

El Código inexistente (I).
Por una historia conceptual de la cultura jurídica
en la España del siglo XIX (1)

CARLOS PETIT

— Mah, mah ¡Quante se ne vedono!— fece Carlo-
magno. — Ecom'è che fate a prestar servizio, se non ci
siete? — Con la forza di volotà, — disse Agilulfo, — e la
fede nella nostra santa causa! — E già, e già, ben detto,
è così che si fa il proprio dovere. Be', per essere uno che
non esiste, siete in gamba! (Italo Calvino, *Il cavaliere
inesistente*, 1959, p. 6).

I

Conceptos hay que se convierten en textos y entonces la potente carga metodológica de la historia conceptual puede diluirse en la más residual historia de las fuentes. El texto, como *fuentes* que impone al historiador su tangibilidad y su lógica, en los peores casos sustrae a la reflexión el mismo concepto. La presencia de la *fuentes* borra además una historia, que literalmente lo es de *pretextos*, en la que tan sólo el lector más decidido encontraría conceptos, si es que la tal historia no se deforma bajo la especie engañosa de unos *antecedentes*, igualmente textuales, del texto que acaba por desplazar la cuestión del concepto.

(1) Este trabajo tiene su origen en una intervención en el Seminario «Storia dei concetti e saperi della borghesia» dirigido por Rafaella Gherardi y Gustavo Gozzi, de la Universidad de Bolonia, que se celebró en septiembre de 1993 en el Istituto Storico Italo-germanico de Trento gracias a la inteligente acogida de Pierangelo Schiera.

Cuando se trata del *código* la labor de investigación se encuentra erizada de problemas. A la más general pérdida analítica que siempre causa esa operación selectiva de ideas en que consiste el proceso mismo de textualización de los conceptos se unen, como es sabido, otras dificultades que añade el Derecho. A un tiempo saber profesional y ordenamiento, bajo su imperio también se sitúan cuantos están destinados socialmente a la tarea de su conocimiento, de manera que la distancia entre el sujeto que lee y el objeto de su lectura —tan «natural» que rige como Derecho sobre quien lo estudia— se adelgaza y se acorta, hasta constituir irremisiblemente el problema epistemológico particular que lastra las reflexiones del jurista, historiador o no.

Pero el *código* no es una ley cualquiera. Con su *título preliminar* por delante resulta una singular ley sobre las leyes de vocación constituyente cierta. Reclama para sí una adicional ración de «naturalidad» que magnifica el obstáculo anterior, pues precisamente corresponde al *código* establecer las condiciones en que los textos jurídicos se entienden como tales, o, si se prefiere, las modalidades que, con su vigencia, hacen peligrar en tanto *leyes* el esfuerzo reflexivo de quienes las estudian en tanto *saber*.

Esta dificultad ofrece curiosamente una admirable plataforma de observación. La posición central del *código* en nuestra experiencia jurídica resuelve de entrada un problema clásico de método en la historia conceptual, cual es la postulación de «fundamentalidad» respecto de aquellos conceptos que serían los útiles para dar cuenta de una sociedad pretérita mediante los discursos que tal experiencia produjo y en los que el *Grundbegriff* actúa de referente (2). Dicho más sencillamente: en el momento de determinar su objeto el historiador del concepto de *código* se encuentra exonerado de la carga de la prueba.

Un segundo servicio presta además tanta centralidad. En la inevitable lucha intelectual entre conceptos y textos que provoca el *código* sólo su *concepto* es capaz de aportar los materiales necesarios para la deconstrucción de su *texto*. De idea a libro, el código hipotéticamente resulta encarnar una entre todas sus posibles realizaciones ideales: la franja de no coincidencia entre el concepto y el texto constituye así el lugar más idóneo para acoger al observador que desee narrar una historia del código ciertamente complicada. De manera que si consideramos de nuevo el valor central del código como ley de leyes en nuestra cultura, nos topamos al final con una paradoja muy productiva, pues el

(2) OTTO BRUNNER, WERNER CONZE, REINHART KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Clota, I, 1972-VII, 1992; cfr. R. KOSELLECK, «Einleitung», I, pp. xiii-xxvii. Cfr. RAFFAELLA GHERARDI, GUSTAVO Gozzi (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino (= Annali dell'Istituto storico italo-germanico. Quaderno 32), 1992.

obstáculo jurídico principal que dificulta de entrada el análisis se convierte en el instrumento, igualmente principal, para su descripción *desde fuera* del mismo ordenamiento.

Al partir en busca de nuestro concepto se requiere desde luego resistir la tentación más general —*notitia rerum praeteritarum* o *historia fontium* que quiera decirse— que siempre imponen los textos, con las dificultades añadidas, y ya sabidas, que el Derecho aporta al supuesto actual, pero particularmente se requiere además enervar la influencia de la ya nutrida historiografía provocada por el código, ante la que el estudioso de los conceptos necesariamente debe tomar posición. Como libro y como precepto el *código* viene exigiendo un entretenido relato de comisiones de técnicos, cadenas de precedentes y tablas de concordancias, de debates parlamentarios y comentarios de juristas. En una España sin código por estas historias se empezó (3) y con código, en España, por ellas aún se sigue (4). Los méritos del esfuerzo resultan indiscutibles, pero no conviene pasar por alto su claro déficit de legitimidad intelectual. Quienes más implicados estuvieron en la confección de los códigos realizaron precisamente reconstrucciones de este tipo, lo que obliga a suponer que en el intento pesaba el problema sustantivo de la reforma legislativa bastante más que el esfuerzo adjetivo de su simple comprensión. Y es indudable que en una historia escandalosamente legiferante el metadiscurso sobre el código acaba atraído y disciplinado por el código mismo.

No tengo presente el modelo español en exclusiva, aunque en él se haya llegado hasta extremos de falta de sensibilidad difícilmente imaginables (5). La situación no es mucho más halagüeña en

(3) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= *RGLJ*), 39 (1871), 284-300; FRANCISCO DE CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente ..., vocal de ella», en *RGLJ* 38 (1871), 5-185, con numerosos apéndices documentales en los números siguientes; JOSÉ MARÍA ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Revista de Legislación, 1886.

(4) JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española, I: Organización judicial. II: Procedimiento civil, III: Procedimiento penal, IV: Codificación civil, 1-2, V: Codificación penal, 1-2*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970 y ss.; RAFAEL GIBERT, «La codificación civil en España (1752-1889)», en *La formazione del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, 907-933; JOHANNES MICHAEL SCHOLZ, «Spanien», en HELMUT COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III/1: Das 19. Jahrhundert. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, München, Beck, 1982, 397-686; CARLOS PETIT, «Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos», en PAOLO GROSSI y otros (eds.), *Hispania, Entre derechos propios y derechos nacionales*, I, Milano Giuffrè (= *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Biblioteca 34/35), 1990, 315-500, pp. 380-500.

(5) JUAN BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1992.

Italia (6) y sólo recientemente parece mejorar en Francia (7). A estos casos paralelos España añade sin embargo una peculiaridad. Frente a Francia (1804) y frente a Italia, donde no faltaron códigos en las décadas y los estados anteriores a la unificación (8), la historia de los textos jurídicos españoles arroja un saldo tan exiguo que sustrae a la crónica buena parte de su inicial interés. Un fugaz Código Penal en 1822; otro, ya menos fugaz, en 1848-50, que constituye aún la base de un tercero en 1870; un Código de Comercio en 1829, casi de inmediato inservible en la práctica; unas leyes procesales (de enjuiciamiento mercantil, 1830, y civil, 1855) que ni siquiera aspiraron al título de códigos; un Código Civil a finales de siglo (1889), cuando se renuevan las leyes procesales (1881, 1882) y el Código de Comercio (1885). No son muchos ni muy importantes los textos, técnicamente en suspenso a falta de la definición, con el civil, de todo el ordenamiento. Y cuando tal Código por fin llega no se trata de un texto que simplemente se haya hecho esperar: el Código Civil español (9), sin unificación territorial del derecho privado (arts. 12 a 15), sin monopolio de las fuentes jurídicas (art. 5 y 6 en relación al art. 12, segundo párrafo, y a los arts. 1691 y 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) y sin estatalización del Derecho (art. 42, con amplias remisiones al derecho matrimonial canónico) resultaba, en sus orígenes, un código sustancialmente inexistente.

II

O acaso existente en la medida no demasiado amplia que tolera una lengua, castellana o española para Sebastián de Covarrubias (10), decididamente castellana para una Real Academia también decididamente

(6) ROBERTO BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna, Pàtron, 1987.

(7) JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

(8) CARLO CHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari, Laterza, 1991.

(9) *Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, por JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

(10) SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Luis Sánchez, 1611 (rep. facs. Barcelona, Horta, 1943). Había con el título sus dudas: para el rey Felipe III en el privilegio de publicación se trataba de «un libro intitulado *Tesoro de la lengua española*», para el Consejo que tasa el libro, según la certificación del escribano de Cámara, es «un libro intitulado *Tesoro de la lengua castellana*», en lo que coincide la censura de Pedro de Valencia y el contrato que concluyó Covarrubias con el impresor (ed. *cit.*, pp. vii-viii).

española (11). Una lengua que se normaliza a estos y otros efectos en el siglo XVIII: tal vez sea superfluo recordarlo, pero el viejo mapa hispánico de historias, lenguas y derechos diversos comienza a redibujarse desde la entronización de los Borbones (12). En esos momentos y aún con toda la importancia de otros casos, como el catalán (13), en orden al discurso jurídico la dificultad principal procede del latín. Y no es un simple problema de lengua. El que involucra el romance implica un proyecto nuevo (14) y el código lingüístico puede así imponer al jurídico sus reglas.

1780. Primer *Diccionario* académico del castellano, con unos precedentes de *autoridades* que dejamos fuera de consideración (15). Leamos. «CODIGO. Colección de leyes o constituciones de algún Soberano, que toma su nombre del Príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo, como el código Teodosiano, código Justiniano, código Carolino, código Gregoriano, código Hermogeniano. Por antonomasia se entiende el de Justiniano, que es una parte principal del cuerpo del derecho civil de los Romanos, de que se usa en las universidades. *Legum codex*».

En este gran momento normativo del castellano parece que del latín no sabe prescindirse, por más que el cotejo de la anterior definición con la entrada correspondiente del *Tesoro* de Sebastián de Covarrubias, siglo y medio más antiguo, evidencie que la relación entre el latín y el castellano ha sido en el Setecientos invertida: «CODIGO. *Dixose del nombre latino codex ... in primeva significatione idem est codex et caudex nempe truncus, vel stipes arboris cui cortex detrahitur. Dicitur etiam liber; codex item tabulae accepti et expensi, in quibus transfe-*

(11) Desde su primer *Diccionario de la lengua castellana, reducido a un tomo para su más fácil acceso*, Madrid 1780 (rep. facs. Madrid, 1991), hasta el último publicado en el siglo XIX: *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Hernando y Compañía, 13.^a ed. 1899.

(12) PABLO FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 353 y ss.

(13) SEBASTIÀ SOLÈ I COT, «La lengua dels documents notariais catalans en el període de la decadència», en *Recerques* 12 (1982), 39-56.

(14) BARTOLOMÉ CLAVERO, *El Código y el Fuero*, Madrid, Siglo XXI, 1982.

(15) Pero no me resisto a recoger el *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad ...*, II, Madrid, Francisco del Hierro, 1729 (rep. facs. Madrid, Gredos, 1964), que es el llamado «Diccionario de Autoridades», s. v. Código: «S. M. Uno de los cuerpos o libros de que se compone el Derecho civil. Llamóse así, porque estaba escrito su contenido en tablas de troncos de árbol, que en Latín se llaman *Codex*. Lat. *Codex justinianeus*. Guev. M. A. Prolog. Con tan gentil estilo dirá el Labrador media docena de malicias en el Consejo, como el Letrado acotará dos o tres leyes del *Código*. Salaz. de Mend. Dign. de Cast. lib. 3. cap. 15. De muchas leyes de los *Códigos* de Theodosio y Justiniano, y por historias, consta, que los Emperadores tenían Duques con jurisdicción civil y criminal».

rentur omnia, quae in adversariis ad tempus scribentur. Código, un cuerpo de los libros del derecho civil». Covarrubias termina en castellano allí donde la Academia situará el latín, pero la continuidad semántica de un vocablo que remite aún a los cuerpos jurídicos romanos no ve alterada, con las expresiones vernáculas, su contenido jurídico: la colección de leyes de algún Soberano siguen sobre todo siendo las viejas colecciones romanas, y código, por antonomasia, resulta el de Justiniano. De ahí el uso universitario del derecho romano que advertía la Real Academia, extremo mejor conocido para el siglo XVIII que para el siglo XIX y en lo que no podemos entretenernos (16).

Permanezcamos por ahora a comienzos del Ochocientos. Unos solemnes textos, que se dicen constitucionales, desde 1808 y 1812 mencionan los tales códigos como especie de leyes cuya confección queda confiada a la actividad futura del legislador (17). Bayona, 1808: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales» (art. xcvi), «Habrá un sólo código de comercio para España e Indias» (art. cxiii). Cádiz, 1812: «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» (art. 258). Bajo el imperio de esta segunda ley constitucional se elabora por las Cortes o Parlamento un Código Penal (1822), efectiva pero conflictivamente vigente (18). Bajo esas mismas Cortes, que intercambian personajes con la Real Academia, se sigue publicando el *Diccionario*. La sexta edición, coetánea de aquel Código, desconoce desde luego su factura y el mandato del art. 258 de la Constitución de 1812: la voz se define en los mismos términos que en 1780, con la simple supresión de la referencia final a la enseñanza del Código justiniano que no ha de bastarnos para entenderlo eliminado por esas fechas de las universidades de España.

Pasan los años. Más leyes constitucionales que prometen códigos (1837, art. 4; 1845, art. 4; 1869, art. 91; 1876, art. 75) y más códigos que se convierten en leyes vigentes (Código de Comercio, 1829; Código Penal, 1848). Una variada producción de *catecismos* adoctrinan

(16) ROMÁN RIAZA, «El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el siglo XVIII», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12 (1929), 104-124.

(17) Textos en RAQUEL RICO LINAGE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1989, con reproducción de los textos publicados en la *Gaceta de Madrid*, no siempre periódico oficial en su dilatada historia. Contextos en BARTOLOMÉ CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989.

(18) ALICIA FIESTAS LOZA, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», en *Revista de Historia del Derecho* 2/1 (1977-78), 55-77.

a ciudadanos y nacionales, también en este asunto de los códigos (19). El *Diccionario* académico permanece impasible, insistiendo en la definición de 1780 (20). Las novedades no llegan hasta la duodécima edición, aparecida en 1884, esto es, procedente de una década que conoce la entrada en vigor del Código Civil (1889) y toda una nueva generación de leyes mercantiles (1885) y procesales (1881, 1882). Se añaden voces: «CODIFICAR. Reunir en un cuerpo ordenado las leyes y estatutos de una nación»; se perfilan sentidos: «CODIGO. Colección de leyes o constituciones, la cual suele tomar su nombre del príncipe que la mandó hacer, del autor que la hizo, o de la materia de que se trata. Código *Teodosiano*; Código de *Justiniano*; Código *Penal*. Por antonomasia, el de Justiniano. Ant. Codice». Junto a la acepción tradicional se insinúa ya otra, como la de un código que lo es en razón de la materia abordada y que se denomina por su objeto. No es tan fácil ahora considerar el código como especie de una recopilación que se presenta como género. Así desligada semánticamente de código, la palabra recopilación merece una descripción más prolija, es decir, aún menos novedosa (21).

Cuando el siglo termina y está vigente hace años el Código Civil la décimotercera edición del *Diccionario* consuma la evolución. Aparece por vez primera «CODIFICACION: Acción y efecto de codificar». Se precisa el alcance de «CODIFICAR. Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático». También de «CODIGO. Cuerpo de leyes dispuestos según un plan metódico y sistemático.— Recopilación de las leyes y estatutos de un país.— Por antonomasia, el de Justiniano.— Ant. Codice». Continúa, desde luego, la vieja colección romana como modelo y la segunda acepción considera todavía código la recopilación de las leyes de un país, pero al código, en un sentido menos tradicional,

(19) *Catecismos políticos españoles. Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1989: textos desde 1808 a 1902.

(20) Cfr. por ejemplo *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Francisco María Fernández, 9.ª ed. 1843, s. v. *Código*, p. 170, y *Recopilación*, p. 617; *Diccionario, cit.*, Madrid 11.ª ed. 1869, s. v. *Código*, p. 182, y *Recopilación*, p. 662.

(21) *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Gregorio Hernando, 12.ª ed. 1884, s. v. *Recopilación*, p. 907: «Compendio, resumen o reducción breve de una obra o un discurso.— Colección de varias cosas. Recopilación de las leyes.— Colección y ordenamiento oficial de las leyes de estos reinos, publicada por mandato del rey D. Felipe II en 1567; a la cual sirvió de base, corregidas, enmendadas y revisadas, una compilación de muchas pragmáticas que ya corrían de molde en 1532.— Novísima Recopilación. Libro en que aparecen reunidos ordenadamente, después de revisadas, corregidas y enmendadas, cuantas disposiciones de carácter legal no habían caído en desuso y andaban incluidas en la Recopilación, o corrían en pliegos sueltos. Fue mandada promulgar y ejecutar como ley del reino a 15 de julio de 1805.— Nueva Recopilación. Edición novena de la Recopilación, hecha en el año de 1775».

ya no sólo se le exige la unidad de materia: el método y el sistema son los elementos nuevos que lo definen. Se deja sentir en la Academia un Código Civil que no parece asunto exclusivo de los tribunales; el nuevo texto impone el reconocimiento de un concepto, nuevo también, al menos a los efectos normalizadores del *Diccionario*.

Pero tan importante como la novedad se presenta la tradición. Con Código Civil desde entonces, en nuestros días y para nuestra lengua *código* también es la «recopilación de las leyes o estatutos de un país» y «por antonomasia, el de Justiniano» (22). No es cuestión que debamos dar por supuesta, pues uso tan dilatado del vocablo *código* no lo comparten otros romances. Tampoco hay que exigir demasiado a un *Diccionario* que nunca ha pretendido presentarse como discurso jurídico preciso. Mas cabe al menos cuestionarse si no serán problemas conceptuales de los textos de Derecho los que comprometen el léxico oficial de la Academia; si no será que el Código Civil, acaso por ser calvinianamente inexistente, deja rastros de su inanidad en el *Diccionario* e impone unos usos en el habla. Pronto veremos algunos materiales que nos permitan avanzar en esa dirección.

Desde luego han cambiado mucho los términos entre 1780 y 1992, con ese momento culminante de 1899, pero también mucha sustancia hasta hoy bajo *código* se mantiene. Documenta toda una tradición jurídica sustantiva la recurrente aceptación del Código de Justiniano como modelo: en su momento, un momento prolongado al menos hasta el Código Civil, y aún después, en un Estado deficiente que no logró la unificación del derecho privado, la mención del viejo *Codex* ha sido apreciación del valor, en tanto *ius* efectivamente *commune*, de un derecho romano «de que se usa en las universidades», según reconocía nuestro *Diccionario* en la versión original de 1780. Más o menos desplazado el *Codex* por el Código en tiempos de la décimotercera edición (1899), en la cultura del segundo ha podido subsistir la imagen ya imprecisa de un *derecho romano* que se quiere fundamento ocasional de algunas reglas jurídico-privadas, a lo que viene contribuyendo desde entonces una antigua literatura de concordancias, motivos y comentarios (23), pero también, y es asunto que aún espera investigador (24), como base general de un derecho privado que no llegó a articularse sobre el principio de la libertad. En un panorama literario dominado por

(22) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 21.ª ed. 1992, s. v. *Código*.

(23) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-IV, Madrid 1852, reimp. facs. Barcelona, Base, 1973.

(24) Avanza, como siempre, BARTOLOMÉ CLAVERO, «El Método entre infieles o el Código en España», en *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), 271-317.

libros de texto elementales, algunos verdaderamente deplorables, una dedicación profesional romanística ni siquiera se concibe (25).

Más discretamente, el *Codex* era aún *código* en el *Diccionario* de 1899, tras el Código de 1889, en cuanto ejemplo históricamente relevante de «recopilación de las leyes o estatutos de un país». Ya sabemos que el tal Código no ha supuesto la unificación del derecho civil español, manteniéndose a tenor de su título preliminar unos derechos privados territoriales que quedaron pendientes hasta nuestros días de definición legislativa y así dispersos en recopilaciones históricas para las que contaba, en términos prácticos que latan bajo algunas traducciones, el viejo Código de Justiniano. El sentido de *código* que pervive en el *Diccionario* académico no deja de resultar coherente con los datos de derecho positivo, no siempre codificado, que presenta hasta las *compilaciones forales* el ordenamiento español. En otras palabras y con un Código a medias, la otra mitad necesariamente ha de consistir en la mera «colección de leyes o constituciones de algún soberano», en alguna «recopilación de las leyes o estatutos de un país».

Respecto a la Europa de los códigos la *Themis* hispana conservaba —conserva todavía— sus arcanos de siempre, tan llamativos para ojos extranjeros (26). Prosigamos sin embargo la lectura, que debe centrarse en un término que ya ha hecho su aparición. El *código* como colección coincide con otra definición académica, la del término *recopilación*. Basta ahora comprobar los extremos. 1780: «RECOPIACION. La colección de varias cosas; y así llaman recopilación los libros en que están todas las leyes. *Collectio, collecta*». 1992: «Colección de escritos diversos, RECOPIACION *de las leyes*». No son las primeras acepciones, inespecíficas para nuestra observación de juristas, ni tampoco las únicas que desde ese punto de vista interesan: la edición de 1992 define con algún preciosismo dos recopilaciones históricas castellanas, para la Academia «de las leyes de España», la llamada *Nueva* de 1567 y, ahora española también para el recopilador de la época, la *Novísima* de 1805. Así es desde 1884, pero no son cuestiones que deban entretenernos.

¿Qué tenemos? Con formulación diversa, una recopilación es lo mismo en 1780 que en 1992, o, para ser más precisos, 1884, año de la

(25) Me permito llamar la atención sobre las desoladas, a veces indignadas, siempre inteligentes reseñas de GUSTAV HÄNEL en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (= *Kritische Zeitschrift*), 3 (1831), 306-310 (sobre los *Elementos de historia del Derecho Romano* de José Muñoz Maldonado, Madrid 1827) y 19 (1847), 16-41 (sobre el *Tratado elemental del derecho civil romano y español* de Ramón Martín y de Eixalá, Barcelona, 1838).

(26) GERARDO E. FRANKENAU, *Sagrados misterios de la justicia hispana* (1703), trad. y ed. de María Angeles Durán Ramas, presentación de Bartolomé Clavero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

undécima edición del *Diccionario*, que es cuando aparece la redacción actual. Los códigos, primero, y el Código, después, no introducen aquí cambios notables; la recopilación parece así cosa del pasado, como tal insensible a novedades, y aún pudiera entenderse que la prolijidad historicista del *Diccionario* desde 1884 viene simplemente a resaltar la pérdida de toda valencia jurídica de la voz *recopilación*. Sin embargo la necesidad de pasar a este término al preguntarnos por el de *código* demuestra que las cosas son algo más complicadas: la vigencia teórica de la *recopilación* se proyectaba —todavía lo hace en la lengua castellana— desde el *código*, que es «recopilación de las leyes y estatutos» en su segunda acepción.

No era tan sólo cuestión de sustantivos. Un verbo *recopilar*, aun con definición inespecífica, nunca ha faltado desde 1780: «Juntar en compendio, recoger, o unir diversas cosas. *In compendium redigere, breviare*»; persiste hasta nuestros días, con un añadido de 1884 que considera «especialmente» el recopilar «obras literarias». Más moderno resulta el verbo *codificar*, que penetra en el *Diccionario* de 1884 y pronto, en 1899, se transforma según vimos en un «Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático» que en 1992 todavía perdura como acepción primera. Sólo desde 1899 existe para el *Diccionario* la *codificación*: «acción y efecto de codificar».

El Código de 1889 de nuevo se hace presente como circunstancia a la que atribuir las alteraciones del léxico académico, ahora en relación al diverso alcance que presenta, en 1884 y 1899, *codificar*, pero es conclusión que confirma las impresiones anteriores y no debe llamar la atención. Por el contrario, interesa acentuar la tensión entre el viejo sustantivo, el *código*, y el nuevo verbo, *codificar*, con la *codificación* como secuela nominal aún más nueva. Si nos centramos en los sustantivos pero prescindimos por un momento de sus definiciones, lo cierto es que *código* siempre existe, con Justiniano «por antonomasia», pero *codificación* se documenta a partir de 1899.

Y ahí está lo nuevo. Situar a finales del siglo XIX *codificar* y *codificación* parece descubrimiento tan discreto que encierra un verdadero mediterráneo, mas el programa intelectual de la *Begriffsgeschichte* que nos convoca enseña a no despreciar nunca las obviedades. Con el *Diccionario* en la mano, en España hubo antes *código* que *codificación*. Tuvimos desde el principio «colección», «recopilación de las leyes o constituciones —estatutos de un país—», pero sólo al final una «acción y efecto de codificar» entendida como «hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático». Y códigos, incluso Código Civil, más tempranamente hubo: se diría entonces que el jurista español del siglo XIX, como aquel Monsieur Jourdain que hablaba en prosa sin saberlo, hizo sus códigos sin codificar, codificó sin *codificación*. Y que de todo ello dependieron los resultados del proceso.

III

Dejemos en suspenso esta línea argumental para complicar algo más el panorama. Una primera constatación: no siempre se aprecian distancias entre el *Diccionario* oficial y los diccionarios confesadamente jurídicos que se elaboran, con éxito diverso, con anterioridad a que la «acción y efecto de codificar» penetrase en la Academia y llegara a producir tales «cuerpos de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático». El primero que conozco, anónimo, es obra de poca monta, valiosa precisamente por su misma trivialidad: refleja un cuadro de referencias para la práctica judicial absolutamente depauperado, donde como «voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia» pueden aparecer las entradas más pintorescas (27). En lo que ahora nos afecta este vocabulario resulta copia fiel del académico: «Colección de leyes o constituciones de algún soberano, que toma su nombre del príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo», y lo mismo sucede con *recopilación*: «La colección de varias cosas, y así llaman recopilación a los libros en que están todas las leyes». Indicaciones más precisas a códigos del pasado reciente, como el Penal, o jurídicamente vigentes, como el de Comercio, faltan en absoluto.

No merece este *Diccionario judicial* más comentarios. Un universo jurídico tradicional en sus conceptos, rudimentario en su técnica, desconectado necesariamente con los datos de derecho positivo que aún en los años finales de Fernando VII vienen introduciéndose en el ordenamiento, sin duda permite singularizar en esa obra la cultura del jurista español del primer tercio del siglo XIX, pero se requiere ahora la consulta de otros materiales. En el mismo año de 1831, desde París y con mayor enjundia, publica Joaquín Escriche un *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación*. En relación al reducido *Diccionario judicial* el volumen del libro y la magnitud de las informaciones han aumentado considerablemente, pero el lector comprueba con sorpresa que la obra de Escriche, de reconocida importancia a lo largo del siglo XIX, no arroja desde el ángulo de observación que aquí interesa resultados significativos. O tal vez sí: significativo de suyo es que el jurista profesional todavía dependa de las definiciones lexicales de la Real Academia.

Utilizo para mis comprobaciones una edición parisina de Escriche correspondiente a 1869, seguramente destinada al mercado latinoamericano pero con textos legales españoles como apéndice, en particular

(27) *Diccionario judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia*, por D. J. F. A., Mañrid, Miguel de Burgos, septiembre de 1831 (rep. facs. Valencia, Librerías París-Valencia, 1992). Cfr. por ejemplo *Caravana*, p. 61: «Multitud de gentes que en Asia y Africa se juntan para hacer algún viaje»; *Coima*, p. 77: «El derecho que se pagaba al garitero por el cuidado de prevenir lo necesario para las mesas de juego»

el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Repárese la voz «CÓDIGO. La colección de las Constituciones de los emperadores romanos, hecha de orden de Justiniano y dividida en doce libros; y también se llama Código el cuerpo de leyes de cualquier otro Estado». Se definen luego los diversos códigos, del *fundamental*, «la Constitución del Estado», al *penal*, «la colección de las leyes que fijan los delitos y las penas que deben aplicarse a los que las cometen», esto es, se da entrada al parámetro de la materia codificada que como vimos aún no admitía por esas fechas la Real Academia, pero en ningún caso aparece aquí información que se interese por datos del derecho español contemporáneo: por unos códigos que, y así el mercantil, el penal o los procesales mercantil y civil, no faltan a estas alturas de siglo.

No aparecen esos códigos, pero sí otros. Y la opción de información resulta propiamente una opción de conceptos. «Nuestros Códigos principales son el *Fuero Juzgo*, el *Fuero viejo de Castilla*, el *Fuero Real* y *Leyes del Estilo*, las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá*, el *Ordenamiento Real*, las *Leyes de Toro*, la *Recopilación*, las *Ordenanzas de Bilbao* y el *Código de comercio*» (28). El horizonte del jurista profesional sigue siendo el que dibuja el *Diccionario* académico. Para la lengua y la jurisprudencia de España hablar de códigos es, ante todo, evocar el de Justiniano; se ofrece seguidamente una segunda acepción, que debe ser amplia, pues la descripción del caso nacional cubre desde un viejo libro de leyes visigodo (654) en versión romance del siglo XIII hasta el Código mercantil de 1829. Del Código Penal vigente no se tiene noticia, aunque Escriche dedica muchas páginas a cuestiones penales en su *Diccionario* (29): en defecto de un estudio detenido de esta obra y sus ediciones, no siempre controladas, es difícil sin embargo conocer el alcance y la autoría de determinadas omisiones.

Estas no afectan, como era de prever, a la voz «RECOPIACION. El último de nuestros Códigos que se publicó por la primera vez en el año de mil quinientos treinta y siete bajo el reinado de Felipe II, y contiene las leyes que sucesivamente se fueron promulgando desde la formación de las *Siete Partidas* y *Fuero Real* según la variedad de tiempos y circunstancias, como también muchas que estaban insertas en Códigos anteriores, por ejemplo algunas del *Fuero Juzgo*, y de las llamadas *Leyes del Estilo*, casi todas las del *Ordenamiento de Alcalá*, y las famosas ochenta y tres *Leyes de Toro* ...» Sigue la descripción de la última *Novísima Recopilación*, que «no es ... un cuerpo completo de legislación» pero resulta aún pieza maestra del ordenamiento español,

(28) JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Garnier Hermanos, 1869, s. v. *Código*, pp. 457-458.

(29) Así el juicio por jurados, en su origen un artículo que mereció edición exenta: JUAN A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, pp. 106-107.

por lo que preocupa su engarce con otras y los criterios para integrar las lagunas: las recetas del Ordenamiento de Alcalá de Henares, que bregaban en 1348 con el arduo problema de composición entre jurisdicciones enfrentadas (30), es ahora que se transforman en un “orden de prelación de fuentes”, con alcance ciertamente constitucional. Los textos jurídicos mencionados por Escriche coinciden como vemos en las dos voces *código* y *recopilación*, que todavía parece el género de códigos específicos. Y una última observación: en la galería de Escriche sólo comparecen fuentes castellanos.

Son cuestiones que se repiten. También se repiten las definiciones. En otro *Diccionario* aún más conocido, empresa del principal negociante en prensa jurídica del Ochocientos español, la continuidad con Escriche y con la Academia es total: el título de esta obra menciona unos «códigos antiguos de España, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación inclusive» que inevitablemente condicionan las voces correspondientes (31). «CÓDIGO. Cuerpo o colección de leyes de un Estado. Por antonomasia se entiende el que se hizo de orden de Justiniano, coleccionando las Constituciones de los emperadores romanos». Y se precisa: «Nuestros Códigos o colecciones de leyes principales son: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real y las Leyes del Estilo, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento Real, las Leyes de Toro, la Recopilación, el Código de Comercio, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento criminal».

Al igual que en el caso de Escriche, para Martínez Alcubilla no hay solución de continuidad entre el viejo libro visigodo y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todos son códigos, «colección de leyes de un Estado», destacadamente, al menos por su número, los que se dicen «antiguos de España»: se publican ahora para uso de los prácticos y tienen que coordinarse con los más recientes según un complicado orden de prelación, el viejo Ordenamiento de Alcalá, que entretiene profesionalmente al jurista. Y código, por antonomasia, sigue siendo el de Justiniano.

Ahora bien, que hay códigos y códigos ya lo sabe Martínez Alcubilla: «en una acepción más concreta no se entiende por *Código* cualquier colección legal, sino la que es resultado de la nueva ciencia de la *codificación*, y que comprende un conjunto homogéneo de disposiciones o artículos bien clasificados sobre cualquier ramo o materia, como

(30) JESÚS VALLEJO, «Leyes y jurisdicciones en el *Ordenamiento de Alcalá*», en *Textos y concordancias del Ordenamiento de Alcalá ...*, Madison (Wisconsin), *Seminary of Hispanic Studies*, 1994, 1-19.

(31) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española ... Son complementos de esta obra los Códigos Antiguos de España, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación inclusive*, II, Madrid 4.^a ed. 1886, s. v. *Codificación*, p. 351; *Código*, pp. 351-352; *Código civil*, pp. 352-366.

hoy el Código Penal, el de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento civil, etc.». La distancia entre una vetusta Recopilación o Fuero y los libros jurídicos que ahora se citan se quiere, como vemos, de ciencia: «Del verbo *facio* (hacer) y de la voz *codex* (código), codificación es la formación de códigos, pero con sujeción a los principios de la ciencia de la legislación». Aunque su alcance queda indefinido, parece muy claro el contenido mínimo de esta nueva ciencia: la aplicación de sus principios a materias jurídicas homogéneas con arreglo a una buena clasificación son los requisitos mínimos de los códigos en este sentido concreto, en el que ya no encajan los antiguos códigos de España.

Entre unas y otras definiciones ha cambiado ciertamente el panorama. Aún subordinados los nuevos códigos a los viejos, todavía como segunda acepción, van sin embargo dignificándose bajo pretensiones de *ciencia*. Tal vez Martínez Alcubilla —¿su anónimo redactor?— tuviera simplemente en cuenta la presencia ocasional de unas asignaturas universitarias de «Principios generales de legislación universal comparada. Codificación» en los planes de estudio de Derecho, rápidamente modificados con sacrificio, entre otros, de este interesante extremo (32), o tal vez no, aunque recordar ahora el episodio universitario tiene cierto valor para representar elementos de cultura jurídica que desde luego circulan.

Poco más que unas cuantas normas podemos recordar aquí sobre el viscoso mundo de la enseñanza del Derecho en la España del Ocho-cientos (33), pero basta ese poco para precisar conceptos. Adornada del valor científico que se exige a los nuevos códigos, en 1842 la «Codificación» es materia del curso final, doctoral, del larguísimo *curriculum* jurídico que entonces se traza. Según orden ministerial dictada para cumplimiento del Plan, por el que se unifican definitivamente las viejas carreras autónomas de Leyes y de Cánones, el profesor encargado de aquella asignatura «no sólo dará razón de los diferentes métodos que se han seguido por las naciones más adelantadas para reunir las leyes en colecciones luminosas y especiales, sino que explicará las reglas que deben observarse en la formación de las mismas leyes y las condiciones científicas que tienen que satisfacer, con lo cual podrá ampliarse el estudio hecho anteriormente del derecho constitucional en su importantísima parte de organización y ejercicio del poder legislativo». Tan desmesurada previsión se revela síntoma de debilidad. La codificación científica de la cátedra de Derecho es legislación comparada, precisamente entendida como noticias y cuestiones sobre «colecciones

(32) ANTONIO ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972, pp. 378 y ss., pp. 382 y ss., para los datos que ahora interesan.

(33) De nuevo precursor, a fines del Novecientos, BARTOLOMÉ CLAVERO, «Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho», en *Quaderni Fiorentini*, 21 (1992), 37-87.

luminosas y especiales» de otros países, pero es también técnica legislativa y reflexión sobre cámaras parlamentarias. Más adelante sobre ello insistiremos.

Hay testimonios autorizados que sirven provisionalmente para comprobar el aprecio que merece la nueva asignatura. Con noticia de la misma y pronunciamiento en la cuestión fundamental de la formación de los códigos escribe por esas fechas Florencio García Goyena (34). En un proyecto de código criminal que es simple sistematización de leyes históricas, novedades incluídas, el futuro y frustrado codificador civil ridiculiza «la manía de codificar», que luego también le afectó, agregando a la larga cita de autor francés no identificado (35) con que inicia su obra una escandalizada mención de la novedad que incorpora la reciente reforma educativa: «¡Qué dirá el autor indicado, a quien supongo vivo, si llega a saber que en el nuevo Plan de Estudios para la juventud española hay nada menos que una asignatura formal de codificación; por manera que al salir de las universidades podrá cualquiera hacer diariamente un código con la misma facilidad que un pedimento!».

Tal fue el caso ciertamente, aunque los llamados códigos de redacción privada revelen ahora una escasa familiaridad con la ciencia codificatoria en la España del siglo XIX. Nadie se toma en serio la tal «Codificación», que de inmediato sucumbe en los estudios jurídicos: al menos, sólo consta la subsistencia expresa de la más humilde «Legislación comparada». El mismo Plan de 1842 prevé también una materia de «Códigos Civiles españoles, el de Comercio. Materia criminal», que por ser asignatura del quinto curso de Licenciatura posee una importancia que falta a la «Codificación», argumento poco práctico relegado al ciclo opcional de Doctorado que sólo se imparte en Madrid. El plural de la denominación oficial nos indica que en la medida de los tales «Códigos civiles españoles» no cabe en España un singular Código Civil; atestigua que la asignatura de «Códigos» es, simplemente, la excrecencia académica de una realidad textual: a los efectos de la educación técnica del jurista estos *códigos* aún son los «antiguos» del diccionario de Martínez Alcubilla, por su parte aplicado inmediatamente a la publicación y difusión de aquellos códigos entre los prácticos (36),

(34) *Código criminal español, según las leyes y prácticas vigentes, Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, por ..., I-II, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1843.

(35) Supongo que se trata de la autoridad del momento, difundida también en castellano: PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de derecho penal. Escrito en francés por Mr. P. Rossi* ... traducido al idioma español por Don Cayetano Cortés, I-II, Madrid, José María Repullés, 1839.

(36) Son materiales por estudiar. La versión más utilizada seguramente fue *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, I-XII, Madrid, Imprenta de La Publicidad, 1847-1851, centrada en la legislación histórica de Castilla, con colaboración de

a los que puede agregarse sin muchos problemas de concepto el derecho mercantil codificado como novedad más bien secundaria: el ordenamiento positivo español no se lee todavía con métodos de éxegesis ni sustenta dogmáticas, careciendo hasta de base la más endeble construcción jurídica (37). Desde luego aparece una cierta literatura mercantil y penal que sitúa en el código su referente, pero nos encontramos ante obras elementales que no pasan de ser un primer esfuerzo digestivo —*ad usum scholarum*— del texto legal (38). También a su respecto, a respecto en general del jurista español, los protagonistas de la experiencia siguen siendo unos *códigos* que no reclaman conocimiento teórico ni ejercicio práctico de *codificación*. Se trata de códigos editorialmente disponibles y humanamente legibles, frente a un Código de Comercio publicado oficialmente para negocio particular de su redactor (39) y un Código Penal que se difunde en versión inmanejable dicha microscópica (40). La historia los impone y la colección los define. La ciencia se dice que existe, pero no se convoca. Y el *Diccionario* de la Lengua continúa presente.

las principales plumas del momento (conoce reediciones). Otras colecciones se proponían incluir fuentes contemporáneas: *Códigos de España, y decretos y órdenes de Cortes compendiados y anotados*, I-V, Valladolid 1874-1877, de los que sólo he tenido en mis manos los dos primeros tomos: *Las Siete Partidas, compendiadas y anotadas por D. José Muro Martínez ... Editor Don Mariano Muro López Salgado*, Valladolid, Gaviña y Zapatero, 1875.

(37) Cfr. Orden de 1 de octubre de 1842, en ANTONIO ALVAREZ DE MORALES, *Génesis*, cit., (n. 32), p. 381 y n. 964: «La historia del derecho español ocupará el primer mes del curso. Los restantes se invertirán en el estudio de las instituciones civiles y mercantiles. No hay necesidad de separar el derecho civil del de comercio, sino que por el contrario convendría mucho que los profesores uniesen entre ambas enseñanzas, porque siendo el derecho mercantil una especialidad del común, importa en estos cursos elementales advertir de la excepción a fin de cada título o tratado».

(38) Me limito a citar lo mejor, que sin embargo responde al diagnóstico: JOSÉ DE CASTRO Y OROZCO y MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, I-III, Granada, Manuel Sanz, 1849; PABLO GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, I-II, Barcelona, heredero de José Gorgas, 2.^a ed. 1859.

(39) CARLOS PETIT, «Derecho mercantil» cit., (n. 4), p. 405.

(40) (MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, ed.), *Código penal de España, cuyo texto se halla arreglado a la segunda edición oficial, con el informe sobre el mismo del Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad, y con notas y observaciones prácticas, por M.M.A.*, Burgos, Imprenta de D. Sergio Villanueva, 1850. Gracias a la diligencia de Fernando Bouza he examinado un ejemplar de esta edición en la colección Usoz (Biblioteca Nacional, Madrid). El llamado «código microscópico», que mide 93 x 65 mm., fue en su origen un obsequio para los suscriptores de la *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia*, una de las empresas del animoso Martínez Alcubilla, que también llega a anunciar, ultimado el proyecto de 1851, un Código Civil microscópico: *Revista*, cit., (1851), p. 318. Del Penal se prometía nueva edición: cfr. *Boletín Jurídico* (2.^a época de la *Revista*, cit.) (1853), pp. 128, 248, 320 y 336.

Continúan además unas prácticas académicas, productoras de textos. El más importante sin duda se debe a Benito Gutiérrez, un típico jurista español que pasa del Seminario a la Guardia Civil y de las armas a la Cátedra civilística, donde centra por fin su actividad profesional (41). A inicios de los años Sesenta publica Gutiérrez unos *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (42). Es obra que responde a exigencias universitarias: a una asignatura de «Códigos españoles» o «Ampliación del derecho civil de España», que se advierte suprimida en 1858 pero con mayor razón necesitada de exposiciones y, en efecto, la colección de Gutiérrez es lo mejor que dan de sí las aulas españolas en estos tiempos de los «Códigos». El voluminoso tratado llama de inmediato la atención de Pedro Gómez de la Serna, pero su reseña es una reflexión, con la excusa de Gutiérrez, sobre la enseñanza jurídica en España (43). Si aplaude el «método dogmático» seguido por Gutiérrez, la razón se encuentra en aquellos «Códigos»: «Si en España tuviéramos un Código civil modelado en la turquesa de la mayor parte de los modernos, sería ocasión de examinar si los libros dogmáticos ... deberían ser reemplazados por cursos exegéticos»; pero los «Códigos» disponibles no otorgan espacio a tales cursos: «hoy el estudio exegético de nuestro derecho sería imposible en las escuelas ... Diremos más; si fuera posible hacer así el estudio no sería conveniente». La historia y la exégesis claramente se viven como elementos irreconciliables.

El panorama de fuentes que ante sí tiene el profesor de este curso de «Ampliación del derecho civil» que más exactamente es cultura de «Códigos españoles» se describe con exactitud en la definición oficial de la asignatura que realiza el Consejo de Instrucción Pública (44). Es noticia ofrecida en su reseña por Gómez de la Serna, al fin y al cabo miembro del Consejo; y nos vale ahora como síntesis de las dificultades que tuvo que superar Gutiérrez, o, si se prefiere, como índice sumario de sus *Códigos o Estudios*. «No habiendo texto adecuado a esta asignatura, el catedrático hará estudiar y explicará las materias del derecho español que más se separan del romano, y especialmente los títulos segundo y tercero del libro III de la Novísima Recopilación; el libro X de la misma, y las leyes modernas que alteran o modifican el antiguo derecho. Hará también conocer a sus discípulos los tratadistas

(41) RAMÓN LORENTE, «Necrología. Don Benito Gutiérrez y Fernández», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 309-313.

(42) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Sánchez, 1862 y ss.

(43) En *RGLJ* 21 (1862), 648-652.

(44) Véase además, coincidente, el Reglamento de Estudios de 1852, en *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia* (1852), 315 y ss., arts. 105-111 en pp. 331-332.

que más han sobresalido en la explicación de cada una de las leyes, y especialmente los que han comentado las de Toro». La añeja técnica de las antinomias con el derecho romano, la *Novísima* como elemento central del aprendizaje, la doctrina del *mos italicus* castellano aplicada sobre todo a la lectura de las Leyes de Toro (1505) es el cuadro profesional del civilista español de mediados de siglo. Un cuadro romano y castellano, que sin embargo amplía una referencia final a «los puntos cardinales en que se separan los (*sc. fueros provinciales*) de Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra del derecho de Castilla, haciendo un examen comparativo de unas y otras instituciones».

Entre imposibles exégesis, dogmas que desfallecen ante cualquier comparación y antinomias de regusto dieciochesco hacen por fin su entrada unos «fueros provinciales», como apéndice de los «códigos españoles» pero sin nombre ni aspecto de *código*, para cuya mínima comprensión también debe convocarse a la historia. Y, en efecto, la ausencia casi total de una historiografía jurídica profesional en la España del siglo XIX, al igual que la absoluta carencia de una ciencia romanística, se relaciona necesariamente con una práctica del Derecho que no puede sacar la historia de los bufetes de abogados, las cátedras de los profesores y los estrados de los jueces. Son muy pocas las excepciones, procedentes por cierto de los círculos más comprometidos con la *codificación* (45). Los civilistas, y así Gómez de la Serna, que parece y fue figura omnipresente, comienzan sus cursos (46) con historias, para escándalo de lo que por entonces —aunque en otras latitudes— ya daban de sí los verdaderos profesionales (47). Ahora bien, según los ambientes y las universidades los cursos civilísticos quitan o añaden «Códigos» a la inaprensible serie española de los mismos, y así unas *Explicaciones taquigrafiadas* procedentes de Barcelona (48), cuya

(45) FRANCISCO (DE) CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, I, Madrid, P. Núñez, 1884, colección de trabajos anteriores aparecidos en su revista *El Derecho Moderno* (1843 y ss.) interesantes al derecho visigodo. Y estamos ante una historiografía jurídicamente militante: FRANCISCO DE CÁRDENAS, *El matrimonio en sus relaciones históricas con el Estado y con la Iglesia*, Madrid 1870.

(46) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA/JUAN MANUEL MONTALVÁN, *Elementos del derecho penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, I-II, Madrid, Establecimiento Tipográfico, 1841; III, Vicente de Lalama, 1842. *Cfr.* I, pp. 7-96, con la reseña histórica.

(47) *Cfr. Kritische Zeitschrift*, 16 (1844), 331-341 (Gustav Hänel).

(48) *Explicaciones taquigrafiadas de la asignatura de Ampliación del derecho civil y códigos españoles*, Barcelona, Vda. e Hijos de Gaspar, anónimas y sin fecha, pero posterior, según las referencias legislativas recogidas, a 1872, pp. 164 y ss.: «De todo esto resulta, pues, que los períodos ya estudiados en nada se parecen al presente, que no ofrece ningún código en el que se contenga todo el derecho, como en las épocas anteriores, por más que así lo prescriban nuestras constituciones políticas y por más que se hayan publicado el código mercantil y el código penal, puesto que ello en nada se parece a la codificación de las demás cinco épocas cuyo estudio tenemos hecho.

parte histórica inicial es sensible a los «fueros provinciales» no castellanos que figuran según vimos en la descripción oficial de la asignatura, pero la mayor cantidad de información resulta en este caso verdadero problema de calidad del concepto: a pesar del Penal y el de Comercio, del repaso histórico se concluye, paradójicamente, que son los tiempos modernos una época sin códigos en la historia de las legislaciones españolas; que en esos mismos tiempos existe todo lo más una *Colección legislativa* «que equivale a un código», a cuyo respecto el lector de los Diccionarios acentuará sin duda el mismo nombre de *Colección*. Y, en efecto, las *Explicaciones* precisan de entrada la existencia de lagunas y omisiones en esa recopilación oficial y anual de las leyes vigentes, viejo problema del género recopilatorio.

Y se escriben también unas historias que son ante todo derecho, pues se trata, sin *códigos*, de presentar y describir los «Códigos españoles». Es la finalidad que persigue, de nuevo por ejemplo, Ramón Ortiz de Zárate, cuyo *Análisis histórico-crítico de la legislación española* (49) presenta al menos el mérito de penetrar en la descripción de los monumentos normativos de las primeras décadas del siglo XIX. Para el *Análisis* de Ortiz de Zárate *código* de nuevo es cualquier texto jurídico de regular importancia. Ciertamente la intención declarada en este ensayo consiste en la ilustración de todas las clases jurídicas para la confección de «los nuevos códigos generales», «los futuros códigos» prometidos por la Constitución, que reducirán por fin a historia «los códigos legales, que desde la fundación de la monarquía española hasta el presente, habían regido en la península Ibera nada menos que por catorce siglos», pero son estos segundos códigos, en el desarrollo del *Análisis*, la cuestión que resulta principal. Junto a códigos en sentido estricto, como el Penal de 1822 o el de Comercio de 1829, que Ortiz de Zárate conoce y describe, aún llega en sus páginas a discutirse si es *código fundamental* o *constitución política*, o ninguna de ambas cosas, el Estatuto Real, fugaz convocatoria a Cortes dictada en 1834, y *código* resulta también el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, que «es la parte más interesante de nuestra legislación moderna».

Es toda ella legislación de vocación española, lo que en la práctica del ordenamiento contradicen unas peculiares circunstancias (50),

Mas si no tenemos un código civil, tenemos en cambio importantísimas leyes civiles que debemos estudiar, si bien antes advertiremos que todas las referentes a las materias civiles de esta época, se hallan contenidas en una obra titulada hoy *Colección legislativa*, que equivale a un código».

(49) I-II, Vitoria, Egaña y Compañía, 1844.

(50) Cfr. RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico*. (n. 49), II, pp. 11 y ss., con referencia al Convenio de Vergara y la ley «paccionada» de 1841 a propósito del encaje, *iure bellico*, de Navarra en la España de los Reyes Católicos.

pero no es mucho lo que expresan al efecto el historiador Ortiz de Zárate o el jurista Gómez de la Serna, condenados uno y otro, sin *código*, a ser historiadores en cuanto juristas prácticos de «Códigos». Según ámbitos geográficos la información lógicamente varía, pero en general, como vemos, de esos «Fueros provinciales» cuya noticia residualmente debe cubrir la asignatura de «Códigos españoles» o «Ampliación de derecho civil» no abundan las informaciones. «¡Lástima que en estas sabias investigaciones se olvidasen completamente los importantísimos monumentos de la legislación de los demás reinos de España, y que éstos hayan llegado casi ignorados hasta nuestros días, en que por fortuna empiezan a despertarse de nuevo esta clase de estudios!» (51), puede escribirse desde Cataluña en 1847, mas la ignorancia del legislador universitario contemporáneo relativa a las tradiciones no castellanas llega a situar entre ellas, como se recordará, unos dichos «fueros de Valencia» derogados desde hace siglo y medio sin que consten deseos contemporáneos de restablecerlos, mientras que silencio un caso vasco para el que no faltan fuentes históricas ni literatura moderna, aunque no siempre se dedique al derecho privado (52). Estamos de nuevo ante extremos por estudiar, que sólo una lectura sistemática de los manuales universitarios contribuirán a aclarar en el futuro.

IV

Regresemos a lo nuestro. Sin gran vocación expansiva, con los «códigos» y sus correspondientes «historias», aparece en el discurso del jurista un concepto de *codificación* bastante más exigente que el viejo y desgastado *código*. Se sabe en España que la *codificación* es cuestión polémica de política jurídica, pero las escasas referencias a Thibaut y Savigny, autor este último que, difundido entre nosotros en francés (53),

(51) JOSÉ ANTONIO ELÍAS, *Compendio de la Historia de las Instituciones y Derecho de la Monarquía Española y de cada uno de los Reinos en que estuvo dividida*, Barcelona, Imprenta Hispana, 1847.

(52) MANUEL GARCÍA GONZÁLEZ, *Crítica de los fueros de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. Discursos pronunciados en el Senado por los Excelentísimos Señores D. Manuel Sánchez Silva, D. Pedro de Egaña y D. Joaquín B. y Aldamar, con notas y documentos oficiales por ...*, Madrid, El Clamor Público, 1864, al hilo del proyecto de Presupuestos para ese año.

(53) CARLOS IÑIGO, *Índice de las obras existentes en la Biblioteca de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, C. González, 1854, p. 47: de Savigny se registra *Histoire du Droit romain au moyen âge, Traité de droit romain y Traité de la possession, d'après les principes de droit romain*.

poco a poco del francés se va traduciendo (54), casi siempre (55) resultan de segunda mano: rinde servicio Eugène Lerminier (56), igualmente traducido y manipulado (57). Con estas mismas fuentes hace su aparición una variada literatura de *Prolegómenos*, también asignatura de 1842 que inaugura, cómo no, un joven Pedro Gómez de la Serna (58). Faltando pronto la «Codificación» en planes universitarios, en defecto sobre todo de Código Civil, estos libros transmiten al menos algunas nociones elementales (59).

Para los más avanzados se cuenta además con la *Enciclopedia española de derecho y administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias* dirigida por Lorenzo Arrazola y con los principales juristas del momento entre sus colaboradores declarados. Incompleto, el esfuerzo de Arrazola llega al menos hasta las voces que nos interesan (60): *codificación, código civil, código penal, códigos, códigos españoles, códigos extranjeros*. Leemos en ellas de todo. Al igual que en los casos anteriores, pues es problema general del or-

(54) MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, 1800-1880, con tres apéndices ... Parte primera. Bibliografía española*, Madrid, Imprenta Fortanet-Librería D. Fernando Fe, 1883, que aún sigue siendo fuente principal de información, menciona (refs. 253 y 260) las versiones del *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano*, Madrid 1845, y del *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid 1878-1879. La ref. 221 remite a GUSTAVO HUGO, *Historia del Derecho romano. Traducida del alemán, según la séptima edición por Jourdain. Revisada por Poucelet*, trad. de Manuel Casado Tello, Madrid 1850.

(55) Con información original, pues aparece rodeado de reseñas que no excluyen obras alemanas (cfr. pp. 90-91), tal vez escribe el autor de «La Escuela histórica y la Escuela filosófica», en *El Derecho. Revista semanal de legislación, jurisprudencia y tribunales (= El Derecho)*, 1 (1844), 447-461.

(56) EDUARDO TRILLO SALELLES, «De la Escuela Histórica en sus relaciones con la legislación», en *RGLJ* 7 (1855), 150-153; CIRIACO RODRÍGUEZ MARTÍN, «Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación civil española», *ibid.* 30 (1867), 161-192; LUIS MOROTE Y GREUS, «La Codificación civil, su historia, su necesidad», *ibid.* 59 (1881), 28-48. En su relativa pobreza lo mejor que conozco de este género es FERMÍN FERNÁNDEZ IGLESIAS, «Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario», *ibid.* 23 (1863), 5-49, discurso doctoral.

(57) E. LERMINIER, *Introducción general a la historia del derecho*, Barcelona, Benito Espona, 1840.

(58) *Prolegómenos del Derecho*, Madrid, Vicente de Lalama, 1845, pp. 134 y ss. sobre Savigni (!) y Nieburh (!).

(59) CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ, *Nociones fundamentales del Derecho*, Burgos, Arnáiz, 1855; ANGEL CREHUET Y GUILLÉN, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho*, Salamanca, Oliva y Hermanos, 1871; LUIS MIRALLES SALABERT, *Prolegómenos de la Ciencia del Derecho*, Madrid, F. López Vizcaíno, 1871; ANTONIO JOSÉ POU Y ORDINAS, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho y principios del Derecho Natural*, Zaragoza, Mariano Salas, (2) 1879.

(60) IX, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia a cargo de J. Morales. 1856.

denamiento español, conviven las fuentes y los conceptos más diversos. Los títulos otra vez resultan explícitos: con toda intención Arrazola incluye en su *Enciclopedia ... de derecho y administración* la evocación admirable de aquel vetustísimo *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias* compuesto a fines del siglo XVIII por uno de los juristas que más combatieron la modernidad ilustrada (61). Nuestra *Enciclopedia* se revela así indudablemente *española*.

Lo nuevo de una *Enciclopedia* que también es *Teatro* convive con la vieja *legislación universal*: entre *España* y sus desaparecidas *Indias* se sitúan como pueden un *derecho* y una *administración*. «Desde luego en el uso de la voz *código*, hemos seguido a los romanos respecto de la originaria *codex*», pero en 1856 ya se sabe que «la voz *código* tiene aún una cuarta acepción, más concreta; y es cuando lleva ese nombre una colección *homogénea*, que comprende por completo todas las lyes y disposiciones de un materia; pero sólo de ella. La colección será más o menos extensa; pero su carácter esencial es aquél, esto es, la *homogeneidad*, y el que abarque o desenvuelva por completo uno solo de los ramos de la administración de un Estado, ora en lo civil, ora en lo criminal ... En este concepto es técnica la palabra *código*».

La «acepción más concreta» se dice «técnica» y resulta con ello «moderna». Moderna es también la voz *codificación*: «Voz de creación moderna ... Hemos dicho que esta palabra es moderna, y moderno es por tanto el sentido en que se aplica, pues ciertamente hasta principios de este siglo no era frecuente la formación de *códigos* en el sentido estricto que tiene hoy esta palabra». Sin embargo *códigos* son, «aún en la acepción moderna» que remite como vemos a *codificación*, el Fuero Real y las Siete Partidas; el monarca medieval Alfonso X sería *codificador*, como después —cinco siglos después— tan sólo Fernando VII, que promulga en 1829 el Código de Comercio.

Sobre cada uno de estos *códigos*, los históricos y los contemporáneos, existe o se prevé artículo específico, mas los dichos *españoles* como tales no faltan, con el contenido esperado del orden de prelación de fuentes: «una cuestión importantísima, a saber, la precedencia entre nuestros diferentes cuerpos legales, y por qué orden deber ser apreciadas sus disposiciones en la práctica». Por esas páginas desfilan del Ordenamiento de Alcalá hasta el Código Penal, con exhaustivas referencias a las doctrinas del *mos italicus* castellano desde la obra tres veces centenaria de Antonio Gómez. Si tenemos en cuenta que la voz *códigos extranjeros* colecciona información, por países, de los *códigos* vigentes, rematada con unas «consideraciones generales» resueltas entre rudimentos de Thibaut y Savigny, tendencia universal a la unidad con

(61) BARTOLOMÉ CLAVERO, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (= AHDE), 48 (1978), 307-334.

peso decisivo del modelo francés y criterio de especialidad como aplicación al legislador del principio económico de división del trabajo, la distancia entre la doctrina que se establece a propósito de estos *códigos extranjeros* y la preocupación que acreditan los *códigos españoles* parece abismal: la *codificación* sólo es «moderna» cuando situamos su discurso fuera de España.

En sus fronteras, atormentadas por una diversidad de ordenamientos territoriales ante la cual se muestra poco sensible una *Enciclopedia* también con ello *española*, el análisis de los códigos resulta contradictorio hasta para sus mismos autores. «Algunos no tienen inconveniente en calificar de *códigos civiles* al Fuero Real y a las Partidas», advierte la voz *código civil*, «pero esta acepción, que es la más genérica de la frase *código civil*, no es la que especialmente se le atribuye en nuestros días. Desde que el prurito moderno de la *codificación* invadió a todos los pueblos, se conoció la conveniencia de separar en diferentes códigos las distintas clases de leyes ... bajo la denominación de civiles se comprendieron las que fijaban las relaciones recíprocas entre los ciudadanos». Sería muy sencillo explicar los desajustes por la índole colectiva de la obra que dirige Arrazola. Son páginas que a veces han sido posteriormente publicadas bajo su exclusiva responsabilidad (62), lo que no tiene que bastar para una exacta atribución; otras veces la relación entre la *Enciclopedia* y la obra de Pedro Gómez de la Serna, primer colaborador según la lista de autores del tomo noveno, que es el que se viene manejando, parece manifiesta. Mas interesa poco la autoría: como obra colectiva se publica la *Enciclopedia* y como cultura que también lo es debemos aceptar sus artículos.

V

Para los efectos de la *Enciclopedia* y aún a la vista de todos un modelo desde luego existe desde hace años. El *Code Napoléon* conoce repetidas traducciones al español y se difunden, también en español, sus concordancias y comentarios (63). Con *Code* y con «códigos españoles» sobre la mesa de trabajo del jurista, el encuentro de los extremos resultará inevitable.

(62) LORENZO ARRAZOLA, «De la codificación en las principales naciones modernas», en *RGLJ* 12 (1858), 39-50, 116-133, 193-223, 433-449, 593-625, 746-768, que es la voz enciclopédica *Códigos extranjeros*.

(63) MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política cit.* (n. 54) menciona (refs. 2102 y ss., pp. 128-129) las traducciones del *Code* de 1809 (anónima), 1850 (Pío Laborda y Galindo) y 1875 (Estanislao Figueras), pero es asunto que merece estudio; son varias las ediciones de la versión española (1843, 1845, 1847, «económica» de 1852) de las *Concordancias* de A. Saint-Joseph (F. Verlanga Huerta y J. Muñoz Miranda).

Algunos, bastantes, desde el código francés se dedican a leer los «antiguos de España», esos «códigos españoles» que campean por las universidades, el foro y las prensas. Por ejemplo, primero de una serie discretamente nutrida que sólo puedo aquí repasar rápidamente, el jurista vasco Pablo Gorosábel. A Gorosábel se le viene atribuyendo la condición de proyectista del Código civil (64), pero su libro es bastante menos que eso: se trata de una simple *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación; Escrita bajo el método de los códigos modernos* (65). Sus 1419 artículos, distribuidos en tres «partes» modeladas sobre el *Code*, según declaración del autor se deben a la lectura de la ley francesa por un práctico de los «Códigos», pero se protesta cualquier pretensión de innovación: del *Code* se toma «plan, método, exposición y orden de las mismas materias», apoyado el autor al fin y al cabo en la común tradición romanística de los derechos francés y castellano; de los «Códigos» procede la sustancia, según las notas de fuentes que sitúan los artículos casi siempre entre los viejos textos castellanos. No falta el Concilio de Trento en materias de matrimonio, ni tampoco, en general, una doctrina jurídica que nada tiene de exégesis: «opiniones de los autores regnícolas más recibidas por los juristas y los tribunales», tomada con múltiples llamadas a la prudencia. Por contra, no está en Gorosábel la legislación del momento y el único código por entonces existente, que es el mercantil de 1829, carece hasta de rastros en materia de contratos.

Junto al *Código* Gorosábel compone una suerte de breviario explicativo, que poco explica (66). O, si se quiere, lo hace, y mucho: da cuenta de un uso hispánico del *Code* que se reduce a la más externa adaptación de su sistema a la materia jurídica antigua y castellana, con énfasis precisamente en lo más tradicional; justifica un *desideratum* que se entiende en sí mismo «código» y supera, con sus ventajas, los inconvenientes de volumen que tenía el texto *novísimo* de 1805, «código» también al fin: «Nada pues más conveniente en el estado actual de la legislación que una reforma completa y general que reuniendo en un corto volumen todas las disposiciones civiles, abrogue todos los códigos, fueros, recopilaciones y demás cuerpos legislativos, que en materia civil se han promulgado».

Se vislumbra desde la *Redacción del Código civil de España* el panorama intelectual del *Diccionario*, pues Gorosábel lee un *código*, el *Code*, y escribe con este pretexto y título otro *código*, que resulta verdadera *recopilación*. Es jurista, otro jurista, que demuestra la vigencia de las definiciones académicas: que conforma con su quehacer la cul-

(64) Así ya JOSÉ MARÍA ANTEQUERA, *La codificación moderna*, cit., (n. 3), p. 46.

(65) TOLOSA, Viuda de la Lama, 1832. 326 pp.

(66) PABLO GOROSÁBEL, *Examen de los principios del derecho civil español*, I-III, Tolosa, Juan Ignacio de Mendizábal, 1834.

tura de la Academia misma. Sin *Code*, para su intento ya existían precedentes, al menos en materia criminal (67), y no se carecía en el terreno de los procedimientos de auténticos proyectos privados que pretendían animar discusiones y aclarar el panorama de un anquilosado ordenamiento (68). Y existirán, también y sobre todo, consecuentes. Muy similar al de Gorosábel, pero ahora con alguna presencia del derecho que va gestándose tras la muerte de Fernando VII (1833), José María Fernández de la Hoz elabora un *Código civil, redactado con arreglo a la legislación vigente* (69): idénticas protestas conservadoras, parecida referencia a las fuentes, limitación de éstas a las castellanas e históricas. En otros territorios jurídicos y con pérdida del nombre de *código* llegan a elaborarse colecciones que encierran un proyecto semejante (70). A veces, desde este mismo horizonte, la diversidad procede de la materia: sin que hoy por hoy conozcamos el sentido práctico de la obra, se publica incluso una recopilación sistemática de disposiciones de la torturada dominación francesa bajo el título *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte* (71). Otro código a la española, aunque aparezca de por medio la codificadora Francia.

Más que dar cuenta de unos materiales, que desde luego merecen un estudio reposado, me preocupa constatar la inexistencia de un concepto moderno. En Fernández de la Hoz y en Gorosábel la idea técnica de código es muy débil, pero el uso del término ya lo es menos: lo soporta el sentido desmesurado de un vocablo que comprobamos vigente entre los juristas con el mismo alcance que aparece en los *Diccionarios* oficiales de la Lengua. Avanzado el siglo, acercándose el Código Civil y la inevitable, aunque tardía, revisión lexical de la Academia, los con-

(67) VICENTE VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado a las leyes de España, que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales escribió ...*, I-III, Madrid, Vda. de Ibarra, 1797.

(68) MANUEL DE SEIJAS LOZANO, *Teoría de las instituciones judiciales, con proyectos formulados de códigos aplicables a España*, I, *Proyecto del Código de procedimientos en materia criminal*, y II, *Teoría del Procedimiento en materia criminal*, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1841 y 1842. Sobre otro texto similar para el proceso civil de José María Fernández de la Hoz (1843), *cfr. Kritische Zeitschrift*, 16 (1844), 341-342 (Gustav Hänel).

(69) Madrid, Eusebio Aguado, 1843. 277 pp.

(70) JOSÉ ANTONIO ELÍAS y ESTEBAN DE FERRATER, *Manual del derecho civil vigente en Cataluña, o sea resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al decreto llamado de Nueva Planta, y de las anteriores ... Segunda edición, arreglada en vista de la legislación vigente hasta el día y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, por D. Alejandro Bacardí*, Madrid, Carlos Bailly-Baillière (en el ejemplar que utilizo, Biblioteca Nacional, Madrid, signatura 1/2902, una etiqueta oculta otro pie de imprenta: Barcelona, Librería de José Ginesta), 1864. La primera edición se publica en 1842.

(71) JUAN MIGUEL DE LOS RÍOS, *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones*, Madrid, Ignacio Boix, 1845.

secuentes de Gorosábel continúan, alcanzando el género del código privado, que es sistematización de leyes castellanas vetustas, su máxima expresión. 1872. Un abogado del Colegio de Valladolid, Sabino Herrero, da a las prensas *El Código civil español*, que de inmediato se define como *Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* (72). Aquí la atención al derecho contemporáneo es determinante. Obligadamente se parte de la historia para ofrecer un rápido repaso de la legislación castellana, en que destaca el Ordenamiento de Alcalá (1348) como «ley general» que inaugura un período de lenta, pero efectiva, superación del previo localismo. Se llega al momento jurídico actual, tiempo de transición, que compensa la ausencia de código con una multitud de leyes especiales superpuestas a las históricas y que crean así un mundo impenetrable de referencias normativas. En tal contexto aparece la cuestión del orden de prelación según vimos en Martínez Alcubilla y Larrazola, «que la práctica tiene ya en cierto modo resuelta»: «códigos y leyes anteriores a la reforma» con los criterios del Ordenamiento de Alcalá, «leyes novísimas» y «jurisprudencia de los Tribunales, consignada en las sentencias del Supremo de Justicia». Las notas a las disposiciones históricas señalan a veces variantes textuales a tenor de las diversas ediciones disponibles, que por esos años y a estos fines prácticos aumentan considerablemente, y las disposiciones «novísimas» se anotan con previsiones reglamentarias: se establece así una cierta homogeneidad en el tratamiento formal de los materiales que refuerzan las remisiones a una jurisprudencia efectivamente elaborada sobre la aplicación de lo más viejo y lo más nuevo. El índice final de fuentes reúne todas las posibles y pensables, desde el Fuero de Sepúlveda hasta la Constitución de 1869 con énfasis en las Partidas (casi mil textos citados de esta fuente) y en la legislación hipotecaria (unas seiscientas citas), pero otra vez estamos ante materiales exclusivamente castellanos. También desde este más discreto aspecto, el *Código* de Herrero se presenta ante el lector actual como una imagen vivaz del panorama del derecho español en la segunda mitad del siglo XIX.

En relación a las obras similares anteriores este *Código* ha dado entrada a la legislación moderna y a la jurisprudencia. Sigue resultando *recopilación*, pero los instrumentos han cambiado. La «prelación de fuentes» revela vocación de «sistema», con la ayuda destacada de una jurisprudencia que se reduce por esos años a la del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de casación. Son extremos sobre los que volveremos.

Lo hace además la doctrina contemporánea. Otro práctico y político, José Sánchez de Molina, publica en 1871 *El Derecho civil español*

(72) Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1872.

(en forma de Código). *Leyes no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos* (73). Con lo que va recogido la lectura de este título ya puede resultar suficiente: en forma de código, sirviendo como modelo el proyecto oficial fracasado de 1851, articula este autor la *materia* del derecho civil español desde viejos textos visigodos hasta la segunda mitad del siglo XIX, reto admirable que sólo puede asumirse por el concurso de la jurisprudencia y la doctrina. Es de nuevo cuestión la prelación de las fuentes, pues «en la aplicación del antiguo y del nuevo derecho se observaron vacíos, dudas y contradicciones que hicieron difícil el estudio y la jerarquización de las leyes e indispensable a falta de un código general y uniforme, establecer reglas que suplieran lo omitido, aclarasen las dudas y pusieran en armonía las disposiciones contradictorias», y de nuevo la solución pasa por la jurisprudencia: «A satisfacer esta necesidad han venido las decisiones del Tribunal Supremo de justicia, cuya jurisprudencia sirve de regla y muchas veces de guía en el confuso laberinto de nuestra legislación civil». Los problemas y la orientación continúan en el apéndice que actualiza la obra dos años más tarde (74).

No merece ahora la pena alegar más testimonios (75). El repaso efectuado nos sitúa ante unos llamados códigos como sistema moderno de textos que mayormente no lo son, con sensibilidad exclusiva por los cuerpos jurídicos de Castilla y el reconocimiento de un creciente papel a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La pregunta por el código nos ha conducido a la recopilación, lo que ya permitían nuestros *Diccionarios*, pero las obras más claramente jurídicas nos enfrentan a una actividad judicial que no se contenía en las escuetas definiciones examinadas. La aportación del jurista al mundo de los conceptos académicos parece consistir en esta dimensión judicial del problema codificadorio.

VI

De manera que la comunicación existente entre *código* y *recopilación* puede ser reformulada, mediando estos «códigos» de juristas,

(73) Madrid, J.L. Vizcaíno y M. Minuesa, 1871.

(74) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA Y BLANCO, *Apéndice a la primera y segunda edición del Derecho civil español en forma de Código. Contiene el texto de las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y Novísima Recopilación, no derogadas; decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que las explican y armonizan; notas y concordancias. Precedido de un prontuario alfabético*, Madrid, Manuel Minuesa, 1873.

(75) MARIO NAVARRO AMENDI, *Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes vigentes con expresión de los orgenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, I-II, Madrid, Juan Vidal, 1880.

como una relación entre los códigos y la jurisprudencia. Sin título preliminar que nos asista, con «Códigos españoles» y «fueros provinciales» como asunto de una «Ampliación del derecho civil de España» que desplaza académicamente la «Codificación», el motivo recurrente del «orden de prelación de fuentes» comienza a considerarse resuelto mediante la intervención del juez. Desde luego, con bagaje tan voluminoso como los «Códigos españoles», para decidir con arreglo a derecho el juez tiene previamente que determinar *dónde* localizar su derecho.

Apunta en esta proposición una complejísima vida procesal que depende de los avatares por los que atraviesa el aparato de justicia, la publicación y publicidad de la norma y los medios materiales, tan limitados, que a todo ello aporta el modesto Estado español. Es historia que sólo ahora comienza a escribirse (76) y en la que todavía no podemos penetrar. Existe además todo un espinoso problema de fuentes, desde un censo de revistas jurídicas aún inexistente (77) hasta la indeterminación de los textos jurídicos principales (78), de resolución igualmente ajena a esta sede. Se trata ahora de repasar unos cuantos títulos olvidados y de enunciar apenas algunas cuestiones.

Que la justicia y los códigos caminen *pari passu* en la cultura jurídica de la burguesía no necesita mayor justificación. Las constituciones españolas, con su tendencia primera a situar el compromiso de codificar el ordenamiento en sede de arreglo y definición de la justicia (1812, art. 258; 1869, art. 91; 1876, art. 75), con su orientación segunda de vincular la unificación jurídica a la unificación jurisdiccional (1837, art. 4, con sus comentarios (79); 1869, art. 91 *cit.*), suficientemente lo documentan. A los actuales efectos y en una primera aproximación basta con afirmar que el déficit de código en la España del siglo XIX se compensa con un superávit de derecho jurisprudencial. Late aquí, si se quiere, la vieja tradición no legislativa del *ius commune*, aunque se reformula ahora el papel de la doctrina. A partir de la introducción en España del recurso de nulidad los comentaristas más

(76) Sobre todo gracias a MARTA LORENTE, «Reglamento Provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1992, 215-295. Cfr. también ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, «Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX», en ALDO MAZZACANE, Cristina Vayo (eds.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994.

(77) Como siempre, llegan estímulos desde Florencia: CARLO MANSUINO (a cura di), *Periodici giuridici italiani (1850-1900)*, *Repertorio*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno, 43), 1994.

(78) JESÚS VALLEJO, «Ortografía y heterografía constitucionales (1869)», en *AHDE* 63-64 (1993-1994), 615-699.

(79) Cfr. «Discusión sobre el artículo 4 de la Constitución», en *El Derecho*, 1 (1844), 28-39.

relevantes resultan ser los jueces, en particular los magistrados del órgano de casación: «el Tribunal Supremo es la mejor sucesión que pueden tener los eminentes doctores de otros tiempos, que tomaban empeño en dilucidar e ilustrar las cuestiones jurídicas» (80). Así se explica además la obsesión por la motivación de las sentencias, contraria a la práctica histórica castellana (que no fue desde luego excepcional en la Europa prerrevolucionaria) y sólo trabajosamente implantada a lo largo del Ochocientos (81).

Original entre todas la casación española, que se monta y se organiza en tiempos de indefinición legislativa del derecho en vigor, desde su primera formulación en 1838 como recurso de nulidad (82) admite la infracción de «doctrina legal» como motivo de interposición de un recurso que, sin otros *códigos* a mano que los *españoles*, desde el principio resulta bastante más que un solemne control nomofiláctico. Superada la indeterminación inicial de aquel concepto a partir de la ley procesal de 1855, cuando cobra importancia práctica la casación (83), doctrina a estos efectos se considera tan sólo la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, contenida en unos fallos que van así perfilando la totalidad de un ordenamiento. En asunto de cuya mejor historia aún es crónica (84)

(80) MANUEL RIVERA DELGADO, reseña a José Sánchez de Molina cit., (n. 73) en *RGLJ* 39 (1871), 89-86, p. 89.

(81) (FRANCISCO DE CÁRDENAS), «Observaciones sobre el modo con que suelen fundarse las sentencias del Tribunal Supremo con recursos de nulidad», en *El Derecho Moderno*, 7 (1849), 236-250; MARIANO NOUGUÉS SECALL, «Del establecimiento de bibliotecas en las Audiencias. De la redacción razonada y con antecedentes de los fallos que pronuncian las mismas. De la colección de los retratos de magistrados y juriscónsultos célebres», en *El Foro Español. Periódico de jurisprudencia y administración* (= *Foro Español*), 1 (1849), 124-126; MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA, «Fundamentación de las sentencias», en *RGLJ* 29 (1866), 113-126; LAUREANO DE ARRIETA, «Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», *ibid.* 30 (1867), 97-115, en polémica con Ortiz de Zúñiga.

(82) Sigue siendo lo mejor JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentarios al decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recurso de nulidad*, Madrid, Vda. de Perinat y Compañía, 4.ª ed. 1850.

(83) *Cfr.* en general RAFAEL GARCÍA ORMAECHEA, «Notaciones sobre jurisprudencia», en *RGLJ* 143 (1933), 306-329; en particular, como balance interesando e interesante de las transformaciones que supone la entrada en vigor de Ley de Enjuiciamiento Civil (1855) para el Tribunal Supremo, MANUEL SEIJAS LOZANO, «Recursos de casación. Dictamen emitido por el Sr. D. Manuel de Seijas Lozano, Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el progresivo aumento de dichos recursos en le propio Tribunal», *RGLJ* 15 (1859), 332 y ss. y en *El Faro Nacional. revista de jurisprudencia, de administración, de Tribunales y de instrucción pública* (= *Faro Nacional*), 10 (Primera parte, 1860), 5-9, 21-24, 30-35, 44-47, 54-56 y 75-80.

(84) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Introducción», I, 1-36, en JOSÉ MARÍA PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia civil española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo ...* (1867), I-II, Madrid, Hijos de J. A. García, 3.ª ed. 1866-3.ª ed. 1887.

sólo últimamente disponemos de mejores análisis (85), pero aún espera consideración la rica literatura que la casación produce en su momento.

Permítaseme una nueva reducción del abigarrado panorama. La casación española sin códigos se presenta, en primer lugar, como el terreno de la lucha por la definición y alcance de los inaprensibles *Códigos españoles*: «Fundarse en las leyes de Partida un litigante, y rechazarlas al contrario, sin embargo de no estar derogadas, y sin embargo de que el argumento del no uso no vale contra ellas ... es un caso de todos los instantes en las cuestiones de nuestro foro» (86). De los *Códigos* depende además la misma posibilidad de la jurisprudencia si se pone en cuestión el número de fallos requerido para el establecimiento de «doctrina legal» con una alegación de las Partidas que se ve dificultada por divergencias de su mismo texto a tenor de las ediciones disponibles (87). El Supremo incide también en los no menos inaprensibles «fueros provinciales», teniendo que dilucidar por ejemplo si el Levítico se encuentra en uso como libro jurídico vigente en Cataluña (88).

En segundo lugar, con la fórmula afrancesada inicial de devolución de autos al tribunal de apelación para el dictado de nueva sentencia (Decreto de 1838, art. 18) (89), con la penetración conflictiva del Supremo en la delicada órbita del Tribunal Especial de Guerra y Marina (*ibid.* art. 3) (90), con la figura posterior del recurso de casación interpuesto por el ministerio fiscal en interés de la ley (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, arts. 1100 y ss.) (91), la casación parece abandonar el terreno de los códigos y los jueces para convertirse más bien en un asunto de honores profesionales heridos y de sensibilidad corporativa.

(85) ANTONIO SERRANO, «Die *doctrina legal* des spanischen *Tribunal Supremo* in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs», en *Ius Commune*, 16 (1989), 219-247; MARTA LORENTE, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838)» *cit.*, (n. 76).

(86) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, «Sobre la fuerza legal de este Código» (Partidas) (1839), en sus *Estudios de legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Vda. de Jordán e Hijos, 1843, 53-62, p. 56.

(87) Artículo de Redacción, «Exposición doctrinal y concreta de los textos de las principales obras en relación a los temas para el segundo ejercicio de las oposiciones a la judicatura», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 97-99, p. 99: por sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1867 se prefiere la vieja edición de Gregorio López (mediados del siglo XVI), con previsión de dos fallos para establecer costumbre, a la moderna y crítica de la Real Academia de la Historia, que exige veinte.

(88) Sentencia de 14 de mayo de 1864 en *Esplicaciones taquigrafiadas*, *cit.*, (n. 48), p. 199.

(89) «Del Tribunal Supremo de Justicia», en *El Derecho*, 2 (1845), 289-297 y 337-346, pp. 340 y ss.; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Introducción» *cit.*, (n. 84), pp. 21-22.

(90) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentario al Decreto de 4 de noviembre*, *cit.*, (n. 82), p. 21 en nota.

(91) MARIANO NOUGUÉS SECALL, «¿Es lícito examinar la justicia de los fundamentos de las ejecutorias? ¿Ataca su examen la autoridad de la cosa juzgada?», en *Faro Nacional*, 10 (Primera Parte, 1860), 153-155, p. 154.

Pero la casación, finalmente, por efecto de la «doctrina legal» sitúa desde luego la jurisprudencia entre las fuentes del derecho: «error jurídico moderno», si se quiere (92), aunque tan extendido que suele verse al Tribunal Supremo verdaderamente dotado «con atribuciones semilegislativas» (93). Al menos, las leyes y las sentencias se publican y coleccionan oficialmente por unos mismos cauces (94), lo que con inocencia destacan los manuales para uso universitario (95). Con la jurisprudencia del Supremo, a imagen y semejanza de las recopilaciones privadas sistemáticas que ya conocemos, se forman también textos de trabajo para el jurista (96). La jurisprudencia ocupa por fin su lugar en la enseñanza (97). Es problema de unos códigos, que son los *españoles* históricos: «En nuestros códigos, casi siempre compilados a retazos; en nuestros códigos, expresión confusa y heterogénea de los pensamientos y aspiraciones de los siglos medios, del derecho civil de la antigua Roma, del moderno del renacimiento, y aún del novísimo político de Europa, no es posible esa conciliación ... sin convertir la modesta toga del magistrado en el espléndido manto de los legisladores»; problema de unos códigos, se decía, a falta de otros códigos, que son el fruto moderno de la también moderna *codificación*: «Un sistema de casación sin códigos es un edificio levantado al aire, sin base alguna que lo asegure. La jurisprudencia se crea sobre la legislación, no sobre la jurisprudencia misma. A pesar de la evidencia de esta máxima, nosotros tenemos casación sin Código civil; es decir, poseemos un carro sin ruedas, que no puede recibir otra impulsión que la de un arrastre lento y ocasionado a mil accidentes» (98).

(92) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Errores jurídicos modernos. Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación», en *RGLJ* 33 (1868), 258-269; en contra, MÁXIMO DE LA SALA VALDÉS, «Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación», *ibid.* 34 (1869), 138-148.

(93) DOMINGO RIVERA, «Artículo bibliográfico sobre las obras de jurisprudencia y administración publicadas por el Sr. D. Manuel Ortiz de Zúñiga ...», en *RGLJ* 20 (1862), 574-592, p. 589 y n. 10.

(94) *Cfr.* MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, cit.*, (n. 54) refs. 2136-2140 sobre colecciones jurisprudenciales, que no son exhaustivas.

(95) *Explicaciones taquigráficas, cit.* (n. 48), pp. 175-176.

(96) JUAN ANTONIO SEOANE, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera, según las sentencias del Tribunal Supremo desde el establecimiento de su jurisprudencia en 1838 hasta la fecha, conforme a la nueva Ley Hipotecaria, a los fueros de Cataluña, Aragón, Navarra y Bizcaya, y a las publicaciones más notables sobre legislación comparada*, Madrid, Carlos Bailly-Baillièrre, 1861.

(97) FERNANDO DE LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del Derecho, seguida del programa de Ampliación de Derecho civil y códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, Valencia, J. Domenech, 2.ª ed. 1877.

(98) JOSÉ DE CASTRO Y OROZCO, Marqués de Gerona, «Examen del recurso de casación en España», en *RGLJ* 13 (1858), 235-390, pp. 361-363, con todo su valor como testimonio de un presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Casación y códigos, aun tratándose de los «españoles», de los «Códigos antiguos» de Martínez Alcubilla, son conceptos como vemos necesariamente involucrados. Pero no reside aquí la conexión más profunda entre justicia y codificación. En un nivel sólo aparentemente más abstracto o metafórico y expresado con muy pocas palabras: la codificación en la España del siglo XIX se tematiza siempre como un magno problema que concierne a los procedimientos.

Si excluimos las inevitables tomas de postura sobre el proyecto de Código civil de 1851, que no son muchas (99), resultan escasos los trabajos dedicados monográficamente a la codificación. Hay crónicas de parte interesada (100). He localizado también información relevante de los ordenamientos extranjeros (101). Más raros aún resultan quienes enfrentan el reto desde las precisas coordenadas españolas (102), con un aumento ya en puertas del Código, en la década de los Ochenta (103). Pero los códigos como tal no se discuten: a los juristas tan sólo les preocupa cómo hacerlos.

(99) FRANCISCO DE CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto de Código civil», en *El Derecho Moderno*, 11 (1851), 193-432, que es la revista donde oficialmente (Real Orden de 12 de junio de 1851, art. 1) se publica el proyecto.

En *Faro Nacional* aparece un comentario de urgencia: 1 (1851), 385-387 (FRANCISCO PAREJA DE ALARCÓN); 425-427 y 433-435 (PAREJA); 497-500 y 513-516 (JOSÉ MARÍA DE ANTEQUERA); 539-542 y 547-550 (E.E. de P.); *Faro Nacional*, 2 (1852), 49-52 (ANTEQUERA); 57-60 (N.M.); 329-332, 339-342 y 345-348 (ANTEQUERA); 365-367 (JAIME CLAVER); 526-529, 539-542, 555-558 y 604-608 (ANTEQUERA); 654-658, 696-699, 1020-1023, 1088-1092 y 1148-1153 (ANTEQUERA). También DOMINGO MARÍA VILA, «Discusión sobre el proyecto del Código civil. Unidad de Códigos», en *Faro Nacional*, 2 (1852), 401-408, que es discurso parlamentario.

(100) Son las obras de FRANCISCO DE CÁRDENAS, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JOSÉ MARÍA ANTEQUERA *cit.*, (n. 3). *Cfr.* PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «El progreso de la humanidad tiende a la unidad del derecho», en *RGLJ* 8 (1856), 556-565.

(101) LORENZO ARRAZOLA, «De la codificación en las principales naciones modernas» *cit.*, (n. 62).

(102) Artículo de Redacción, «¿Es necesario y conveniente uniformar la legislación civil en España? Si no lo es, ¿bajo qué forma han de existir las instituciones jurídicas locales?», en *Faro Nacional*, 10 (Primera parte, 1860), 49-52, 57-59, 84-86, 89-92, 105-108, 116-118, 121-124; ALEJANDRO GROIZARD, «De la codificación en España», en *RGLJ* 21 (1862), 17-21; MANUEL GIL MESTRE, *Discurso sobre la conveniencia de comprender en un código general mejor que en leyes sueltas las alteraciones necesarias en nuestro derecho civil*, Madrid, José Noguera, 1871, 56 pp.; J. TORRES MENA, «Los desenvolvimientos de la codificación», en *RGLJ* 45 (1874), 193-210.

(103) ANGEL ALLENDE SALAZAR, «La codificación civil y las legislaciones forales», en *RGLJ* 53 (1878), 204-283; LUIS MOROTE Y GREUS, «La codificación civil», *cit.*, (n. 56); Artículo de Redacción, «El Código civil», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 25-31 y 33-36, con la Ley de Bases. *Cfr.* también «El Código civil», *ibid.* 181.

1836. Joaquín Francisco Pacheco publica un artículo sobre «Códigos. Su formación y discusión» que crea propiamente un género (104). Se trata en cualquier caso del primer trabajo sobre la materia, elaborado en unos años en que, con desamortización, régimen representativo, división provincial y aparato de justicia se sientan velozmente las bases para una cultura jurídica burguesa en España. Dos son las cuestiones pertinentes en el discurso de Pacheco y ambas de procedimiento: la elaboración de los códigos, simultánea o no, y en este caso según ciertas preferencias; en segundo lugar, su discusión parlamentaria. Pacheco razona a favor de la confección prioritaria de los códigos procesales y del código civil entre las leyes sustantivas, pero sobre todo razona en contra de la formación de los códigos en el Parlamento. El modelo de órgano legislativo de Pacheco, formado por numerosos diputados que carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios y de «cierto espíritu sistemático», tiene poco que ver con unas Cortes de España que de siempre atraen personajes, como el mismo Pacheco, de formación jurídica, pero importa entender que codificar se resuelve en un problema científico, refractario a «los bandos políticos». Se diría que las pretensiones de ciencia de la *codificación* que vimos en el Plan de 1842, tan poco relevantes en la práctica, reservaron todo su papel para legitimar opciones antiparlamentarias en la confección de los textos legales. «Que se discutan en buen hora en el seno de tales asambleas aquellos principios capitales de la Legislación, que son, por decirlo así, los fundamentos sobre los que descansan todas sus particulares disposiciones ... Mas aquí juzgamos que debería terminar la obra de las Cámaras. Aprobados los principios, o sea el espíritu político y social del Código, su aplicación y su extensión deberían encomendarse exclusivamente a unas pocas personas, y lo mismo decimos de su revisión, siendo presentado por el Gobierno. Lo que ellas hiciesen, habrían las Cortes de darlo por válido y bien hecho, y confirmarlo con su aprobación, sin derecho a examinarlo en sus pormenores».

Recapacítense sobre las afirmaciones de Pacheco. Estamos en el momento preciso en que se configura jurídica y políticamente todo el siglo, al menos hasta 1868. Argumentar a favor del Gobierno en la confección de los códigos encierra un claro proyecto de futuro. Supone también el olvido interesado del pasado reciente constitucional gaditano, que ha permitido elaborar en el seno de las Cortes un Código Penal y avanzar el estudio de un Código Civil. Los códigos fatalmente se sitúan entre la práctica política del Parlamento y la ciencia jurídica que sólo puede garantizar el Gobierno. Tales son los términos que propone Pacheco.

(104) En JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Estudios cit.*, (n. 86), 19-27. Originalmente se publica en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1 (1836), 115-121.

No interesa comprobar el grado de originalidad, más bien escaso, de Pacheco, que ha leído, como tantos otros (105), las reticencias de Pellegrino Rossi hacia una codificación arraigada en el Legislativo (106). Tampoco hace falta insistir en sus puntos de vista sobre la enseñanza del Derecho y la Política (107). Lo importante es que Pacheco expresa el sentir de una época y tiene sus continuadores (108). En la España del siglo XIX por una iniciativa parlamentaria en materia de códigos nadie llega seriamente a pronunciarse (109). Y es una seria cortapisa que pasará a la Constitución más decididamente constitucional de ese siglo (1869, art. 52).

La codificación como ciencia y el código, en su sentido moderno que se ha visto prácticamente tan poco presente, como producto científico encierran así un proyecto no parlamentario de legislación en tiempos de sistema representativo. Es punto capital de ilegitimidad del que no se libra, cuando por fin llega, el mismo Código Civil (110). Tan escasa aquella ciencia entre nosotros, el argumento parece servir solamente para apoyar una determinada estrategia de redacción gubernamental de las leyes. No cuentan comisiones de las Cortes, sino comisiones técnicas varias, particularmente una Comisión de Codificación que funciona con sus altos y sus bajos desde 1843, dependientes siempre del Ejecutivo. Por supuesto sus fracasos en las propuestas legislativas se imputan a la infección de factores políticos (111). Ciertamente en Cortes, Gobierno y Comisión aparecen casi siempre unos mismos nombres, entre los que basta recordar al ubicuo Gómez de la

(105) Así los autores de la *Enciclopedia española de derecho y administración*, cit., (n. 60), s. v. codificación, pp. 272-273.

(106) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de derecho penal*, cit., (n. 35), II, pp. 309 y ss.

(107) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, «Sobre la conveniencia de preferir en la Academia los estudios jurídicos a las tesis políticas», en *RGLJ* 13 (1858), 333-342, discurso pronunciado en la Matritense de Jurisprudencia y Legislación el 12 de noviembre de ese año.

(108) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Código criminal español*, cit., (n. 34), p. 15; ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político* (1843), ed. de Angel Garrorena Morales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 193 y ss.; pp. 241 y ss.; (FRANCISCO DE CÁRDENAS), «Examen crítico del nuevo Código Penal, II. De la autoridad competente para hacer la reforma penal», en *El Derecho Moderno*, 1 (1846), 116-119; FRANCISCO PAREJA DE ALARCÓN, «Autorizaciones para plantear las leyes», en *Faro Nacional* 10 (Segunda parte, 1860), 543-545.

(109) *Cfr.* sin embargo Artículo de Redacción, «Sobre la conveniencia de la discusión en las Cortes de los Códigos civil y de procedimiento», en *Foro Español*, 2 (1850), 267-269, a propósito del Código Penal.

(110) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e historia general de la legislación española*, I, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 2.ª ed. 1890, pp. 584 y ss.

(111) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación» cit. (n. 3), p. 285.

Serna, pero a nosotros importa destacar las opciones teóricas que adopta un ordenamiento: despacho en lugar de hemiciclo, discreción de técnicos en vez de debate público (112). No tanto lo que es, sino más bien cuanto lo hace posible.

Desde esta perspectiva la pieza más valiosa que he sabido encontrar para trazar una historia conceptual del código en España es el «Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación, que se eleva al Tribunal-Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» de J. Torres Mena (113). Los tópicos de un discurso sinuoso desarrollado a lo largo del siglo, «códigos españoles», anhelo de unificación legislativa, elaboración no parlamentaria de las grandes leyes, comisiones de técnicos, historia de realizaciones ... aparecen en un texto que también parece sensible a la modernidad de una ciencia jurídica que comienza a internacionalizarse, de una profesión que forma, incluso a los efectos de la codificación, sus propias asambleas de debate, no ciertamente legislativas. Son asuntos cuyo estudio, para el que no faltan materiales (114), nos presentará el tejido intelectual y los compromisos políticos que desembocan en el Código Civil, pero en éste es suficiente destacar que el escrito de Torres Mena, con su convocatoria final del Colegio de Abogados madrileño para asumir directamente la confección de los códigos, es una brillante metáfora de toda la discusión que produce el siglo XIX. Se presenta formalmente como escrito forense de Antiguo Régimen, un memorial ajustado o «apuntamiento en que se contiene todo el hecho de algún pleito o causa» que dicen nuestros vocabularios (115), dirigido a un tribunal, la corporación madrileña de abogados, con la codificación como *res litigiosa* y el futuro código como trámite de ejecución de sentencia.

El abogado es juez y así legislador. Nuestro Código, envuelto en procedimientos, resulta al final no ley, sino sentencia. Mas detengamos en este punto la lectura. La codificación que se dice científica ha sido en España un complicado problema procesal. Antes de los *códigos modernos*, los *españoles* han convocado una jurisprudencia que judicializa las fuentes del derecho con la ayuda impagable de la casación. Y, en fin, el resultado de tan largo y tan bien llamado proceso ha sido un Código civil existente como texto pero que encierra en sus artículos, tan deficitarios en el proyecto de estatalización y unificación del ordenamiento, unos artículos que fallan en la vocación reductora del derecho a la ley, la cultura judicial y casuista de su concepto.

(112) Punto este de la opacidad de las comisiones que se denuncia en la prensa especializada: TOMÁS M. MOSQUERA, «Reforma de la legislación mercantil», en *RGLJ* 29 (1866), 169-173, p. 173.

(113) En *RGLJ* 46 (1875), 81-110.

(114) Por ejemplo, ANICETO DE PALMA Y LUJÁN, «Congreso de Jurisconsultos», en *RGLJ* 23 (1863), 273-308.

(115) *Diccionario judicial, cit.*, (n. 27), p. 163.

Es historia hoy casi olvidada. Nadie parece recordar ahora que en el siglo XIX se veía, desde España, más cercana Inglaterra que la misma Francia (116). Muy cerca de Madrid estaba también el minúsculo Principado de Montenegro (117), que en texto contemporáneo al Código Civil español impartía lecciones de *codificación* a toda Europa (188). La pérdida de memoria nos vino más tarde, con el cierre del ordenamiento civil a cargo de una nueva generación de juristas (119). Lo que no leían Gumersindo de Azcárate o Augusto Comas lo leyeron luego José Castán o Federico de Castro: que me perdone el segundo el forzado maridaje, históricamente necesario aunque profesionalmente indeseable, con el primero. Asignada por los maestros la tarea, chicos más jóvenes realizaron escrupulosamente sus deberes. Un auténtico Código Civil, esto es, un Código que sea a un tiempo texto y concepto, sólo puede como mucho situarse en los recientes años Setenta, gracias al nuevo título preliminar de Miguel Herrero (120). Y aún entonces quedó pendiente —sagrado misterio de la *Themis hispana*— la cuestión de la unificación territorial. La historia posterior, incluida una Constitución que también debe mucho al *savoir faire*, esta vez parlamentario, de Herrero, acepta la diversidad jurídica como dato irreversible (121).

(116) JUAN ANTONIO SEOANE, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera cit.* (n. 96).

(117) Cfr. carta de Altamira a Costa de 15 de mayo de 1899, p. 115, en G.J.G. CHEYNE (int. y ed.), *El renacimiento ideal: epistolario de Joaquín Costa y Rafael Altamira (1888-1911)*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, 1992; RAFAEL ALTAMIRA, «Le droit coutumier espagnole moderne», en *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, II: Les sources générales des systèmes juridiques actuels (ca. 1934), rep. fac. Vaduz, Topos Verlag, 1977, 269-275.

(118) WERNER G. ZIMMERMANN, *Valtazar Bogisic, 1834-1908. Ein Beitrag zur südslawischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1962.

(119) BARTOLOMÉ CLAVERO, «El Método entre infieles o el Código en España», *cit.*, (n. 24).

(120) Dictamen 38.990 (4 de abril de 1974), en Consejo de Estado (ed.), *Recopilación de doctrina legal. 1973-74 y 1974-75*, Madrid, Boletín Oficial del Estado (= Publicaciones del Consejo de Estado, I. Documentos, 31), 60-115; cfr. MIGUEL HERRERO (RODRÍGUEZ) DE MIÑÓN, *Memorias de estío*, Madrid, Temas de Hoy, 1993, p. 23. Así se explican las distancias abismales entre los trabajos de circunstancias debidos a Herrero (cfr. «Marginales al nuevo título preliminar del Código Civil», en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 3 (octubre-diciembre 1974), 359-391; «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código Civil», en *Revista de Estudios Políticos*, 198 (noviembre-diciembre 1974), 91-114) y la restante literatura de ocasión (cfr. Academia Matritense del Notariado (ed.), *El título preliminar del Código civil*, I, Madrid, Edersa, 1977, simplemente alucinante).

(121) CARLOS LASARTE, *Autonomía y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1980; JOSÉ CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre codificación y derechos civiles territoriales*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1993.

Sin ese nombre ni título (122), incluso, últimamente, con él (123), los códigos españoles de derecho civil se multiplican.

Tal historia escapa a estas páginas. No debe hacerlo su historiografía. Hora es de que la recreación jurídica del siglo XIX sea algo más que un relato lineal y accidentado de constituciones y códigos: ni las unas ni los otros preocuparon por entonces demasiado. Si circulaban, como hemos comprobado, otros conceptos, un mínimo de reflexión sobre nuestro instrumental analítico de juristas parece necesario para seleccionar las lecturas y los objetos en estudio. Si se disponía, según sabemos, de otros textos, a falta de las condiciones más elementales para que códigos y constituciones estuvieran al alcance de sus coetáneos, como historiadores nos toca aplicarnos ahora en una crítica, inédita por moderna, de las fuentes de conocimiento.

La memoria del historiador comienza por la inocencia del jurista. Enseña Italo Calvino que el emperador Carlomagno admitió sin grandes aspavientos que los nombres aún existentes de cosas ya desaparecidas, la presencia de instituciones todavía innominadas, los grupos de voluntad que pululaban por todas partes en su sacro romano imperio pudieran precipitar y dar forma a castillos, feudos y caballeros dotados de otras reglas de existencia que las impuestas por la lógica o la biología. En la historia reciente de la cultura jurídica abundan, con los «códigos españoles», los mismos ecos de cosas desaparecidas, son frecuentes los nombres, como la *codificación* destacadamente, a la espera de definición, por todos lados aparece la voluntad desenfrenada, y así la doctrina legal en casación, de lograr alguna especie de existencia. Son fenómenos muy locuaces, pero su percepción exige al menos un cierto candor y unas dosis de credulidad. Hace falta un Italo Calvino que nos haga creer, por ejemplo, que el Madrid de la Restauración estaba justo al lado de Montenegro. Mientras tanto, sin filología que nos valga ni *Begriffsgeschichte* que nos asista, el cuento de las aventuras pasadas sólo puede ser una crónica ramplona del ordenamiento presente. A la vista de tan magros resultados ¿qué pensaría Carlomagno de nuestras historias contemporáneas del derecho?

(122) PEDRO DE PABLO CONTRERAS y otros, *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, Caja de Ahorros de Navarra, 1988; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (dir.), *Comentarios a la Compilación del derecho civil de Aragón*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, ca. 1988; FERNANDO J. LORENZO MERINO, *El Derecho Civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, Asociación Galega de Estudios Xurídicos, 1992.

(123) Cfr. Llei 40/1991 de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (DOGC 1544, de 21 de gener de 1992).

