

EL SURGIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LOS MECANISMOS DE CREACIÓN LEGISLATIVA

Gabriela Cobo del Rosal¹
Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: Una aproximación en torno al impulso del movimiento codificador antes de que se promulgara el primer Código español. Destaca la sana intención de los liberales de las Cortes de Cádiz que tratarán de mantener al Poder Legislativo independiente en el desarrollo de su principal tarea: la creación de Derecho.

Abstract: An approach to the codification process before the first Spanish Code was enacted. It underlines from liberal's participants on the Courts of Cadiz, their healthy intentions on trying to remain Legislative Power completely independent on it's main activity: *Rule-making*.

Palabras Clave: Estado Liberal en España, Creación legislativa, Códigos penales decimonónicos

Key words: Spanish Liberal State, Rulemaking process, Criminal Codes in nineteenth Century

1. Introducción

Situamos el estudio dentro del marco de las fuentes de creación del Derecho, partiendo esencialmente de la etapa en que la Ley se convierte en la principal vía de

¹ gabriela.cobodelrosal@urjc.es

creación normativa². Trataremos de estudiar cómo y en qué medida se impulsa el movimiento codificador antes de que éste se verificara, destacando la saludable intención de nuestros constitucionalistas decimonónicos de mantener al Poder Legislativo independiente en el desarrollo de su principal tarea: la creación de Derecho.

El presente trabajo es el resultado de un estudio detenido en torno a la forma en que se han elaborado todos nuestros Códigos penales incluyendo los del actual siglo. Para ello hubimos de detenernos en los antecedentes a la Codificación. Las conclusiones que obtuvimos en el ámbito de la Codificación penal nos hacen sospechar que, tal vez, puedan tener un cierto eco en otros sectores de nuestro Ordenamiento Jurídico. Por ello, no podemos evitar comentar el hecho de que estas sanas intenciones de aislar al Legislativo del Ejecutivo en materia legislativa por parte de nuestra bien intencionada Constitución de 1812, posteriormente no se mantendrían. Ello al menos en el ámbito de creación de nuestra Ley más señera como lo es el Código penal.

Qué duda cabe que si partimos de la doctrina de la división de poderes, pilar esencial en el que descansa el Estado liberal, el Legislativo aparece como el principal encargado de la creación normativa. Sin embargo, cabe precisar que, si bien esto fue lo que se propuso en nuestras Constituciones, en el caso español, dicha independencia del Legislativo, en su sentido más estricto, se observará únicamente en el primero de nuestros Códigos, el Código penal de 1822³.

Partiendo de la continuidad nacida de la legalidad gaditana que emanaba de las Cortes por las peculiares circunstancias concurrentes en la Guerra de la Independencia,

² Como subraya GARCÍA GALLO, A., “Acostumbrados nosotros a contemplar el sistema jurídico en que nos desenvolvemos, en el que las leyes regulan los más mínimos aspectos de la vida social nos resulta difícil comprender que haya habido épocas en que esto no ha sido así”. Para en páginas posteriores destacar como las fuentes que primero aparecieron en el tiempo a la costumbre y a las decisiones judiciales. Asegurando que donde el poder político está muy desarrollado aparece la Ley antepuesta a la costumbre a medida que el poder del Estado se fortalece, *Manual de Historia del Derecho Español*, I, Sexta ed. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 1975, págs. 175 y 183.

³ El caso del Código penal de 1822 fue el único de nuestra historia jurídica en el que el Ejecutivo potenció y cuidó la participación y el debate del texto codificado. Su contenido fue discutido en las Cortes artículo por artículo. Con la vuelta del absolutismo regio de Fernando VII en 1823, la monarquía recuperó su protagonismo tradicional en el proceso de creación legislativa. Aunque no se detuvo el proceso codificador como lo demuestra la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829. Sin embargo el texto codificado pasó a ser elaborado por una comisión técnica impulsada generalmente por la iniciativa de una persona concreta, en este caso, Pedro Sainz de Andino. Para estudiar el proceso de elaboración de forma minuciosa sigue siendo indispensable el trabajo de CASABÓ, J.R., *El Código penal de 1822*, Tesis inédita, 1968, Universidad de Valencia. Acerca de los debates previos a su promulgación sobre todo, Vid., TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Universidad degli Studi di Messina. Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei, Sicania University Press, 2008.

es preciso advertir que, nada más restablecida la legalidad del Antiguo Régimen con la vuelta de Fernando VII –también en 1814–, cabe observar cómo el proceso de creación legislativa se desplaza de manera paulatina del órgano legislativo para pasar a ser dirigido abiertamente desde el Gobierno por el poder político de turno.

Una tendencia que, a grandes rasgos, se sostiene de forma sorprendentemente estable y de manera independiente de los dramáticos virajes políticos que sacudieron nuestro siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Oscilaciones tan profundas como fueron la Dictadura de Primo de Rivera o la Segunda República, por no hablar de la tragedia de la Guerra Civil o la larga Dictadura franquista.

Lo curioso es que, a pesar de los bruscos cambios, si uno analiza con detenimiento el desarrollo de los mecanismos de creación legislativa en cada caso, al menos en materia penal, advierte una sorprendente continuidad en la medida en que no se altera la tendencia consolidada desde la Castilla bajomedieval. Por esta inercia, parece que es el ostentador del poder político quien ejerce esencialmente la función legislativa al margen de las asambleas de turno. Ya sea la asamblea estamental, concretada en las Cortes castellanas que desde el siglo XV pierden su monopolio legislativo a favor del rey que puede legislar por *pragmáticas*, o ya se trate de las asambleas representativas del parlamentarismo decimonónico que son, sobre todo, protagonistas pasivas de la creación legislativa.

Sirva de ejemplo la Codificación penal que además es la más prolija en el caso español. De ella cabe decir que, a partir del Código penal de 1848, el Ejecutivo comienza a acaparar cada vez más las tareas legislativas. Ello hasta el punto de que en la elaboración del Código penal de 1932, éste se debate solamente en una única Sesión en el Congreso de los Diputados que duró un par de horas⁴.

Centrado el tema en el surgimiento del Estado liberal y su incidencia en los mecanismos de creación normativa, cabe decir que la ruptura con el Antiguo Régimen provocada en España por la invasión napoleónica y la posterior Guerra de la Independencia, iniciada tras la sublevación madrileña del 2 de mayo de 1808, tuvo notables consecuencias jurídicas, especialmente claras en el ámbito del Derecho público. Ni más ni menos, provocó el surgimiento de las dos primeras Constituciones escritas de nuestra historia: el Estatuto de Bayona de 1808 y la Constitución de Cádiz de 1812. Si bien es cierto que el principio constitucional no queda asentando definitivamente hasta el Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837.

⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230.

Resulta menos claro situar, en cambio, el triunfo de la Codificación. La etapa del constitucionalismo decimonónico, es el momento en el que empieza a tomar cuerpo la idea de la Codificación. Sin embargo, surge ésta en España con un considerable retraso en relación con Europa. Especialmente si tenemos en cuenta que el Código Civil, en teoría la base del sistema, sólo entra en vigor a finales del siglo XIX⁵.

Esta gran innovación legislativa impuesta por el nuevo régimen jurídico triunfó con la Revolución francesa. Sin embargo, necesitó de un período de tiempo mucho más largo para que aparezcan los grandes textos codificados. Ello debido, en parte, a la falta de una ciencia jurídica propia capaz de sentar las bases de una técnica innegablemente compleja, explicación ésta que es la más habitual. Pero puede que también tuviera algo que ver en su dilación, el hecho de que se siguiese manteniendo una inercia en los mecanismos de creación legislativa consolidada por un Estado castellano que imponía sus mecanismos jurídicos públicos al resto de los territorios de la Monarquía hispánica a partir del siglo XVIII⁶. Dicha inercia del Ejecutivo a intervenir en las tareas del Legislativo fue sólo radicalmente interrumpida por el legislador gaditano.

En cualquier caso, cabe decir que sin duda alguna, el primer constitucionalismo español sentó las bases de la codificación, concretadas en la formación de las futuras comisiones que determinaron en gran parte el contenido de nuestra posterior codificación.

2. Creación legislativa y Codificación: los antecedentes ilustrados

Parte importante de nuestra historiografía jurídica y de nuestros penalistas entienden que la Codificación se inicia con la Ilustración en España durante el siglo XVIII.

Así, algunos, como Juan Baró Pazos o Juan del Rosal, consideran que la Revolución francesa interrumpió lo que entendían como un verdadero movimiento codificador de

⁵ Sólo en Alemania, y por las razones específicas que concurren en el fragor de la batalla historicista iniciada con la polémica Thibault-Savigny en 1814, se retrasará aún más la entrada en vigor de *Bürgerliches Gesetzbuch* hasta el 1 de enero de 1900.

⁶ Es, en este sentido más que significativo, que el Estado liberal se construyó en España esencialmente por la vía reglamentaria durante la etapa conservadora que se abre con la caída de Espartero en 1843 y dura, en rasgos generales de forma ininterrumpida, hasta el bienio progresista de 1854-1856. Es decir, buena parte del mismo se llevó a cabo por una vía reservada al Ejecutivo al margen de los debates en las Cortes. Este mantenimiento de casi un monopolio en la creación legislativa por parte del Gobierno, se ve claramente en los avatares que sufre el proceso codificador en España. Es el caso, por ejemplo, del Real Decreto de 1 de abril de 1846 relativo a bienes de propios y comunes de los municipios y establecimientos públicos, Gaceta de Madrid de 2 de abril de 1846.

cuño auténticamente español. Acuden a la hora de encontrar los antecedentes de nuestra Codificación penal, al escrito que en 1722 elevó Melchor de Macanaz a Felipe V y que aparece publicado bajo el título de *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica, o documentos, que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande*, en el Seminario Erudito, publicado por Antonio Valladares, Madrid, 1787⁷.

Otros autores remontan sus antecedentes codificadores al año 1752, cuando el Marqués de la Ensenada propuso a Fernando VI (1746-1759) a través de una *Representación*, la reforma del sistema de enseñanza del Derecho en las Universidades eliminando aquello que estuviese en desuso o derogado para que, a través de un único libro que llevaría el nombre de “Código fernandino”, se redujese a un tomo los tres de la Recopilación, por entenderse que había muchas leyes complicadas y otras que, por dudosas, debían ser aclaradas para así facilitar el estudio y el manejo del Derecho real en materia criminal⁸.

Otro sector de nuestra doctrina acude a la hora de encontrar tales antecedentes a Clavijo Fajardo, cuando escribió “Sobre la necesidad de formar un cuerpo de leyes completo en el idioma patrio y corriente”, donde se recogía la necesidad de

⁷ CASABÓ recoge dichas opiniones ofrecidas por la doctrina en su publicación “Los orígenes de la codificación penal en España; el plan del Código criminal de 1787”, *Anuario de Derecho Penal*, 1969, (22), págs. 313-340, donde, a través de un encomiable estudio de dichos *Auxilios*, asegura que la “Ilustración española no desmerece en absoluto la del resto de los países europeos”. Es más, asevera que “hay datos suficientes que permiten afirmar la existencia de inquietudes reformadoras desde muy temprana fecha”, pág. 313. Entiende que “se manifiesta Macanaz de forma terminante a favor de la ley positiva y en contra de las interpretaciones” equiparando sus quejas a las recogidas por el Marqués de Beccaría. Sin embargo, considera que “Según se desprende de la consulta del Consejo de 10 de diciembre de 1782, la idea de la codificación criminal surgió con motivo del expediente acerca de la fuga de los condenados en los presidios de África”, págs. 319-320. También LARDIZÁBAL Y URIBE al hablar de su encargo se refiere a este mismo expediente, “Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1962, págs. 642 y ss.

⁸ RODRÍGUEZ VILLA, A., *Don Cenón de Somodevilla, Marqués de la Ensenada*, Madrid, 1878, pág. 133 donde transcribe dicha *Representación*. También recoge esta opinión CASABÓ, J.R., “Los orígenes ... cit”, pág. 315. En sentido contrario SALDAÑA, quien se refirió al propósito del Marqués de la Ensenada y lo consideró como una simple propuesta escrita para hacer una recopilación general de la *Recopilación*, en sus *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de Von Liszt, Reus, Madrid, 3ª Edición, I, pág. 467. Por su parte, DE CASTRO asegura que el ideal codificador se hizo sentir especialmente en la España del siglo XVIII, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, 2ª Edición, Madrid, 1949, pág. 185, notas 6, 7 y pág. 186 nota 1.

⁹ En el semanario *El pensador*, Madrid, 1762, T. II, págs. 61-92. Según SALDAÑA, se refería a un cuerpo general, civil, penal, canónico, etcétera, en sus *Adiciones al Tratado de Derecho penal* cit., T. I., pág. 467, nota 1.

un cuerpo general del Derecho, en sus diversas ramas, civil, penal, canónico; o en 1765 cuando un Abogado de la *Real Audiencia del Reino de Galicia*, Juan Francisco de Castro, censura las leyes españolas y alude a la necesidad de redactar un nuevo Código legal, del cual Baró Pazos, entiende que se trataba más bien de la idea de redactar un Código de índole general¹⁰.

De cuño español será también el inicio del movimiento Codificador penal para otro sector de la doctrina iniciada por un notable penalista, José Ramón Casabó, quien lo sitúa en tiempos de Carlos III (1759-1788). Así, en virtud de la contestación Real a la consulta del Consejo de 25 de septiembre de 1770, entiende que se inicia tras *el Oficio de Roda de 1776* que motivó al Consejo a comisionar a Lardizábal para que formara un extracto de las leyes penales de la Recopilación, añadiendo las concordantes con todos los demás cuerpos legislativos¹¹. A partir de dicho *Oficio*, se nombró una Junta a la que Lardizábal debía presentar sus trabajos y el 29 de marzo de 1787 la Junta elevó a Floridablanca para su aprobación el plan del futuro Código criminal. Dicha iniciativa se perdió, sin embargo, en el laberinto burocrático¹². Fruto de este encargo será el “Discurso sobre las penas” y más tarde parece ser que los extractos de dichas actuaciones serían tenidos en cuenta por las Comisiones codificadoras del Derecho penal¹³.

¹⁰ En su obra *Discurso crítico sobre las leyes y sus intérpretes ilustrada con citas de la Novísima*, 2 Tomos, 2ª Edición, Madrid, 1829, (1ª Edición, Madrid, 1762). Cfr., BARÓ PAZOS, J., “Historiografía sobre la codificación del Derecho penal en el Siglo XIX”, *Doce Estudios de Historiografía Contemporánea*, Universidad de Cantabria, Asamblea Regional de Cantabria, Madrid, 1991, págs. 11-40, pág. 13. Según SALDAÑA, como en el caso anterior se proponían la confección de un cuerpo general, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* cit., T. I., pág. 467, nota 1.

¹¹ En “Los orígenes ... cit.”, pág. 322. En este sentido parte de lo afirmado por SEMPERE GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid, 1785-89, T. III, pág. 175.

¹² En dicha publicación CASABÓ finalmente afirma que la Revolución francesa “supuso un freno de todas las reformas ilustradas emprendidas en España”, pág. 329. Vid., SALDAÑA en *Adiciones* cit., T. I, Madrid, 1914, pág. 466 donde asegura que se trata de la primera vez que desde una institución oficial se habla en España de un Código penal e incluso en el mundo, pues el Código penal francés no se promulgará hasta 1791. A tal exacto, es también valioso en esta línea argumental el estudio del que fuera Catedrático de la Sorbona acerca de la existencia de un gran interés en España por el cambio institucional producido en Europa como consecuencia de la Ilustración, SERRAILH, J., *La España ilustrada de la segunda mitad del Siglo XVIII*, 2ª reimposición, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979. En igual sentido dirá BARÓ PAZOS que “podemos afirmar que España nada tiene que envidiar a otros países ilustrados en lo que respecta a la iniciativa en la Codificación penal (...). Acontecimientos como la Revolución francesa de 1789, de la que hubo pronto eco en nuestro país, pese al “cerco sanitario” impuesto por el Conde Floridablanca, pusieron freno a las reformas ilustradas de nuestro país”, “Historiografía ... cit.”, pág. 16.

¹³ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª Edición, Akal, Madrid, 1986, pág. 72. Donde además recoge que, otras varias disposiciones revelaban la preocupación de la época. Como la pragmática de 12 de

Juan del Rosal entiende, en relación al que califica de “supuesto Proyecto de Código criminal de 1787”, que, “(...) esta obra no constituye un código ni siquiera un remoto intento de codificación. Es una de tantas prácticas que se han compuesto para utilidad de los profesionales (...)”, y aprovecha para afirmar que “La idea codificadora, tal y como modernamente se entiende, surge con el triunfo de la Ilustración, es decir, en el último tercio del siglo XVIII”¹⁴. Coincide Juan Baró Pazos en ello, cuando afirma que “la idea codificadora, con arreglo a su concepto técnico jurídico moderno, se inicia con la difusión de los nuevos principios del Enciclopedismo y la Ilustración. Y por lo tanto, todos los intentos anteriores de recoger en un único cuerpo legal la legislación penal dispersa no han de ser considerados en términos generales como antecedentes de nuestra codificación penal, aunque no en absoluto desprovistos de un cierto significado”¹⁵.

Sin duda, los sucesos ocurridos en Francia con motivo de su Revolución tuvieron funestas repercusiones en España, ya que inmediatamente se produjo una reacción adversa a las ideas ilustradas que habían dominado en la Corte de Carlos III. A partir de este momento, se van a suprimir cuantos logros habían obtenido los ilus-

marzo de 1771, en la que se clasificaron los delitos por móviles y el carácter de los autores (en no calificados y delitos feos y denigrativos), limitando la duración de las penas a diez años entre otras, Vid. su Nota. 22.

¹⁴ “Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, 1943, pág. 614.; en este sentido también ANTEQUERA, J. M., op.cit. pág. 17; TORRES MENA, J., “Los desenvolvimientos de la codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1870, (45), pág. 197; “Memorial ajustado en el delito sobre la codificación, que se eleva al Tribunal-Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (46), pág. 83.

¹⁵ BARÓ PAZOS, J., “Historiografía cit.”, pág. 11; ROCA, J., “Supuesto antecedente de codificación”, *Anuario de la Universidad de Murcia*, 1946-1947; BENEYTO PÉREZ, J., *Fuentes del Derecho histórico español*, Librería Bosh, Barcelona, 1931; DORADO MONTERO, P., “Balance penal de España en el siglo XIX”, *De Criminología y penología*, 1906, págs. 131-139, “Muerto Carlos III, todos los proyectos y tentativas de renovación penal quedaron por completo olvidados”, pág. 133; ANTÓN ONECA, J., dirá al hilo del fracaso codificador de Carlos III que “No creo, pues, que llegase a existir un Proyecto de Código penal Lardizábal, como suponía Saldaña”, en su “Estudio preliminar. El Derecho penal de la Ilustración y D. M. de Lardizábal”, que antecede al *Discurso de las penas* de M. de Lardizábal y Uribe, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1967, pág. 603; Volviendo sobre el mismo tema en su *Derecho penal*, 2ª Ed., Madrid, 1986, pág. 71, dirá que la idea de un nuevo Código criminal envolvía la de una simple recopilación de leyes penales, pues entiende que se aspiraba a una recopilación, no a una ley radicalmente innovadora. Su argumento será refutado por ALONSO Y ALONSO, J. M., “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, febrero, 1946, págs. 2-15, pág. 8, que entiende que “Se equivoca Pedro Dorado cuando afirma que la puesta en marcha de las teorías penales humanitarias en España, proviene del encargo que Carlos III hizo al Consejo Supremo (...)” pues entiende que “La codificación penal fue obra de la Revolución y a España llegó con el mismo retraso que ésta. En las Cortes de Cádiz se exteriorizan las reformas humanitarias en materia penal y allí surge el intento de componer un Código”.

trados¹⁶. Por este motivo, algunos autores opinan que nuestra Codificación se inició partiendo de la más completa desorientación y muy mal preparada, sin haber pasado por las etapas que vivieron otros países de la Europa continental, lo que propició un mimetismo poco selectivo.

Parte de la doctrina entiende que a la altura de 1810, no había en España una conciencia clara de lo que implicaba la Codificación liberal ni, mucho menos, una voluntad mayoritaria entre las instituciones y juristas de llevarla a cabo.

Dicha posición llega aún más lejos al sostener que, cuando el legislador liberal se propuso codificar, la doctrina española se encontraba sin raíces racionalistas, sin opción clara entre racionalizar el ordenamiento jurídico en uno o varios Códigos, sin apenas exposiciones del Derecho patrio sistematizadas y adoleciendo de una dogmática que hubiera permitido abordar la Codificación sin improvisaciones técnicas ni importaciones alienantes¹⁷.

Los supuestos de los que partía la Codificación los dejó claros Wieacker:

“Se distinguen (los nuevos Códigos) de todas las anteriores fijaciones escritas del Derecho en que no pretenden consignar el Derecho existente, ni recopilarlo o mejorarlo, ni continuarlo, como las reformas alemanas o las ordenanzas de los reyes franceses, sino que tienden a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas

¹⁶ CASABÓ recuerda las peticiones y súplicas en pro de una mejor legislación, sin embargo, les concede un valor relativo de ser exponentes de un estado de opinión favorable a la legislación sistematizada, *Código penal ... cit.*, pág. 30 y pág. 15.

¹⁷ De esta opinión es TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones 1808-1878*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, especialmente págs. 10-16. Quien se apoya en varios de los discursos de los diputados en Cortes donde afirma que dicha desorientación se observa en el hecho de que en las Cortes de Cádiz y, posteriormente, en las del Trienio, se mostraran dudas acerca de si había que hacer un solo Código o varios, y, si varios, cuáles y con qué contenido. Afirmará que no sorprende por ello, el hecho de que en aquellos años proliferasen proyectos elaborados a título individual y privado a falta de una orientación clara procedente de las Cortes, carente de un impulso oficial ordenado. Así, la iniciativa privada trata de suplir malamente lo que desde el poder no se sabía dirigir. Sobre este tema Vid., también CLAVERO, B., “La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (48), 1978, págs. 309-334 y “La idea de Código en la Ilustración jurídica”, *Historia, Instituciones y Documentos*, (6), 1979, págs. 49-88; PESET, M., “Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho, Español*, (45), 1975, págs. 273-339; SCHOLZ, J.M., “Penser les institutes hispano-romaines”, *Quaderni Fiorentini*, (8), 1979, págs. 157-178.

*políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante (en el centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia) podían constituir una sociedad mejor*¹⁸.

Unos presupuestos que no se dan en España donde, significativamente, un año después de la entrada en vigor del *Code Napoléon*, se promulgó la *Novísima Recopilación de 1805*. Compilación legislativa que, en nada se parecía a los Códigos que se promulgaban simultáneamente en Europa¹⁹. Resulta conveniente recordar que la *Novísima Recopilación* ni derogaba ni anulaba la vetusta legislación anteriormente vigente.

Así, por la Ley 3^a, Título 2^o del Libro 3^o que recogía el “Orden de las leyes y fueros que han de observar para la decisión de los pleytos”, se reproducía nuevamente el orden dispuesto por el *Ordenamiento de Alcalá* en su Ley 1^a, Título 28 y por la *Ley 1^a de Toro*, quedando establecido que debían observarse y respetarse, en primer término, las leyes posteriores, considerando siempre a las más recientes como derogatorias de las más antiguas en caso de contradicción, luego las de la *Novísima Recopilación*, después las del *Fuero Real* de Alfonso X *el Sabio* que ya estaba redactado en 1255 y los *Fueros Municipales*, a los que debía agregarse el *Fuero Juzgo*, y en último término, y como supletorias las Leyes de *Las Partidas* cuya fecha de redacción se ha situado entre los años 1263 y 1265²⁰. En todo caso, es de recordar que el rey quedaba como última instancia a la hora de interpretar la Ley, respetando la tradición jurídico pública del Estado Castellano bajomedieval.

¹⁸ WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Traducido por Francisco Fernández, Granada, 2000, págs. 292-293. Vid., también GÓMEZ ARBOLEYA, E., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, (57), 1951, (60), 1951 y (63), 1952; LALINDE ABADÍA, J., “La creación del Derecho entre los españoles”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (36), 1966.

¹⁹ El insigne G. SÁNCHEZ que dirá que “La *Novísima Recopilación* significa, pues, la persistencia en España de los viejos sistemas recopilatorios en la época de los Códigos científicos (...)”, en su todavía indispensable *Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes* 10^a ed. Revisada Por J.A. Rubio Valladolid 1972, págs. 155 y 156.

²⁰ DE CASTRO, F., op. cit., pág. 143. En *Las Partidas*, a pesar de reflejarse ya una técnica recopiladora mucho más depurada, la heterogeneidad sigue siendo su característica esencial. Si bien es cierto que no podemos olvidar las reflexiones de DE CASTRO cuando sitúa a *Las Partidas* como el primer Código de la Cristiandad destacando que, a pesar de su ambición universalista, tienen un carácter de Código, por su unidad externa y por ser manifestación adecuada y perfecta de los ideales jurídicos de la Monarquía castellana, *ibid.*, págs. 176 y 177.

3. Las Cortes de Cádiz y los orígenes del movimiento codificador en España (1810-1814)

a) *Marco histórico político desde el que se impulsa la Codificación.*

Si tenemos en cuenta exclusivamente el criterio de los logros jurídicos, podemos considerar como la primera etapa de la Codificación española, a la situada en el periodo que comprenden las Cortes de Cádiz en lo que Tomás y Valiente calificó de “preludio gaditano”. Si bien la causa última de la Codificación fuera la acción o la reacción, nos sumamos a las palabras de Federico de Castro cuando sitúa en la invasión de los ejércitos de Napoleón el impulso inmediato para el movimiento codificador en España, en el cual, las Cortes gaditanas opusieron en su lucha contra la invasión una refortalecida unidad nacional a través de unos mismos vínculos legales²¹.

Por lo que respecta a la situación en que se encontraba nuestra legislación en general con carácter previo a la Codificación, las palabras utilizadas por Nicolás María Garellly en el Discurso Preliminar que precedería al primer Proyecto de Código civil resultan del todo pertinentes a la hora describirlo;

“(...) La Comisión omite hablar de la muchedumbre de las leyes, que desalentaba al más esforzado; de su recíproca incoherencia en razón de la diversidad de las luces o de capricho de quien la dictó; de donde nacía la perplejidad de un magistrado recto; de la oscuridad que introdujo en muchas la sucesión de los tiempos que había alterado el lenguaje y hasta las ideas, lo cual arredraba al letrado más perspicaz; de la impropiedad en la redacción de algunas, que empeñadas en apologizar sus fundamentos con prólogos difusos, con razonamientos estudiados, lejos de llenar su objeto, que es el atajar dudas, crearon la de si debe prevalecer la razón de la ley, o su parte textual decisiva, que no estaban siempre de acuerdo (...) No era menos chocante ni menos perjudicial la incertidumbre a que vivíamos condenados (y lo estaremos hasta que se publique el nuevo Código penal), no ya sobre la inteligencia de una que otra ley, sino sobre el valor de un Código entero. La posteridad se llenará de asombro y tendrá por increíble que la nación haya caminado cerca de cinco siglos sin saber positivamente cuáles eran las leyes de las que dependía la decisión de nuestros más preciosos intereses. Y sin embargo esta es la verdad (...)”²².

²¹ DE CASTRO, F., op. cit., pág. 186.

²² *Discurso Preliminar al Proyecto de Código civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820.* Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional. Año de 1821. En este sentido, en torno a la situación de la legislación civil anterior a la Cortes gaditanas,

El arranque del proceso codificador en España se sitúa en la situación provocada por la conducta de la familia real que dejó a España sumida en un desconcierto popular. Ello provocaría la asunción por parte del pueblo de la iniciativa de una serie de actividades que transformarían para siempre el mecanismo de creación legislativo. Se trataba de una reacción frente al vacío provocado por sus reyes que, provocaría las tantas veces citadas palabras de Napoleón, al decir que; “Los españoles, en masa, se portaron como un hombre de honor”²³.

Durante los sucesivos acontecimientos que se desarrollan en la primavera de 1808, asistimos a un claro ejemplo de cambio en los fundamentos y en los criterios últimos de mantenimiento en el poder de los monarcas españoles. Esto es, la crisis de la monarquía absoluta que en España se produce de forma silenciosa provocando un cambio de legitimidad. Fernando VII (1813-1833) ya no era como sus predecesores un rey *Dei Gratia*, pues su poder radicaba ahora esencialmente en un tácito pacto suscrito por el pueblo con su rey que, en última instancia, legitimaba su continuidad en el ejercicio del poder absoluto.

Así, ante la posibilidad de que su rey hubiese sido impedido por la fuerza a cumplir con dicho pacto, el pueblo, ahora co soberano, comenzó la revolución²⁴. Dicha soberanía compartida en principio sería ejercida por las Juntas en nombre del rey co soberano y pasaría más tarde a las Cortes de Cádiz. En el seno de las mismas se afirmaría en España, por vez primera, que la soberanía residía plenamente en la nación²⁵.

DE CASTRO recogerá la opinión de ciertos juristas al respecto, así, Mora y Jaraba dirá que “Miserables una, dos y tres veces los juristas que estamos sumergidos entre escollo de disposiciones invencibles”, *Tratado crítico. Los errores del Derecho civil y los abusos de los jurisperitos, para utilidad pública*, Madrid, 1784, pág. 178; Cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1942, pág. 152. En cuanto a la situación penal, pueden ser recordadas las palabras de DORADO MONTERO, P., “Todavía a principios de este siglo, estábamos nosotros rigiéndonos por la legislación de las Partidas, que bien puede decirse han estado vigentes hasta la promulgación del Código de 1848”, *Problemas de Derecho penal*, Anacleto Editorial, Madrid, 1895, pág. 20.

²³ Cfr. SECO SERRANO C., *Historia de España Menéndez Pidal*, Dirigida por ZAMORA, J.M., “La España de Fernando VII, La guerra de la independencia y los orígenes del constitucionalismo”, Espasa Calpe, Madrid, 1999, T. XXXII, pág. XI; En torno al levantamiento general de España, la formación de las Juntas provinciales y las fases de la contienda, Vid., PALACIO ATARD, V., *La España del siglo XIX (1808-1898)*, 2ª Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1981, págs. 27-50.

²⁴ Es lo que SECO ha calificado de “soberanía práctica”, esto es, el pueblo reaccionó “recogiendo, de hecho, con su iniciativa, una soberanía práctica que la realeza ha abandonado ante el emperador”, “la espontánea guerra revolucionaria española, la guerra de todo el pueblo, va a servir de base a un estamento, no precisamente popular, el estamento burgués, para poner en marcha su gran programa político, el traslado de la sociedad estamental por una sociedad clasista”, SECO, C., *Historia de España* cit., pág. XV.

²⁵ Acerca de este periodo sigue siendo especialmente útil partir de la siguiente relación de autores clásicos; *Historia de España Menéndez Pidal*, Dirigida por J. María Zamora, op. cit.; ARTOLA Y

En coherencia con lo expuesto procedería el Gobernador de Asturias La Llave, al constituir la primera de las Juntas haciendo uso de todo el protocolo formal encaminado a reconocer su carácter legítimo y soberano. Es por ello que acudiría al tradicional gesto de tomar el pliego de peticiones que recibió de manos del pueblo y lo colocaría sobre su cabeza para después besarlo, en reconocimiento formal de dicha soberanía. A partir de la *Junta General del Principado*, se formó la primera *Junta Suprema* en el Principado de Asturias legitimada por un pueblo ya inequívocamente soberano²⁶. Y es que la soberanía que hasta entonces había ejercido el rey pasaría a

GALLEGO, A., *Memorias del tiempo de Fernando VII*, Atlas, Madrid, 1957 y *Los orígenes de la España contemporánea*, 2 Vols., Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2006; CANO BUESO, J., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Parlamento de Andalucía, Tecnos, Sevilla, 1989; FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., “Del antiguo régimen a las Cortes de Cádiz” en *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962 y *Orígenes del régimen constitucional en España*, Labor, Barcelona 1976; FERRANDO BADIA, J., *La Constitución española de 1812 en los comienzos del “Risorgimento”*, CSIC-Delegación de Roma, 1959; “Vicisitudes e influencias de la constitución de 1812”, *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962; FIESTAS LOZA, A., “El Diario de las Sesiones de Cortes, (1810-1814)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (65), 1995; FONTANA, J., *La crisis del Antiguo Régimen, 1808-1833*, Crítica, Barcelona, 1988; *La Revolución liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; *La quiebra de la monarquía absoluta, 1814-1820. La crisis del Antiguo régimen en España*, Crítica, Barcelona, 2002; GARCIA GALLO, A., “Aspectos jurídicos de la Guerra de la Independencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, (3), 1959; LOVETT, G.H., *La guerra de la Independencia y el nacimiento de la España contemporánea*, 2 Vols., Península, Barcelona, 1975; MERCADER RIBA, J., *José Bonaparte rey de España: (1808-1813). Historia externa del reinado*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto Jerónimo Zurita. Escuela de Historia Moderna, Madrid, 1971; PÉREZ-PRENDES, J.M., “Cortes de Castilla y Cortes de Cádiz” en *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962; SÁNCHEZ AGESTA, L., *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953 y *Historia del Constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; SUÁREZ VERDEGUER, F., *La crisis política del Antiguo Régimen en España, 1800-1840*, Rialp, Madrid 1950; “Sobre las raíces de las reformas de las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962; *Las Cortes de Cádiz*, Tecnos, Madrid, 1982; *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Eunsa, Pamplona 1982; “Sobre las raíces de las reformas de las Cortes de Cádiz”, *Revista de estudios políticos*, (126), 1962; TIERNO GALVÁN, E., *Actas de las Cortes de Cádiz*, 2 Vols., Taurus, Madrid 1964; TOMÁS Y VALIENTE, F., “La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen”, *Historia de España R. Menéndez Pidal*, Vol. XXXIV, Espasa Calpe, Madrid 1980; VV. AA., *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

²⁶ Que originariamente había funcionado como Corte del Principado de Asturias, y que había logrado subsistir porque cuando el Gobierno se trasladó a León, Asturias pudo conservar las instituciones que tuvo como reino. Conservaba a principios del siglo XIX las siguientes atribuciones; “(...) velar por las observancia de las leyes, la ejecución de las resoluciones reales, por el empleo regular de los recursos puestos a su disposición, intervenir en materia de contribuciones, conservar y mejorar los establecimientos públicos y pedir a su majestad todo aquello que creyese conveniente a su servicio y al bien de sus fieles súbditos”, MENÉNDEZ MANJÓN, C., “Gijón en la guerra de la Independencia”, *Guerra de la Independencia: estudios, Congreso Histórico Internacional de la Guerra de la Independencia y su época*, Zaragoza, 1965, T. II, pág. 431.

ejergerla el pueblo. Éste la delegaría en la precitada *Junta*, en principio, hasta que el rey pudiera reasumir su poder²⁷.

Inmediatamente, a lo largo de toda la península se crearían Juntas locales dirigidas a tratar de resolver la situación creada por la acefalia en la Jefatura del Estado. Como sostiene Artola, la máquina política y administrativa del Estado borbónico estaba tan perfectamente engranada, que al fallar su pieza maestra, la Corona, se desmoronó aquel complejo organismo representado por las autoridades centrales y locales.

Las *Juntas locales* surgieron pues, al hilo de la espontaneidad popular para enfrenar la agresión napoleónica²⁸. Nacieron como fruto del ideario pactista sustentado por la mayoría de los juristas españoles y vigente en la conciencia española, conforme al cual, no existiendo rey la soberanía revierte en el pueblo. Llegaron así pues a crear las bases de una nueva legalidad que ya nunca más pudo ser pacíficamente contestada²⁹.

Las *Juntas* así constituidas se declararon soberanas y supremas y ejercieron su poder político dentro del marco territorial de su jurisdicción en ausencia del rey³⁰. Mas pronto fue necesario centralizar el poder en todas las Provincias con el fin de

²⁷ En este sentido, conviene recordar lo dicho por ARTOLA que considera que se instituye pues un poder doblemente revolucionario tanto por la forma de erigirse en manifiesta contradicción a las autoridades legítimas del Antiguo Régimen como porque el poder soberano cambia de manos. En este sentido, Vid., ARTOLA, M., *Historia de España*, “La España de Fernando VII”, Espasa, Madrid, 1999, págs. 51 y 52.

²⁸ La relevancia de esta espontaneidad y originalidad del Gobierno de las Juntas que entrará en crisis con los reveses militares de 1809 es digna de mención, pues supuso la primera ruptura con la continuidad de las instituciones existentes en el momento de producirse la respuesta armada a la invasión. Supuso una respuesta al vacío de poder, al vacío institucional “Porque por la misma naturaleza de las cosas un vacío institucional supone un proceso constituyente”, que si bien es cierto que no se produjo en contra de la Monarquía sí se verificó sin ésta. En este sentido, SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo ... cit.*, pág. 54.

²⁹ Su soberanía fue reconocida cuando el Reglamento del 1 de enero de 1809 que organizaba las Juntas Superiores Provinciales de Observación en su artículo 4º rezaba que “Se abstendrán en lo sucesivo de los honores y tratamientos que hayan usado en el tiempo que ejercían la plenitud de la soberanía (...)”. Archivo Histórico Nacional, extracto “Observaciones que le merecía a la Junta Superior de Observación de Jaén el reglamento del 1º de enero de 1809”, Legajo 79-6 Estado, Cfr., PIGRETTI, D.A., *Juntas de Gobierno en España durante la invasión napoleónica*, Cooperadora de Derecho, Buenos Aires, 1972, pág. 108.

³⁰ Y como destaca SÁNCHEZ AGESTA en el ejercicio de dicha soberanía celebraron tratados de potencia a potencia. Él mismo ve en la asunción de dicha soberanía el principal impulso de nuestro incipiente constitucionalismo, situando en segundo lugar al Estatuto de Bayona al cual no le ve otra significación en nuestra historia constitucional, idea ésta que extrae de las afirmaciones de Argüelles y Jovellanos, Cfr., SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo ... cit.*, págs. 55-59.

aunar los esfuerzos bélicos y de ejercer una representación total ante las potencias extranjeras. Si bien la representatividad de tales *Juntas* era plena, en el sentido de soberana, ésta quedaba limitada a su estricto ámbito jurisdiccional.

Se optó pues por la creación de una *Junta Central* representativa de toda la nación cuyos miembros serían elegidos por las *Juntas Provinciales*. Surgió así la *Junta Central Suprema y Gubernativa* del Reino, que se constituyó en Aranjuez el 25 de septiembre de 1808, cuya soberanía venía dada por la de las *Juntas Provinciales* que habían sido legitimadas por aclamación popular³¹.

La guerra obligó el traslado de la misma a Sevilla el 17 de diciembre de 1808. El 22 de octubre de 1809 la *Junta* dictó un Reglamento para el régimen interno de la misma por el que, en su artículo primero, sanciona para la misma el tratamiento y los honores de *Su Majestad*, en cuyo nombre gobernaba recordando además expresamente su carácter representativo de toda la nación.

Tras la catástrofe de Ocaña del 19 de noviembre de 1809 que obligó a la *Junta Central* a trasladarse de Sevilla a la isla de León, dicha *Junta* reasumió su soberanía y comenzó a prepararse para organizar una regencia hasta que se reunieran las Cortes. Resolvieron sus miembros el 29 de enero de 1810 crear así el *Consejo de Regencia* y convocar las Cortes para el 1 de marzo del mismo año, concluyendo de tal modo la gestión de la *Junta Suprema Central Gubernativa de España e Indias*³². El *Consejo de Regencia* también conocido como la *Regencia de los Cinco*, pretendía además de

³¹ A los representantes de las *Juntas Supremas* de Cádiz, Cantabria, Cartagena, Ciudad Real y León, no se les reconocieron los poderes por haber acordado que se aceptarían diputaciones de Juntas Supremas de capitales de reino. En el caso de León además por haberse integrado en la Junta de Castilla, León y PIGRETTI, D. A., op.cit. pág. 125. Esta Junta tenía como misión principal dirigir la guerra pero, poco a poco, en ella se tomó conciencia de la que la invasión había destruido el viejo Estado y que era necesaria su reconstrucción. En este extremo, el de la reconstrucción, surgirán las discrepancias tanto dentro como fuera de la Junta. Un sector, liderado por Jovellanos, entenderá que dicha reconstrucción debía realizarse a través de la restauración y renovación de las antiguas leyes fundamentales, que suprimidas por el absolutismo, habían asegurado con anterioridad el funcionamiento de los poderes públicos. Otro sector sin embargo consideraría que esta debía realizarse a través de una Constitución, que tratase de aprovechar las viejas instituciones pero capaz de ordenar la vida siguiendo patrones más modernos ajustados a los nuevos tiempos, TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del Constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 10ª Edición, págs. 11-12.

³² Sobre si podía o no crear dicho Consejo Artola y Gallego dice que “El Consejo de Regencia es la creación del poder revolucionario de la Junta Central y el heredero de la nueva legitimidad (...) Por tanto se reconoce en la proclama a los americanos españoles de 14 de febrero (...) resignó en él (el Consejo) el depósito de su soberanía que ella, la Junta, legítimamente tenía y que ella sola en la situación presente podía transferir (...)”, ARTOLA GALLEGO, M., op. cit. T. XXVI, pág. 403.

la reorganización de fuerzas para la victoria. Una reforma institucional en la organización política de la nación que continuarán las Cortes³³.

En la isla de León, convocó el 1 de enero de 1810 dichas Cortes de Cádiz que reconocieron y juraron a Fernando VII como rey. Conviene recordar que además se declaró nula la cesión de Bayona por haberse violentado al rey y, como novedad, por faltarle a dicho acto el consentimiento de la nación. El cambio de manos de la legitimidad se hacía pues patente y se recogía ya de forma expresa. Por el *Decreto de 24 de septiembre de 1810*, las Cortes se atribuyen oficialmente la soberanía y se otorgan el título de *Majestad*³⁴. También se auto conceden el poder legislativo, el ejecutivo y todos los poderes de la *Nación*³⁵. Simultáneamente limitan los poderes de los regentes. Se inicia así lo que Pedro Aguado Bleye ha denominado la “dictadura de las Cortes”³⁶. Estas Cortes aprobarían una Constitución el 11 de marzo de 1812³⁷ que sería finalmente promulgada el 19 de marzo de 1812.

³³ PALACIO ATARD, V., *La España del siglo XIX ... cit.*, 1981, págs. 61-66.

³⁴ Este cambio en la legitimidad se evidencia sobremanera en la nueva actitud del Ejército pues si bien “(...) hasta 1808 el Ejército era en España, como en las otras Monarquías absolutas del Continente, un instrumento al servicio de los intereses personales o dinásticos del Monarca” ahora “(...) consumado el proceso revolucionario –el cambio del titular de la soberanía– a partir de las Cortes de Cádiz, ello vino a plantear problemas inéditos, precisamente en el plano de las relaciones entre el Ejército y el poder civil. Se trataba de construir una nueva fuerza militar que, constituida ahora en defensa de la soberanía nacional, permaneciese subordinada a la voluntad general y no se convirtiera en elemento de opresión (...)”, SECO, C., *Militarismo y civilismo en la España Contemporánea*, Madrid, 1984, pág. 28. Aunque nunca llegaron a buen puerto, es bueno recordar que hubo numerosos esfuerzos por desarrollar la Constitución de 1812 dotándola de una Ley orgánica para el Ejército o una Constitución militar en este sentido “(...) la preocupación por dotar al Ejército de un espíritu adecuado al nuevo Régimen, –es decir, por arrancarle su tradicional carácter de *instrumento armado del Monarca absoluto*, para convertirlo en *garante de la soberanía nacional*– queda evidenciada en el proyecto de Constitución Militar es decir, de ley orgánica del Ejército –que fue ya preconizada en fecha temprana (28 de diciembre de 1810) por el diputado don M. de Llano y Nájera, coronel de Artillería (...)”, SECO, C., *Militarismo ... cit.* pág. 34; SECO en el mismo lugar cita más proyectos que comparten igual preocupación en págs. 35 y 36. En el mismo sentido SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo ... cit.*, págs. 59-64.

³⁵ Proclamaron así los tres principios sobre los que descansará la futura Constitución de 1812; la soberanía nacional, la división de poderes y la nueva representación. TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del Constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, 10ª Edición, Madrid, 1992, págs. 14-6.

³⁶ Vid., AGUADO BLEYE, P., *Manual de Historia de España*, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1963-1964, 3 Vols, págs. 531-557.

³⁷ Su contenido es estudiado por CLAVERO, B., *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 29-46; FERRANDO BADÍA, J., “Vicisitudes e influencia de la Constitución de 1812”, *Revista de Estudios Políticos*, (162), noviembre-diciembre, 1962; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Fadrique Furió-Facultad de Derecho, Valencia, 1978; MORAN ORTI, M., *Poder y gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Eunsa, Pamplona 1986; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo espa-*

b) *El impulso de las Cortes de Cádiz a la Codificación*

Además del proceso constitucional, las Cortes llevaron a cabo una importante tarea legislativa siguiendo una tendencia ya iniciada en tiempos de la *Junta Central* que, en virtud del *Manifiesto de 26 de octubre de 1809*, anunció la adopción de ciertas medidas encaminadas a acometer dicha reforma legislativa. Entre ellas asumiría un especial interés por la reforma de los “Códigos civil y criminal”. Dicho *Manifiesto* recogía así mismo, el método encaminado para llevar a cabo tales reformas en el que se incluía la creación de unas comisiones de sabios “(...) a quienes se dirijan libremente todos los escritos sobre materias de gobierno y administración”³⁸.

Las reformas legislativas anunciadas, serían especialmente deseadas por el sector más exaltado de la *Junta Central* que se volvería más exigente tras la muerte del Conde de Floridablanca, máximo representante del sector contrario³⁹. En este ambiente, el diputado por Aragón Calvo Rozas, presentó el 15 de abril de 1809 una proposición a la *Junta Central* que proponía una reforma de toda la legislación. Para ello, se invitaba con carácter general a todos los ciudadanos para que manifestaran su opinión poniendo como único requisito el que los sujetos hubieran “meditado” y se creyeran “con luces en la materia”⁴⁰.

ñol, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Edición revisada, Madrid, 1978, págs. 83-124 que la estudia en cuanto comprendida en proyección histórica de la crisis del siglo XIX español; SÁNCHEZ BELLA, I., “La polémica sobre las fuentes de la Constitución española de 1812”, *IV Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires 1974; SEVILLA ANDRÉS, D., “La Constitución de 1812, obra de transición” en *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962; SOLÉ TURA J. y AJA, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, 15ª Edición, España Editores S.A., Madrid, 1990, págs. 7-25; SOLÍS, L., “Cara y cruz. La primera constitución española”, *Revista de Estudios Políticos*, (162), noviembre-diciembre, 1962, págs. 146 y ss; STOETZER, D.C., “La constitución de Cádiz en la América española”, *Revista de estudios políticos*, (126), 1962; SUÁREZ VERDEGUER, F., “Sobre las raíces de las reformas de las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos*, (126), 1962; TOMÁS VILLARROYA, T., *Breve historia del Constitucionalismo ... cit.*, págs. 11-30; TOMAS Y VALIENTE, F., “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes fundamentales a una sola constitución” *Anuario de Historia del Derecho Español*, (65), 1995.

³⁸ “(...) Tiempo es ya de que empiece a mandar la voz sola de la Ley fundada en la utilidad general (...); el Gobierno cuidará de que se extiendan y controviertan privadamente los proyectos de reformas y de instituciones que deben presentarse a la sanción nacional (...) Conocimiento y dilucidación de nuestras antiguas leyes constitutivas, alteraciones que deban sufrir en su restablecimiento por la diferencia de las circunstancias (...)”, y cita expresamente “(...) las reformas que hayan de hacerse en los Códigos civil y criminal y mercantil (...)”, Cfr. ARTOLA GALLEGO, M., “*Los orígenes de la España ... cit.*, T. I, pág. 223.

³⁹ En este sentido, ARRIAZU, M.J., “La consulta de la Junta Central al país sobre Cortes”, *Estudios sobre Cortes de Cádiz*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pág. 36.

⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN, M., *Derecho parlamentario español*, Imprenta de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1992, 3 Vols., T. I, pág. 438.

Comparando los nuevos aires en el procedimiento de creación normativo con los propuestos por Carlos III cuando trató de reformar las leyes penales se observan importantes diferencias. Y es que, el rey ilustrado encargó la formación del Código Criminal al órgano judicial más importante del país, el *Consejo de Castilla*, compuesto por destacados juristas, esto es, por peritos en Derecho. Sin embargo, el método propuesto por el diputado Calvo Rozas fomentaba la participación de todos, juristas o no, para el envío de proyectos y sugerencias⁴¹. La propuesta de Calvo Rozas fue aprobada por la *Junta Central*⁴².

Con la promulgación del *Decreto de 22 de mayo de 1809* aprobado por la *Junta Central*, triunfó el criterio ilustrado por el que la legislación debía tan sólo reformarse. El citado Decreto, implícitamente aceptaba la bondad de la legislación histórica en lo esencial, proponiéndose eso sí, los medios para desterrar los abusos que de su aplicación pudieran derivarse⁴³. Concretamente, el Decreto en su artículo segundo instaba la creación de una comisión que se ocupara de preparar la futura reunión de las Cortes, lo que fue el origen de la correspondiente Comisión de Cortes⁴⁴.

⁴¹ Una tendencia democratizante que, además, quedó reflejada en la composición de los debían quedar integrar las futuras comisiones. Así, éstas debían quedar integradas por las personas que presentasen las obras y proyectos de mayor mérito, idea que suponía el abandono de los viejos parámetros de elección basados en cualidades personales. En este sentido CASABÓ, J.R., *El Código ... cit.*, págs. 29-39 que además entiende que “Todo este plantemiento democrático es debido al racionalismo: todo hombre, como ser dotado de razón, puede manifestarse y tomar una actitud ante todos los problemas, entre los que destacan, claro está, los políticos”, *Ibid.*, pág. 38.

⁴² Donde se acordó que se preparase un Proyecto de Decreto que, finalmente, y tras varias modificaciones, fue aprobado el 22 de mayo de 1809. Del Proyecto de Decreto hasta la conclusión de su texto definitivo da cuenta CASABÓ, J.R., *El Código ... cit.*, págs. 39-48.

⁴³ Además de instar esta reforma aplaudiéndose la elaboración de “medios de mejorar nuestra legislación desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección”, se estableció que dicha reforma debía llevarse a cabo a través de personas peritas en Derecho. El Proyecto de este Decreto oponía una fuerte crítica al sistema anterior, vertiendo severos adjetivos contra la legislación del Antiguo Régimen. Dicho Proyecto fue presentado por la Secretaría a la Junta Central donde se emitieron varios dictámenes por parte de sus miembros, debiéndose su redacción final a la actitud ecléctica adoptada en su dictamen por el bailío A. Valdés que propuso cierta continuidad con el Derecho del pasado y discrepó de la posibilidad de invitar a todos los sabios españoles a que escribieran lo meditado acerca de los proyectos, como se planteaba en el Proyecto de Decreto. FERNÁNDEZ MARTÍN, M., *op.cit.*, T. 1, págs. 438 y ss. Sobre la paternidad del Decreto Vid. ARTOLA, M., *Los Orígenes ... cit.*, 2 Vols., Madrid, 1975, T. 1, pág. 264; CASABÓ, J.R., *El Código ... cit.*, pág. 49.

⁴⁴ El Decreto de 22 de mayo de 1809 disponía en su artículo 2º la formación de una Comisión que se ocupara de preparar la futura reunión de las Cortes y como consecuencia de ello se crea la Comisión de Cortes formada por el Arzobispo de Laodica, Jovellanos, Riquelme, J. Caro y Castañedo que no debemos confundir con la Junta de ordenación y redacción de los escritos e informes relativos a los puntos que se habían de tratar, surgida del seno de dicha Comisión de Cortes con el fin de atender y dar respuesta a las numerosísimas observaciones por parte de instituciones y particulares tras haber sido invitados por el citado Decreto a su participación en el proceso codificador. En este sentido Vid., ARTOLA, M., *Los orígenes...cit.* T. 1, pág. 265 y ARRIAZU, M.J., *op. cit.* pág. 36.

El citado Decreto de 22 de mayo de 1809, estableció además que debía consultarse a los Concejos, *Juntas superiores de las Provincias*, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oír a los sabios y personas ilustradas acerca de los puntos que en el mismo Decreto se especificaban. Con este fin, el 8 de junio de 1809 se promulgó otro Decreto por el que se creaba la precitada *Comisión de Cortes* que quedó además autorizada a recabar de todos los cuerpos civiles, eclesiásticos o literarios del reino y a recoger de todos los Archivos, Bibliotecas y protocolos públicos cuantos documentos, libros, copias o noticias necesitaran⁴⁵.

Ante la avalancha de respuestas, hubo de nombrarse una *Junta de Ordenación* a fin de recogerlos y sistematizarlos todos. Era la primera vez que se llevaba a cabo una “consulta al país” por la que se pedía opinión a una serie de autoridades y organismos acerca de los medios para mejorar la legislación. Las distintas respuestas que se dieron a dicha *consulta*, si bien no compartían el método para llevar a cabo la reforma legislativa, todas ellas estaban de acuerdo en la necesidad de acometer dicha reforma en nuestra legislación⁴⁶. Queda pues así patente que en las nuevas Cortes de la España antinapoleónica la idea codificadora está presente casi desde el primer momento.

La dinámica mencionada se inició en la etapa de la *Junta Central* cuando fueron creándose comisiones presididas siempre por un miembro de dicha Junta entre las que destacó la *Junta de Legislación*⁴⁷. Esta *Junta*, nacida en el seno de la *Central*,

⁴⁵ FERNÁNDEZ MARTÍN, M., op. cit., T. II, pág. 561 y págs. 483 y ss; ARTOLA, M., *Orígenes ... cit.*, T. I, pág. 265.

⁴⁶ De las distintas respuestas que dieron da cuenta detallada ARRIAZU, M.J., “La consulta ... cit”, pág. 88. ARTOLA, M., *Orígenes ... cit.*, T. II, pág. 125. También interpreta brevemente dichas respuestas. F. TOMÁS Y VALIENTE aportando un dato más que refuerza su argumento por el que sostiene que la Codificación en las Cortes de Cádiz nació desorientada y sin preparación. Así, sostiene que tales respuestas de contenido heterogéneo en su mayoría eran partidarias de introducir leves reformas en las leyes vigentes, en *Códigos y Constituciones ... cit.*, pág. 12.

⁴⁷ Si bien es cierto, anteriormente existió una Junta de Recopilación encargada de la formación del tomo cuarto de la Recopilación y del Código de leyes penales tarea ésta que terminaría presentándola ante el Consejo el 12 de julio de 1785, CASABÓ, J.R., “Los orígenes ... cit”, pág. 326. Esta Junta dado el cambio en el contenido de sus funciones encaminadas ahora a la codificación criminal se autodenominaría como Junta de Legislación cuando elevara el Plan del Código criminal de 1787. Según algunos autores, con este cambio en su nomenclatura, pretendía diferenciar sus tareas legislativas de las meras recopiladoras. En este sentido, Vid., mismo autor y obra, pág. 329. Esta Junta nombrada el 11 de marzo de 1783 estaba compuesta por los Ministros; Conde de Campomanes, Pablo Fernández Bendichs, M. Fernández Vallejo, M. de Menineta y J. A. Cienfuegos y ante ella M. de Lardizábal presentó sus trabajos. Fallecido Blas de Hinojosa será sustituido por F. Rivero Valdés, siendo éste cambio producido el 13 de febrero de 1789 la última noticia que tenemos de dicha Junta. De sus tareas da cuenta el mismo autor en la misma obra y también LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, Vol., 5-I, T. I., págs. 25-33.

quedó encargada de “(...) examinar y proponer todas las reformas que crea deben ejecutarse en las diferentes partes corporales de que se compone toda nuestra legislación (...)”. La *Junta de Legislación* comenzaría sus sesiones el día 4 de octubre de 1809, centrando su actividad inicialmente en las leyes constitucionales y la elaboración de la reforma legislativa. El desastre militar de Ocaña motivó la disolución de la *Junta Central* y, con ella, desaparecían también sus comisiones especiales⁴⁸.

Una vez reunidas las Cortes y tras resolverse el largo debate de si debían ser Cortes al modo tradicional o Cortes en el sentido liberal⁴⁹ en favor de la segunda opción, la primera referencia a la idea codificadora fue la conocida propuesta del diputado Espiga y Gadea quien, en la Sesión de 9 de diciembre de 1810, propuso la formación de varias comisiones destinadas a tales tareas⁵⁰.

En el lapso de tiempo que medió hasta el nombramiento de las comisiones, se produjo la promulgación de nuestra primera Constitución el 19 de marzo de 1812 en la que aparecía el conocido artículo 258⁵¹ que imprimiría el decisivo impulso a la empresa codificadora.

Así, para cumplir el principio codificador recogido por el citado artículo, se fueron nombrando comisiones mixtas cuyos esfuerzos fueron anulados por las circuns-

⁴⁸ De los acuerdos que se tomaron en esta Comisión en torno a la limitación del Derecho de Gracia del rey y a la abolición del tormento durante su corta existencia da cuenta CASABÓ, J.R., *El Código ... cit.*, págs. 59-60.

⁴⁹ Como subraya CARR la discusión cruzada en periódicos y panfletos sobre el sentido y significado de las Cortes que se reunieron en la isla de León fue el primer debate público en España acerca de las condiciones fundamentales de la vida política *España 1808-1975* 8ª Edición, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 102. Acerca del plano ideológico y sociológico de las Cortes de Cádiz Vid., PALACIO ATARD, V., *La España del siglo XIX ... cit.*, págs. 56-60.

⁵⁰ En este momento situa CASABÓ, en su tesis doctoral ya citada, la primera referencia a la idea codificadora en las Cortes liberales, “Habiendo sido convocadas las Cortes Generales y extraordinarias no sólo para formar una Constitución, sino también para reformar nuestra legislación, y conteniendo ésta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el de comercio y otra para un plan de educación e instrucción pública”, *D.S., Cortes Generales y Extraordinarias*, Sesiones de 24 de septiembre de 1810 al 20 de septiembre de 1813, Madrid, 1870, T. I, pág. 153. En torno a los avatares previos a la formación de la Comisión de Código Criminal Vid., mismo autor y obra, págs. 86-91. Una visión distinta acerca de este momento la aporta TOMÁS Y VALIENTE, quien sin llegar a negar totalmente lo dicho por Casabó, recuerda que en la citada iniciativa de Espiga y Gadea no aparecen los términos “Código” o “Codificación”, e interpreta que más que de una clara toma de posición a favor de la Codificación liberal en la línea del modelo francés, lo que se propone es un vago reformismo de nuestra legislación, en *Códigos y Constituciones ... cit.*, págs. 10, 11, 13.

⁵¹ Artículo 258. “El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

tancias políticas⁵². Tales nombramientos se ratificaron en la *Orden de 5 de abril de 1814*⁵³.

Es preciso recordar, sin embargo, que esta *Comisión de Legislación* nunca llegó a reunirse ya que el regreso de Fernando VII trajo la disolución de las Cortes y la proscripción de su corta labor siendo encarcelados la mayoría de sus miembros⁵⁴. Cabe decir que el contenido de la Codificación discutido en las Cortes de Cádiz fue fundamentalmente político pues la reforma legislativa planteaba además la incierta posibilidad de que “si las Cortes podían formar o no leyes”⁵⁵, y donde la legislación

⁵² ALEJANDRE GARCÍA J.A. y GACTO FERNÁNDEZ, E., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y la Codificación*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978 y 1979, 2 Vols., T. I, pág. 17; ANTEQUERA, J.M., op. cit., págs. 19-20.

⁵³ La propuesta fue discutida el 5 de febrero de 1811, *D.S., Cortes Generales y Extraordinarias*. Sesión de 5 de febrero de 1811, T. I, Madrid, 1870, págs. 500-501. Finalmente fue aprobada junto a otra planteada por Argüelles por la que éste último apoyaba el ingreso en dichas comisiones de juristas reconocidos que no fuesen diputados. De especial interés es la interpretación que de esto hecho hace TOMÁS Y VALIENTE, en el sentido de que dicha proposición versaba no acerca del contenido ni de la orientación ideológica sino acerca del procedimiento legislativo, por lo que se trataba de una cuestión dilatoria que, presentada ante una indecisa asamblea, estaba sentenciada a prosperar. Dicha cuestión se volverá a plantear tras la promulgación de la Constitución siendo que los diputados mostrarán su preferencia por la composición mixta de las comisiones codificadoras solicitando que se integren en las mismas, junto a diputados escogidos *ad hoc*, personas de prestigio y luces en el mundo del Derecho, así como instituciones públicas que participen en dicho proceso con sus ideas, en *Códigos y Constituciones* ... cit., pág. 14-16. A pesar de las ulteriores insistencias que, en este sentido, harían numerosos parlamentario, de las que da cuenta. LASSO GAITE, J.F., op.cit., T.I., págs. 36-37. Ambos diputados (Espiga y Argüelles) serían los encargados de la redacción del discurso preliminar de la Constitución, en el que ya se reivindica de forma expresa la unidad de Códigos, la introducción del jurado y otras medidas de reforma del sistema de justicia sentando así las bases y determinando los futuros trabajos legislativos, págs. 34-39. Tales comisiones vieron sus nombramientos pospuestos hasta el 4 abril de 1814, fecha en que se mandó constituir una comisión encargada de presentar la lista de los sujetos que por sus distinguidas cualidades merecieran la confianza de las Cortes para entender en la reforma de los Códigos, Orden de 5 de abril de 1814, *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Ordinarias desde 25 de septiembre de 1811, día de su instalación, hasta mayo de 1814, en que fueron disueltas*, Madrid, Imprenta Nacional, Año 1820, T. V, pág. 159.

⁵⁴ Siendo así que “no llegó el caso de que los individuos elegidos pudiesen constituirse en comisión; pues aun cuando tenemos entendido que luego que el Ministerio les comunicó el nombramiento se juntaron los que estaban en Madrid, y tuvieron algunas conferencias, no pudieron extenderse a otra cosa, ya no por hallarse aquí todos los nombrados, ya (...), *La discusión del Proyecto de Código penal de 1821*, T. I, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, pág. 7. Sobre los posteriores sucesos que ocasionaron la suspensión del Real Decreto de 2 de diciembre de 1819 por el que se estimulaba nuevamente la Codificación penal Vid., *Decretos del Rey D. Fernando VII, año sexto de su restitución al trono de las Españas*, Imprenta Real, Madrid, 1823, T. VI, págs. 500-504. Vid., *Reseña sobre la formación del Código penal en Archivo de la Comisión general de Codificación*, Legajo I, de Organización de la Comisión, Doc. 20, Fol 36.

⁵⁵ En este sentido CASABÓ, J.R., J.R., *El Código* ... cit., pág. 96 quien además ofrece un análisis del mismo en las págs. 92-98.

histórica tenía para los legisladores liberales un valor de pura referencia. La historia parece ser que, en principio no iba a ser considerada como fuente sino como mero dato que sirve para confirmar la bondad o no de determinado principio⁵⁶.

A pesar de la frustración codificadora de nuestras Cortes gaditanas, cabe mencionar que en materia penal, las Cortes de Cádiz promulgaron una serie de Decretos encaminados a humanizar nuestra legislación penal, así; el *Decreto de 22 de abril de 1811* que suprimía el tormento confirmado posteriormente por la propia Constitución y que incluso el propio Fernando VII ratificaría a través de la *Real Cédula de 25 de junio de 1814*. Además suprimieron la Inquisición por el *Decreto de 22 de febrero de 1813* instituido éste que se vería sustituido por los Tribunales para la defensa de la fe que, según cuenta Menéndez Pelayo, nunca llegarían a funcionar ya que Fernando VII repondría el tradicional *Tribunal del Santo Oficio* por otro Decreto de 21 de julio de 1814⁵⁷.

Por lo que se refiere a la Codificación en sí, hay que hacer obligada referencia a la redacción del párrafo XLIV del Preámbulo de la Constitución de 1812 así como a su artículo 258 donde se fija ya la intención del legislador de emprender la obra codificadora con base en la unidad jurídica⁵⁸, por lo que se ha dicho que fueron las Cortes gaditanas las que introdujeron de modo oficial la Codificación en España⁵⁹. El citado artículo 258 se repetirá en sucesivas Constituciones española hasta la de 1931

⁵⁶ “Por consiguiente, triunfa el principio racionalista de la legislación”, *Ibid.*, pág. 98.

⁵⁷ Gaceta de 23 de julio de 1814. Una primera aproximación acerca del final de dicho instituto Vid., MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, 2ª Edición, Madrid, 1932, T. VII, pág. 60; PINTA LLORENTE, M., *La inquisición española*, Cultura Hispánica, Madrid, 1953; ALONSO TEJADA, L., *Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII, Juntas de Fe, Juntas Apostólicas, Comspiraciones Realistas*, Zero, Madrid, 1969; LEA, H. C., *La Inquisición Española*, 3 Vols., Fundación Universitaria Española, Madrid, 1982.

⁵⁸ DE CASTRO, F., *op. cit.*, pág. 187.

⁵⁹ En este sentido, Vid., BARÓ PAZOS, J., *La codificación ... op. cit.*, pág. 53. A tal exacto, es de mencionar que ya en el artículo 82, párrafo 2, del Título IX del *Estatuto de Bayona* de 6 de julio de 1808, instrumento legal concebido por Napoleón para la consecución de sus fines políticos de muy controvertida aplicación, quedaba prevista ya la posibilidad de establecer modificaciones en el Código civil y en el penal que, en cierto modo, se adelantaba al futuro pues, como sabemos, todavía no existía ningún Código ni ningún Proyecto para realizar la Codificación civil aunque sí que existiera el Proyecto de Código criminal de 1787, cuya calificación de Código ha sido muy cuestionada por algunos, como ya apuntamos anteriormente. Es de mencionar también que, en aquellas sesiones celebradas por la Junta de españoles convocados por Bonaparte, se oyeron ya las primeras discrepancias de los representantes de ciertos territorios forales, en relación con la unificación de la legislación castellana. Vid. *Actas de la Diputación General de Españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808*, Madrid, 1874. El Proyecto puede consultarse en las Actas, págs. 51-60, así como las *Observaciones* al mismo, págs. 61-115.

Bien es cierto que durante las Cortes de Cádiz no se consiguió que se promulgara ningún Código. No obstante, quedaron prefijadas las bases, los principios rectores y la estructura del método codificador concretado en la formación de las futuras comisiones que determinarían en buena medida el contenido de nuestra legislación posterior.