad, “o sea, su derecho constitucional” que establece las relaciones entre los individuos de una nación. Esta organización fijaba los derechos y obligaciones que no existían sino “por disposición de ley” que, en esta función, “se llama muy propiamente *ley fundamental*”⁵³. De ella procedían todas las demás leyes que la comisión denominaba *secundarias*. Eran precisamente las que formaban la materia de los códigos acordados por las Cortes, adoptando una última división, la de “Código civil” y “Código penal”, como disponía el artículo 258 de la Constitución de 1812, pero advirtiendo, pese a todo que, en puridad, “toda ley es penal en cuanto determina las acciones humanas, creando derechos u obligaciones”. De nuevo el espíritu de Bentham: insufla en este caso, en los redactores del proyecto, su convicción de la íntima “conexión de lo penal con lo civil”⁵⁴ y, con ella, una división del derecho – “la mas completa de todas ellas, y la mas cómoda” – en una tríada formada por el derecho penal, el derecho civil y el constitucional de la que este autor se sirve como base para estructurar su *Idea general de un cuerpo completo de legislación*⁵⁵.

b) Se llega así al final de un recorrido en el que, a través de divisiones y precisando sus contenidos, viene a concretarse aunque sólo aparentemente, como a continuación se verá, el segundo de los núcleos de interés del discurso preliminar, el contenido del Código civil. Es una delimitación de carácter negativo: ni relaciones entre sociedades, ni leyes que establezcan derechos y obligaciones para organizar una sociedad, ni código penal – “las leyes que clasifican los delitos, que prescriben sus correspondientes penas y el modo de hacerlas efectivas” –⁵⁶. Excluida esta masa de normas, ha llegado el momento de precisar positivamente: “todas las demás leyes son, en sentir [de la comisión], del resorte del Código civil”. Sigue aquí una apretada enumeración de materias⁵⁷:

20

53 La cursiva es mía.

54 Bentham, *Tratados de legislación* (nota 49), pp. 432-434. Acerca de su influencia, Peset Reig, *Análisis y concordancias* (nota 43), p. 33, y nota 6 de la misma página, en la que este autor incluye otros trabajos propios en los que analiza la cuestión en profundidad.

55 Bentham, *Tratados de legislación* (nota 49), 423-536, y por la cita, p. 428.

56 Los nombres de los componentes de las respectivas comisiones para elaborar los códigos, tanto el civil como el criminal, se hicieron públicos el mismo día en las Cortes, en: *Diario de Sesiones del Congreso de los diputados*, 22 de agosto de 1820, p. 610. Es por ello lícito deducir que ambas realizaron sus tareas de forma prácticamente simultánea, e incluso aventurar que hubieran podido mantenerse en contacto para debatir problemas comunes. Si fue así, no existe ninguna prueba. Como se hace patente en el comentado discurso preliminar del proyecto, la comisión encargada del Código civil se planteó en él la necesidad de establecer un marco conceptual con una visión omnicomprendensiva del ordenamiento jurídico y entrando incluso a la delimitación de su propio ámbito en relación con el penal. La comisión que redactó primero el proyecto y luego el Código criminal, en medio de su retórica legitimadora del modelo político, no entró sino a dilucidar estrictamente los problemas propios de la penalística. No aporta, pues, ninguna luz adicional al discurso de los redactores del proyecto civil en el problema que estoy tratando; ver el “Proyecto de Código penal. Presentado a las Cortes por la comisión nombrada al efecto” en: *Diario de Sesiones*, Apéndice al nº 54, legislatura de 1821.

57 Lasso Gaité, *Crónica* (nota 30), p. 8.

[...] A él corresponde fijar preliminarmente la naturaleza y fuerza de la ley: especificar los derechos y obligaciones que ella ha creado a favor de los individuos o de la causa pública relativamente a las personas o a las cosas; individualizando las modificaciones de las reglas generales de los contratos y su ejecución, que exija el bien común respecto de los mercantiles: prescribir la índole y las atribuciones de los poderes a quienes la ley ha encomendado su aplicación en los casos económicos o de gobierno, y en los controvertidos o judiciales; afianzar los derechos por medio de fórmulas que marquen muy circunstancialmente todos los pasos de los poderes mismos que aplican la ley.

Pero aún abarcaría el código civil “como un apéndice parcial el que se titula de *comercio*, [y] como un apéndice general el de *procedimientos civiles*”. Las reflexiones que podrían surgirnos inmediatamente no serían originales, porque la propia comisión las hace explícitas a renglón seguido, reconociendo que su propuesta de Código civil “no se limitaría al *derecho* que comúnmente se llama *privado*, sino que abrazaría también el *derecho público interior*, o sea la administración general del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político, con todas sus dependencias”⁵⁸.

c) Es inevitable la pregunta acerca del porqué de tan ambicioso proyecto, y ello nos sitúa ante otro problema, directamente conectado con éste de su contenido e incluso previo a él: para saber qué había de constituir su materialización del código era necesario saber a qué se estaban refiriendo al hablar de *derecho civil*. La respuesta no era, entonces, tan obvia. ¿Acaso el estado de la doctrina española no estaba en condiciones aún de fijar con claridad los límites del concepto para poder redactar el código correspondiente?

21

Si de la doctrina, y española, se trata podemos tomar como ejemplo a Ramón Salas⁵⁹ quien, por esas fechas, reeditaba la traducción de los *Tratados de legislación* de Bentham ampliada con sus propios comentarios⁶⁰. En uno de ellos repudiaba la división tripartita que los “jurisconsultos romanos” hicieron del derecho en natural, de gentes y civil, y se declaraba partidario de la que efectuaba Bentham en derecho interior y derecho de gentes

porque el adjetivo civil que viene de *ciudad* ó *civitate* conviene mejor al derecho que se llama municipal, que es el derecho particular de los habitantes de una ciudad, que al derecho común á todos los individuos de un estado⁶¹.

En Alemania, Thibaut dejó escrito en 1814 que el derecho civil siempre sería “el derecho privado y el penal, así como el procesal”⁶². Planteándose el concepto, en este período del siglo XIX, con la lógica de una concreción, como vemos, *in fieri*, no iban tan

22

58 Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp. 8 y 9; todas las cursivas son del texto.

59 Sobre el catedrático Ramón Salas se puede ver la “Introducción” de J.L. Bermejo Cabrero en: R. Salas, Lecciones de derecho público constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, IX-L.

60 Tratados de legislación civil y penal de Jeremías Bentham, traducción al castellano con comentarios, por Ramón Salas, 8 tomos, París, 1823.

61 Salas, Tratados (nota 60), vol. VI, pp. 12-13.

62 A.F.J. Thibaut, Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, en: J. Stern, Thibaut y Savigny. La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras, Madrid, Aguilar, 1970, 4-45, p. 11.

desencaminados los redactores del proyecto al querer reunir el derecho civil con el del comercio y el de “procedimientos” en el mismo ramo. Podría objetarse, sin embargo, que no hubiera resultado demasiado difícil salvar las plausibles dudas de la Comisión tomando como modelo el ya no tan reciente Código civil francés –anterior incluso en una década a la opinión del citado jurista alemán–, porque fue precisamente en ésta sede donde por primera vez se fijó la materia del derecho privado o civil⁶³.

No existía, pues, una respuesta unánime. Pero los diputados iban todavía más lejos con la ampliación al “derecho público interior”. Parece que el motivo de la inclusión de un apartado destinado a contener materias “administrativas” residía en otro lugar y no era meramente doctrinal:

23

[...] Si esta tan interesante parte de leyes, en cuanto no son puramente reglamentarias, sino que establecen bases generales y duraderas, no las abraza el *Código civil*, ¿en dónde se colocan? ¿Han de quedar vigentes la [Novísima] Recopilación, las colecciones de decretos, las providencias extravagantes en lo que no se hallen derogadas?

En consecuencia

La Comisión [...] resolvió desde sus sesiones primeras colocar en una segunda parte, bajo el nombre de *administrativa*, todo lo concerniente al gobierno interior del Reino y sus poderes ejecutivo y judicial, como encargados de hacer efectivos los derechos y obligaciones individuales de que se trata en la primera⁶⁴.

Se pretendía “archivar cuanto se legisló anteriormente” sustituyéndolo por los códigos. La situación del derecho vigente no era el menor de los problemas a los que tuvo que hacer frente la Comisión del código civil: la inmensa cantidad de normas de diferentes períodos – incluso medievales – y la técnica compilatoria bajo la que estaban reunidas, con la acumulación de materias que le era propia. La comisión se erigió, aprovechando la oportunidad, en protagonista de un cambio profundo y amplísimo del ordenamiento jurídico.

24

Dijo el poeta que se hace camino al andar. La *parte administrativa* aún no había adquirido una autonomía que, en cualquier caso, surgió también de una matriz civilista⁶⁵. El propósito, aun reconociendo que “esta especie de *Código administrativo* no entraba literalmente en el encargo que dieron las Cortes a la Comisión”, era reflejar en este apartado solamente “las disposiciones generales que por su naturaleza son perpetuas, y

25

63 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 71-72, para la evolución conceptual: desde un *ius civile* identificado con el *ius civitatis* y el *ius civium romanorum* o *ius quiritum* en las fuentes romanas –una amplia masa jurídica indiferenciada desde el punto de vista material durante los siglos de vigencia del “derecho común”–, hasta el paso a la concepción del derecho civil como un derecho general, un derecho para todos que empezó a adquirir entidad aunque con diversos calificativos –civil, zivil, bürgerlich–; junto a este proceso de elaboración tuvo además que establecer su autonomía respecto al derecho penal, y aún fue necesario fijar la diferencia entre derecho político y derecho civil, consecuencia del fenómeno de individualización del Estado, por un lado, y de la sociedad civil, por otro.

64 Discurso preliminar, en Lasso Gaité, *Crónica* (nota 30), p. 9.

65 S. Martín-Retortillo Baquer, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

cuyo conocimiento interesa a todos”. Se trataba nada menos que de asegurar “la garantía legal de los derechos y obligaciones que han emanado de la Constitución”. Recogiendo el mandato de los artículos 16 y 17 dividía la parte segunda, “De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones” en un primer libro “administrativo económico”, dejando para el segundo lo “administrativo judicial”⁶⁶.

Como venimos viendo a través del discurso preliminar del proyecto, Bentham – y sobre todo su *Idea general de un cuerpo completo de legislación* – había ofrecido muchas soluciones a los miembros de la comisión. En esta situación tan compleja, tanto por el estado de la legislación española como por la pluralidad de opiniones provenientes de la doctrina, la mejor guía era el diseño establecido en su obra por el jurista londinense. Tras enumerar múltiples divisiones del ordenamiento jurídico⁶⁷, a su entender

la tercera en derecho penal, derecho civil, y derecho constitucional, es la mas completa, la mas usada y la mas cómoda: ella será pues el centro de reunion á que yo reduciré todas las partes.

Éste es el sistema seguido a rajatabla por los redactores del proyecto. ¿Dónde situar esa parte administrativa que aún no tenía un orden jurídico propio? La respuesta es obvia. Estamos, pues, frente a un proyecto quizá inabarcable – los avatares políticos del período no permitieron comprobar si hubiera sido factible –, donde todo aquello que no sería recogido por los penalistas en su código fue objeto de su atención: la ley que concede derechos y obligaciones, su ejecución, sin olvidar la aplicación de la misma por los tribunales. Los miembros de la comisión se creyeron obligados a rebasar la sistemática establecida inicialmente, adentrándose en terrenos que no compartían, en este aspecto, el concepto de derecho civil del Código francés de 1804⁶⁸:

El que se titula [Código] *civil* es [...] el primero y más extenso, porque naturalmente abraza todo lo que no es excepción suya, por decirlo así [...] Tócale desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado: determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental⁶⁹.

66 Discurso preliminar, p. 25; las cursivas son del texto. La Constitución de 1812, desarrollada en la parte administrativa, decía lo siguiente: Art. 16: “La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey”; Art. 17: “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley”.

67 Bentham, *Tratados de legislación* (nota 49), pp. 425-429 y, concretamente por la cita, p. 428.

68 Peset Reig, *Análisis y concordancias* (nota 43), p. 32; C. Petit, *De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria*, en: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 8 (2005), en prensa.

69 Lasso Gaité, *Crónica* (nota 30), p. 9; las cursivas son del texto.

En este primer ensayo, la comisión parecía estar imbuida del significado racionalista del código civil como cuerpo normativo y constituyente⁷⁰, idea refrendada al estar prevista su elaboración en los sucesivos textos constitucionales, no sólo los españoles desde 1812 a 1876 sino también los anteriores franceses – tanto la *Constitución de Bayona para el reino de España* como la primera constitución francesa de 1791⁷¹–. Se debe señalar que ambos resultan ser antecedentes claramente inspiradores de la solución española pues la revolución americana y su constitución no amparaban, más bien al contrario, una solución semejante⁷².

En los puntos hasta aquí comentados del discurso preliminar del proyecto de 1821 no se perciben pautas explícitas para fundamentar la acogida de la doctrina o del código francés. Parece más bien que los fundamentos “filosóficos” que dan lugar a un modelo determinado de código civil están tomados, en bloque, de Bentham – sin duda de modo indirecto a través de quien hizo la síntesis de su pensamiento, Dumont, y de Salas, su traductor –⁷³. Teóricamente, en palabras de sus autores, el proyecto español no era otra cosa que “el desenvolvimiento [...] de la Constitución”, como correspondía a una visión sistemática racionalista del ordenamiento jurídico⁷⁴. Portalis había señalado ya esa necesaria relación en el *Code*⁷⁵:

El Código civil está bajo la tutela de las leyes políticas; debe ajustarse a ellas. Sería un gran

70 Clavero, La idea de código (nota 3), p. 67; también Gómez Arboleya, El racionalismo jurídico, (nota 48), I, p. 459.

71 Constitución de 3 de septiembre de 1791, Título primero: “Se hará un Código de leyes civiles comunes a todo el Reino”, en J. Varela Suanzes, Textos básicos de la historia constitucional comparada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 102.

72 B. Clavero, Codificación civil, revolución constitucional, en: Íd., Razón de estado, razón de individuo, razón de historia, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 61-128; y en particular, su afirmación de que “es [...] el Código un tipo de norma que, del mismo modo y en el mismo grado de la Constitución, trae causa de los Derechos. No constituye un desarrollo ulterior del ordenamiento, sino la ordenación inmediata de la libertad en el ámbito civil del mismísimo modo y en el mismísimo grado que la Constitución lo es o debe también teóricamente serlo en el político”, lo que demuestra la dificultad de deslindar terrenos teniendo en cuenta que, aún con un antecedente que podría haber servido de modelo, la experiencia se estaba poniendo en pie por vez primera en España; más aún, el proyecto del libro primero del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869, argumenta en torno a la imposibilidad de separar los derechos constitucionales y los civiles; tampoco es casual que en la propia Francia, al iniciarse los primeros pasos de la revolución, fueran únicamente dos los códigos en los que se pensaba, el político y el civil.

73 Del propio Ramón Salas se dijo, en su tiempo: “apasionado de Bentham, traductor e intérprete de las obras legales de este jurisconsulto, sigue fielmente sus huellas”; pero también el discípulo de este jurista salmantino, Toribio Núñez, influenciado sin duda por la afición de su maestro, asimiló el pensamiento de Bentham hasta el punto de “que resulta muy difícil deslindar lo que puede tener [su obra] de aportación original”, J.L. Bermejo Cabrero, “Introducción” (nota 59), pp. XLVI-XLVIII. Es obvio que la doctrina del autor inglés era bien conocida entre los juristas españoles del primer tercio del siglo XIX gracias a las traducciones que tanto Salas como Núñez realizaron; sobre este último, se puede ver R. Robledo, La Universidad de Salamanca en la restauración del absolutismo. Notas sobre Toribio Núñez, “apóstol” de Bentham, en: Josep Fontana. Història. I. Projecte social. Reconeixement d’una trajectòria, Barcelona, Crítica, 2004, 1079-1096.

74 Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 16. Petit indica que “nunca volverá a decirse por España una cosa semejante”, De la historia a la memoria (nota 67).

75 Portalis, Discurso preliminar (nota 35), pp. 47-48.

mal que hubiese contradicción en las máximas que gobiernan a los hombres.

5. ¿Un proyecto de influencia napoleónica?

Si del discurso preliminar pasamos a buscar en el proyecto de 1821 referencias más precisas ¿será posible hallar mayores influencias francesas? Para ello habrá que ceñirse a la parte que más se aproxima a los contenidos del *Code des français*, es decir, al texto articulado, aun siendo incompleto. El que ha llegado hasta nosotros es el destinado básicamente al derecho privado que regula las relaciones entre particulares. En este apartado cuento con el exhaustivo trabajo de Mariano Peset para quien “el código francés – no podía ser por menos – está presente en muchas de sus soluciones y de sus palabras” y, además, el proyecto “es el inicio en el largo camino de afrancesamiento de nuestra codificación civil”⁷⁶. 29

Aparecen dispersas influencias múltiples⁷⁷, pero las más numerosas pertenecen, según concluye Peset, tanto al derecho tradicional como al francés en torno a la fecha de elaboración del Código Napoleón. Respecto al primero, se refiere al derecho romano-canónico y a normas castellanas – textos bajomedievales como las *Partidas* y el *Fuero Real* de Alfonso X, o más tardíos como las *Leyes de Toro* de 1505 – así como a normas generales – la *Novísima Recopilación* de 1805 –; cita a algunos tratadistas españoles más próximos al período que nos ocupa – Juan Sala, Marcos Gutiérrez, Asso y de Manuel... – e incluso, aunque en menor medida, ve reflejada la práctica de los tribunales. 30

La segunda masa de materiales es de mayor interés para este trabajo. No siempre fueron éstos extraídos literalmente de sus fuentes sino que se modificaron o se mezclaron con otros: en lo que atañe a legislación, se trata del *Code des français* de 1804 obviamente, con algunas aportaciones tomadas del *Code de procédure civile*, del *Code d’instruction criminelle* e incluso de algunas constituciones. Esporádicamente aparece alguna referencia a Barbeyrac⁷⁸ y, desde el punto de vista de la exégesis, Toullier es el protagonista⁷⁹. Veamos dónde se hallan estas influencias. 31

El título preliminar del proyecto⁸⁰ se ocupaba “de las leyes”: su naturaleza, su elaboración, circulación y promulgación, así como su observancia. Siendo ésta una materia más bien 32

76 Seguiré el citado artículo de Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), utilísimo e importante a estos efectos en su totalidad; hago esta advertencia para evitar en este trabajo la excesiva acumulación de notas a pie de página.

77 Ocasionalmente Bentham, según Mariano Peset, además de esporádicas conexiones con otros códigos bajo la influencia del napoleónico anteriores al comentado proyecto –Luisiana, Dos Sicilias, cantón de Vaud–, también señala el autor otras con códigos ilustrados –Prusia, Austria–.

78 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 75.

79 Peset Reig afirma que creyó poder encontrar la influencia de Malleville, pero tuvo que rechazar posteriormente esta idea y aceptar que “si entonces lo conocían y manejaban, no deja huella en el proyecto”, Análisis y concordancias (nota 43), p. 35.

80 Contiene los artículos 1 a 33, distribuidos, dentro del Título preliminar “De las leyes” en los siguientes capítulos: Capítulo I: De la naturaleza de la ley; Capítulo II. De la formación de las leyes; Capítulo III. De la expedición, circulación y promulgación de las leyes; Capítulo IV. De la observancia de las leyes.

constitucional, no debería extrañarnos sin embargo su inclusión dada la ambiciosa amplitud del texto. La situación era propicia porque la primera constitución entonces vigente, la de 1812, había dejado sin aclarar cuestiones y “faltaba además prescribir reglas para la observancia de las leyes”. Fue opinión de la comisión que, en todo caso, “fijar la naturaleza y carácter de aquella disposición que se llama *ley* debía ser sin disputa el objeto primero del *Código*”⁸¹, ley de la que, en última instancia y como expuso Bentham, nacían los derechos y las obligaciones⁸². El precedente del *Code*, al regular estas cuestiones, era aquí un precedente de primera mano aunque el proyecto las trataba con mayor amplitud y con apoyo en el texto gaditano⁸³. Es patente esta influencia al fijar las fuentes del derecho, con la entronización de la ley y el consiguiente repudio de usos y costumbres⁸⁴.

Sigue una primera parte que se ocupa “de los derechos y de las obligaciones individuales”⁸⁵. Antes de iniciar el recorrido por sus artículos es necesario atender a su estructura y ésta permite afirmar que obedece, una vez más, a las directrices y a la concepción que del ordenamiento jurídico propugnaba Bentham. Por ello esta parte trataba de “los derechos y de las obligaciones” individuales, siendo el juego de ambos institutos, bajo diferentes ópticas, el eje de la misma⁸⁶. Al comparar esta sistemática con la del código francés de 1804, ni en su estructura definitiva ni en las leyes previas al mismo existe un planteamiento semejante⁸⁷. La distribución de materias del proyecto, además, no logra superar definitivamente la técnica compilatoria⁸⁸.

Sin embargo, en la regulación de las instituciones parece que se entra en otro mundo. Y una vez más, la influencia francesa se hace patente al introducir los principios revolucionarios del período – libertad, propiedad, igualdad y seguridad – que se tomaron prestados de las constituciones de 1793 y 1795⁸⁹.

33

81 “Discurso preliminar”, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 16; las cursivas son del texto.

82 “Los derechos y las obligaciones son hijos de la ley”, Bentham, Tratados de legislación (nota 49), p. 431.

83 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 42.

84 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 49.

85 Parte primera “De los derechos y de las obligaciones individuales”. Libro primero “De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general”. Libro segundo “De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas”.

86 “Todos los objetos que debe el legislador distribuir entre los miembros de la comunidad pueden reducirse á dos clases. 1º. Los derechos. 2º. Las obligaciones”. Sobre obligaciones y derechos se detiene al explicar cuál ha de ser el contenido del código civil, formando con ambos el quinto y sexto títulos, respectivamente, Bentham, Tratados de legislación (nota 49), pp. 103-105, 429-433 y 476-487.

87 Le Code civil français. Évolution des textes depuis 1804, Ph. Bihl (dir.), Paris, Dalloz, 2000.

88 Es el caso de la propiedad, de la que se ocupan en el capítulo II del título primero del primer libro, y a la que estaba destinado el libro tercero. No era precisamente el pensamiento de Bentham en este terreno el mejor instrumento para superar el tradicional modelo de la recopilación; véase su opinión al respecto: “En los mas de los casos la misma ley recae sobre dos personas al mismo tiempo: la persona á que impone una obligación, y la persona á la cual por consiguiente confiere un derecho. No se dejará de hacer mencion de la ley en estos dos títulos”, Bentham, Tratados de legislación (nota 49), p. 506.

89 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 50-52.

El libro primero⁹⁰ distinguía los derechos y obligaciones *políticos*, así designados por dimanar directamente de la *Ley fundamental* con el fin de “sostener el Estado y aumentar su prosperidad”, y de los *civiles*, con el mismo origen pero consagrados al “bienestar individual de cuantos componen el Estado mismo”⁹¹. La distinción entre ciudadanos activos y pasivos y sus correspondientes derechos civiles o políticos proveniente de Sieyès entró necesariamente en un texto que pretendía ser desarrollo de la Constitución⁹². Se abrió según Peset una vía “hacia una teoría general”, con una clara vertiente doctrinal inspirada en los comentaristas del Code, sobre todo en Toullier⁹³. En esta materia, a través de ocho títulos⁹⁴, se regulaban cuestiones que también eran objeto de atención en el *Code des français* aun cuando con una sistemática, ya lo he indicado, bien diferente⁹⁵. Este código fue inspirador del tratamiento de la ausencia, en gran medida de los actos de nacimiento, matrimonio y muerte, y de algunas cuestiones relativas al domicilio⁹⁶.

34

Sin abandonar la parte primera, su libro segundo se detenía en “los derechos y obligaciones con respecto a las personas según su diferente condición doméstica”⁹⁷. Así como los derechos y obligaciones frente a la Nación, por hallarse en el Código fundamental, no podían “disminuirse ni aumentarse sin alterarlo”, en el caso de los vínculos dentro de la comunidad doméstica las diferencias entre los hombres “en razón de su mayor o menor prosperidad, de su edad y de los vínculos y dependencias que contrae”, exigían la intervención del legislador para ofrecer una *justa y sabia protección* a cada uno

35

90 Libro primero “De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general”. Título primero “De la naturaleza, de los derechos y de las obligaciones”. Capítulo I. De la libertad. Capítulo II. De la propiedad sobre las cosas. De los demás derechos legítimos.

91 Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp. 16-17; las cursivas son del texto. En efecto, la Constitución de 1812 establecía ambas categorías y las relacionaba con la libertad: Art. 4. “La Nación está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”; enumerando las facultades de las Cortes, el art. 131.24: “Proteger la libertad política de la imprenta”; y, finalmente, al regular el juramento del rey en su advenimiento al trono, el art. 173 le obligaba a respetar “sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo”; las cursivas son mías.

92 P. Costa, Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L’età delle rivoluzioni, Bari, Laterza, 2000, en especial, p. 28-29.

93 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 52-53.

94 Título I: De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones; Título II: De las calidades para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones; Título III: De la pérdida, suspensión o preservación de los derechos; Título IV: De la restitución de los derechos civiles; Título V: De la autenticidad legal del nacimiento, matrimonio y muerte; Título VI: Del lugar donde se hacen efectivos los derechos y las obligaciones; Título VII: De los medios establecidos por la ley para acreditar los derechos y las obligaciones; Título VIII: De las personas en general a quienes toca hacer efectivos los derechos y las obligaciones.

95 El Code resolvía la regulación a través de cuatro títulos: De la jouissance et de la privation des droits, Des actes de l’état civil, Du domicile y Des absents; en opinión de Peset Reig el proyecto español no mejoraba la sistemática y “resultaba demasiado premioso y doctrinal”, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 56-57.

96 Mucho más matizados, a través de este texto e incluso de la doctrina, podrían reconocerse algunos vestigios en materia de nacionalidad y de pérdida de los derechos de ciudadano Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 60-74.

97 Cuatro títulos lo componen. Título I: De la condición de marido y mujer; Título II: De la condición de padres e hijos; Título III: De la condición de protector y protegido; Título IV: De la condición de superior y dependiente.

de sus individuos. Se consideraba “del mayor interés que la ley examine las diversas situaciones [...]” porque pese a “crearnos [la Constitución] una anchurosa libertad e *igualdad civil*, dio por sentada la desigualdad que nace de la edad [...], la que proviene del sexo [...], la que se deriva del estado de prosperidad [...], la que produce la educación e instrucción [...], la que dimana de la [...] obligación [...] de respetar las autoridades establecidas. Sería, pues, un absurdo figurarnos en el seno de la sociedad doméstica una quimérica igualdad [...]”⁹⁸. Acerca de estas diferencias en el goce de la libertad cuando el individuo es considerado como miembro de una comunidad familiar, Peset hace referencia a las similitudes que este discurso encuentran en Burlamaqui⁹⁹. Realmente ésta era una opinión generalizada de profundas raíces en el racionalismo¹⁰⁰ – también, lógicamente en Francia – al tratar de estos temas.

Este libro guardaba pocas similitudes con lo que el *Code Napoléon* establecía – salvando los derechos recíprocos de los cónyuges de cohabitación, fidelidad y socorro, y algunos de los derechos que integran la patria potestad¹⁰¹ – porque el matrimonio era “santificado” como sacramento, “según los principios de nuestra creencia [...] sin menoscabo alguno de la [solidez y fuerza moral] que le da su primitiva naturaleza de contrato”¹⁰². Por el contrario, el discurso preliminar del *Code* aclaraba que “sólo en estos últimos tiempos se han tenido ideas precisas sobre el matrimonio. La mezcla de instituciones civiles y de instituciones religiosas había oscurecido las primeras nociones [...] La ley natural no era tomada en cuenta para nada en el primer y mayor acto de la naturaleza”¹⁰³. La consecuencia más palpable de esta distinta posición doctrinal es la afirmación del proyecto español de que “el matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte” y de que “la ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito”. Autorizaba la “separación indefinida por causas justas”¹⁰⁴ y, desde luego, la nulidad “por defecto de las solemnidades y requisitos que para su celebración exige la ley”¹⁰⁵. El código francés, lógicamente, admitía el divorcio ya que, según el discurso de Portalis, “el legislador entiende que no contraría en absoluto el dogma

36

98 Discurso preliminar, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp. 18-19; las cursivas son del texto.

99 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 75, nota 113.

100 Así, por ejemplo, lo que sigue: “Aunque anteriormente he dicho que todos los hombres son iguales por naturaleza, no debe entenderse que yo me refería a toda clase de igualdad. Los años y las condiciones personales pueden dar a ciertos hombres un justo derecho de precedencia”, son palabras ya de J. Locke, en el capítulo V, Del poder paternal, de su Ensayo sobre el gobierno civil, Madrid, Aguilar, 1990, p. 67, situación de desigualdad en la que sitúa (capítulo VI, De la sociedad política o civil) a la mujer respecto al marido, al criado y a los esclavos respecto al amo.

101 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 76 y 86-87.

102 Discurso preliminar, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 21.

103 Portalis, Discurso preliminar (nota 35), pp. 53-54, a lo que añade: “Hemos llegado a la convicción de que el matrimonio, que existía antes del establecimiento del cristianismo, que ha precedido a toda ley positiva y que deriva de la constitución misma de nuestro ser no es ni un acto civil ni un acto religioso, sino un acto natural que ha captado la atención de los legisladores y que la religión ha santificado”.

104 Libro II, título I, capítulo III, arts. 331, 332 y 334, respectivamente, véase Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp. 55- 56.

105 Libro II, título I, capítulo I, art. 308, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 54.

religioso de la indisolubilidad y que no decide en punto de conciencia”, sino que, al contrario, “la facultad del divorcio se encuentra [...] ligada entre nosotros a la libertad de conciencia”¹⁰⁶.

*

Aquí termina la parte que del proyecto conocemos. Tomando como referencia lo que el discurso preliminar indicaba, faltaba el libro tercero de la primera parte, el que hubiera debido ocuparse “De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas”¹⁰⁷. La propiedad era el eje en torno al que habrían de girar sus artículos¹⁰⁸:

37

Elemento primero y el mejor fiador de nuestra conservación, [...] aquella sociedad será más perfecta cuyas leyes dispensen mayor protección a la propiedad en sus dos períodos de *adquisición y conservación*, y que haya combinado más felizmente la pública utilidad con la libertad individual en el *traspaso* de la propiedad. La ley llena su objeto [...] ya amparándola como un sagrado, ya removiendo obstáculos a su disfrute pacífico, ya fomentando su libre circulación [...] La Comisión, prescindiendo de las cuestiones sobre el origen de la propiedad, dio por sentado que en el orden social debe mirársela como obra de la ley.

Este libro hubiera regulado una materia tan amplia que en el *Code* había parecido oportuno dedicarle dos libros, el segundo y el tercero. Del tenor del discurso preliminar al justificar este libro, bastante general y poco preciso, deduce Peset que no llegó a redactarse¹⁰⁹. Bajo su extensa rotulación aparece la evidencia de su finalidad, pues al exponer el significado del libro se inserta un amplio párrafo que se inicia sin preámbulos con el núcleo de su contenido: la propiedad, sagrada y libre. Esta abrupta entrada en materia no se contradice con los rodeos retóricos a través de los cuales los redactores del proyecto dejan caer que “en el orden social debe mirársela como obra de la ley”, lo que no es sino reflejo de una escueta y tajante sentencia de Bentham: “no hay propiedad natural, ella es únicamente obra de la ley”¹¹⁰. Aún siendo reiterativa, es preciso indicar que es él quien inspira la sistemática de este libro. Se inicia éste con un título “De las cosas” que, según el citado

38

106 Portalis, Discurso preliminar (nota 35), pp. 60-75; en general, para el tratamiento de las materias de este segundo libro del proyecto de 1821 y sus influencias francesas, una vez más, Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 76-93.

107 Nueve títulos compondrían el Libro tercero “De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas, y servicio de ellas o de las personas”: Título I. De las cosas; Título II. De los títulos legales para la adquisición primitiva de la propiedad sobre las cosas; Título III. De la protección de la propiedad; Título IV. De los gravámenes de la propiedad; Título V. Del traspaso en vida de la propiedad total o parcial sobre las cosas; o sea de los contratos en general; Título VI. De los contratos en particular; Título VII. De las transacciones; Título VIII. De los títulos legales para el traspaso de la propiedad después de los días del propietario; Título IX. De la prescripción, todo ello en el Discurso preliminar, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), pp. 21-25.

108 Discurso preliminar, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 21; las cursivas son del texto.

109 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), pp. 96-98.

110 Bentham, Tratados de legislación (nota 49), p. 118.

autor, debía constituir el “primer título general del código civil”¹¹¹.

Y tampoco vio la luz la segunda parte “De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones” – en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político, con todas sus dependencias como veíamos más arriba –, planteada sobre el presupuesto de que “la división de poderes bien marcada por la ley es el único medio seguro de aproximarse a la menor tiranía posible”. La comisión del Código civil se impuso la tarea de “hacer efectivas las obligaciones que imponen a todo español los artículos 6º, 7º, 8º y 9º [de la Constitución] y la garantía de los derechos que les dan los artículos 12, 16 y 17, y el mismo artículo 4º”¹¹², y al respecto, se sentía obligada a precisar:

En general la Comisión para todas las subdivisiones de esta segunda parte debe hacer las observaciones siguientes: 1ª. Transcribirá los sabios decretos de las Cortes extraordinaria[s] y ordinarias, por los que se ha procurado uniformar toda la administración al espíritu de la Constitución. 2ª. Llenar los vacíos que se echasen de menos, ya prohijando algunas leyes antiguas que estén de acuerdo con el sistema constitucional, o ya presentando su opinión al juicio del Congreso. 3ª. Solamente incluirá en cada materia las disposiciones generales que por su naturaleza son perpetuas, y cuyo conocimiento interesa a todos; pero no la parte reglamentaria de las respectivas dependencias. Esta especie de *Código administrativo* no entraba literalmente en el encargo que dieron las Cortes a la Comisión; pero ésta desde sus sesiones primeras se convenció de su necesidad, pues que él es el que constituye la garantía legal de los derechos y obligaciones que han emanado de la Constitución. La Comisión lo ha dividido en dos libros, siguiendo el espíritu de los ya mencionados artículos 16 y 17, a saber: *administrativo económico* y *administrativo judicial*¹¹³.

Si en lo que faltaba por completar de la primera parte, es decir en el libro tercero, puedo aventurar como hipótesis que la comisión habría seguido realizando incursiones en terrenos privatísticos franceses para hallar inspiración, la segunda parte nos aleja definitivamente de estas fuentes¹¹⁴: poniendo en relación los posibles contenidos con el tenor de los artículos constitucionales que se hubieran desarrollado en esta inexistente segunda parte (ver notas 66 y 112), existen algunas connotaciones que nos vuelven a situar

111 Bentham, Tratados de legislación (nota 49), p. 466.

112 Constitución política de la monarquía española de 19 de marzo de 1812, Art. 4. “La Nación está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demas derechos legítimos de todos los individuos que la componen”; Art. 6. “El amor de la patria es una de las principales obligaciones de todos los Españoles; y asimismo el ser justos y benéficos”; Art. 7. “Todo Español está obligado á ser fiel á la Constitucion, obedecer las leyes, y respetar las autoridades establecidas”; Art. 8. “También está obligado todo Español, sin distincion alguna, á contribuir en proporcion de sus haberes para los gastos del Estado”; Art. 9. “Está asimismo obligado todo Español á defender la patria con las armas, quando sea llamado por la ley”; Art. 12. “La Religion de la Nacion española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de qualquiera otra”.

113 Discurso preliminar, Lasso Gaité, Crónica (nota 30), p. 25; las cursivas están en el texto.

114 Peset Reig dice atreverse a afirmar que los redactores no sabían bien qué buscaban, Análisis y concordancias (nota 43), p. 54. Ya he aventurado una interpretación al respecto, aun sin entrar en los detalles concretos de lo que en esta segunda parte del proyecto se trataba de legislar, en el epígrafe nº 4.

en la pista de la *Idea general de un cuerpo completo de legislación* del jurista inglés. Al establecer Bentham su modelo de código civil, junto a los ya tratados derechos y obligaciones incluía los “servicios” – inseparablemente unidos a las obligaciones que nacen de la ley – con los que aludía a la sujeción de los hombres a “contribuir con un cierto acto al goce de sus semejantes”. La de los servicios, advertía, era una “nueva teoría”. Por ello, no había recibido atención por parte de los juristas, lo cual no era óbice para dedicarles un título completo, el cuarto precisamente. Y esta novedad le obligaba a detenerse en una detallada serie de clasificaciones de los servicios. Entre ellos enumeraba, por ejemplo, el “tomar las armas por su país, prender a un delincuente” – servicios *agendi* –; indicaba que “las penas legales son unos servicios que se imponen á los que las sufren por el bien de la sociedad” – servicios *patiendi sensibiliter* – e incluso añadía que, atendiendo a la esfera afectada, los servicios se podían prestar “al estado entero”¹¹⁵. Pero es hora, en este punto, de abandonar toda disquisición, porque de lo contrario estaría recurriendo a demasiadas hipótesis sobre lo que pudo ser y no fue.

6. Consideraciones finales

Hemos visto abrirse, con el texto del primer proyecto constitucional francés, una vía de acceso directo a la influencia del *Code Napoléon* y, por ende, de su contexto doctrinal. Quedó inmediatamente cerrada a cambio de la opción por el derecho “tradicional”. Pero ni siquiera esta posibilidad fue viable porque la situación bélica y la azarosa permanencia en España del monarca José I – hasta su salida en los últimos días de junio de 1813 – impidieron la aplicación efectiva de la carta otorgada por el emperador o incluso llevar adelante otras reformas que sólo en tiempos de paz hubieran podido realizarse¹¹⁶.

41

La Constitución de 1812 sistematizó en su artículo 258 una división de materias para tres códigos diferentes – civil, criminal y de comercio –. Tal propuesta, sin necesidad de hacerlo explícito, discurría por la vía ya abierta en Francia. Quizá los correspondientes artículos de la Constitución de Bayona influyeron asimismo en la adopción de una solución muy similar en el texto gaditano¹¹⁷. Ciertamente hasta ese momento no había más ejemplo de códigos con base constitucional que los redactados en aquella nación.

Si esta realidad animó a los españoles a formar sus propios códigos, llegada la ocasión de enfrentarse al civil, sus redactores no miraron a Francia al plantearse la construcción del armazón que habría de sostener el proyecto legislativo, lo he indicado reiteradamente.

42

115 Bentham, *Tratados de legislación* (nota 49), pp. 472-475.

116 Al margen de las necesidades derivadas de la guerra, fue en la organización territorial y en la administración de justicia donde se produjeron los cambios más significativos y desde luego sólo en el territorio ocupado por las tropas de Napoleón, en general. Mercader Riba, José Bonaparte (nota 7), y en especial pp. 97-116, 120-126; Muñoz de Bustillo Romero, Bayona en Andalucía (nota 7), pp. 359-361. Proyecto de Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes (13 de mayo de 1809).

117 Aunque naturalmente no confesable en medio de una nación, en guerra contra los ejércitos franceses, cuya afirmación tenía tintes, sin duda, xenófobos, J. Álvarez Junco, ‘Mater dolorosa’. La idea de España en el siglo XIX, Madrid, Taurus, 2001, p. 121.

Al entrar en el desarrollo legislativo del proyecto de 1821, he partido de la aseveración que Mariano Peset realizó en su día sobre la influencia que el derecho y la doctrina francesa habían ejercido sobre este primer intento de codificación civil. También he recogido su opinión al considerarlo el punto de partida del afrancesamiento de la codificación civil española. Se trata de afirmaciones irrefutables porque se fundamentan en un exhaustivo trabajo en el que confiesa haber “buscado y rebuscado” las fuentes de sus cuatrocientos setenta y seis artículos, confeccionando tablas y exponiendo finalmente los resultados de su investigación¹¹⁸.

En atención a todo ello, creo que puede afirmarse que este trabajo codificador presenta dos partes diferenciadas: una más doctrinal y discursiva, con un empeño sistematizador, en la que la influencia francesa es muy escasa por no decir prácticamente nula, y otra de desarrollo legislativo. A tenor de lo que se ha conservado y ha llegado hasta nosotros, es obvio que esta última, como demostró Peset en su día, va a beber, aunque no de forma exclusiva pero sí desde un punto de vista bastante pragmático, del primer y único modelo plausible para la fecha de 1821, el francés. Es indudable que esta dualidad tendría que desaparecer en el desarrollo de la parte administrativa que, desde luego, no tenía parangón ni en el *Code* ni en la exégesis del mismo.

Es como si nos encontráramos, dentro de un mismo texto, ante dos partes paradójicamente diferenciadas. El marco era complejo: una constitución promulgada en 1812, sin adaptación alguna a un período en el que se habían enfriado los ardores revolucionarios, si no habían ido virando hacia posturas más moderadas¹¹⁹.

Ignoro si esta paradoja, fundada en la aparente incoherencia entre ambas por venir de dos corrientes teóricas a la postre tan dispares – tanto como para que la francesa desarrollara los códigos y la inglesa desconociera su materialización –, podría haberse resuelto o se habría acentuado de haberse redactado por entero. Para la primera parte, Bentham ofrecía las pautas. Una vez diseñadas, la cuestión era cómo darles contenido. Quizá esta situación fue la que convirtió la tarea en un proyecto desmesurado. La comisión debió encontrarse un callejón sin salida, y así la caída del modelo constitucional en 1823 encontró a los diputados con un proyecto de código aún inacabado.

118 Peset Reig, Análisis y concordancias (nota 43), p. 37.

119 Fernández Sarasola, La influencia de Francia (nota 20), párrafos 64-69.