

LA IDEA DE CODIGO EN LA ILUSTRACION JURIDICA

BARTOLOMÉ CLAVERO
Dto. Historia del Derecho
Universidad de Sevilla

«Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales.»
(Constitución de Bayona, art. 96).

«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.»
(Constitución de Cádiz, art. 258).

SUMARIO: *Introducción*: volumen y código (1.).—I. *La definición del método*: a) el método y el código (2.); b) las instituciones y los códigos (3.).—II. *La determinación del método*: a) el rechazo del método en la idea de recopilación (4.); b) religión y ciencia en la recepción del método (5.); c) doctrina y derecho positivo en la formulación del código (6.).—III. *La aplicación del método*: a) del método racionalista al «código» ilustrado (7.); b) de la Novísima Recopilación al mandato codificador de la Constitución (8.).—*Conclusión*: constitución del Estado y unidad del Derecho como requisitos del Código (9.).

1. El término «código» no tuvo en principio, como es bien sabido, un sentido jurídico preciso o sustantivo; se refería tan sólo, en la antigüedad, a una determinada forma material de colección de textos extensos: la de foliación y cosido que hoy es característica del libro; una forma que, desde luego, se mostró desde sus comienzos particularmente adecuada para el caso de los textos jurídicos, cuyo uso regular no sería el de la lectura corrida sino el de la consulta saltuaria o fragmentaria, razón por la cual su redacción o compilación en el sistema común en la antigüedad del «volumen» —tira extensa enrollada sobre sí misma o sobre un eje portátil— habría de resultar de muy incómoda utilización, al contrario de lo que había de ocurrir, según decimos, con esta otra forma de colección en *codex*. Por ello, ciertas relaciones no deja de guardar desde sus inicios este término de «código» con los textos jurídicos, pero eran relaciones sin sustantividad alguna: en adelante, en desuso el «volumen», «código» podrá ser cualquier libro, y, desde luego, cualquier libro jurídico, sin mayor significación respecto a su entidad o tendencia¹.

1. Véase SVEND DAHL, *Historia del libro*, Madrid, 1972, ps. 32-36; o ROBERT ES-

Entre los juristas, el «Código», en singular, por antonomasia, será además durante largo tiempo un libro concreto y determinado de su «cuerpo» de textos más tradicional; el «Código» será, así en singular, el libro de la recopilación de «derecho romano» realizada en el Imperio Bizantino por disposición del emperador Justiniano en el que quedaron recogidas constituciones de éste y anteriores emperadores, textos a los que fundamentalmente se les había aplicado en la antigüedad dicha forma material de colección; el *Codex* será así una parte del *Corpus iuris civilis* constituido sobre todo por dicha recopilación tras su recepción y adaptación en la Europa occidental durante la Edad Media; y para los siglos de la Edad Moderna, todavía, vigente aún este derecho de procedencia medieval, «Código» en singular será tal libro.

El término podía tener un significado singular —el *Codex* del *Corpus iuris civilis*— y otro común —cualquier libro, preferente pero no necesariamente jurídico—, pero, junto a ello, en caso alguno, antes de la Edad Moderna, se perfila, entre lo singular y lo común, un sentido genérico para designar alguna especie o modelo de libro jurídico; por ello, era un término que, en sus acepciones comunes, no gozaba tradicionalmente de especial relieve.

Durante la Edad Moderna, desde el propio humanismo jurídico renacentista, el término tiende a asumir un concepto a la vez más genérico, frente a su aplicación singular al *Codex* justiniano, y más específico, frente a su utilización indistinta para cualquier tipo de volumen —este término ya en su sentido moderno equivalente a libro que también había impuesto el uso jurídico al calificar como «volúmenes» las partes del *Corpus iuris civilis*—; tiende desde ahora el término de «código» a aplicarse sobre todo a recopilaciones normativas que respondan a ciertas características, como son la de su concepción de nueva planta, aun utilizándose todavía tan sólo o eminentemente materiales históricos o preexistentes en su confección, su aspiración de orden sistemático, aun realizado éste todavía en grado muy relativo, y su vocación de alcance lo más abarcador posible². Incluso las fuentes históricas que respondieran en algún grado a tales características también podrán ahora ser distinguidas con tal calificación; por ejemplo, las Partidas medievales castella-

CARPIT, *La revolución del libro*, Madrid, 1968, p. 19, que resalta la adecuación del *codex* a los textos jurídicos.

2. Véase VINCENZO PIANO MORTARI, *Codice (premesse storica)*, en *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milán, 1960, ps. 228-236; o alguna de sus exposiciones más monográficas en este punto, como últimamente *Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Regime*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florencia, 1977, I, ps. 195-219, donde convendrá mejor consultarlo que en su edición, reelaborada, en el volumen del mismo autor *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI*, Nápoles, 1978, ps. 3-45, por poderse allí —actas de un congreso— confrontar con planteamientos de temas conexos por otros autores que pueden resultar también de interés.

nas no raramente se calificarán de «código» en la Edad Moderna: con ello —y aparte otras implicaciones del tema que habremos de considerar precisamente en estas páginas— quiere ya significarse que dicho libro presenta unas virtudes de concepción, orden y amplitud que no se dan en otras recopilaciones de material histórico vigente. En la Edad Moderna en todo caso, el conjunto de los usos referidos —singular, común o indistinto y genérico o modélico— coexisten: ya lo apreciaremos y podremos valorarlo en la Ilustración.

Pero, respecto a su uso que decimos genérico, hoy, e incluso el profano en materias jurídicas puede saberlo, en nuestro término se encarna aún una categoría jurídicamente más precisa: código es la norma básica por excelencia de cada rama del derecho, representando en sí un despliegue de su régimen en principio completo. En palabras del historiador que últimamente mejor ha subrayado dicha precisión contemporánea del término: los códigos son libros jurídicos que «contienen tan sólo series de normas, que vienen concebidos como monumentos unitarios, consideradas dichas normas como coherentes y sistemáticas, que establecen teóricamente una disciplina exhaustiva (salvo leyes tenidas precisamente por especiales) de todas las relaciones pertenecientes a una rama individualizada por la unidad de su materia»³.

Ante esta caracterización, más que suficiente a nuestros efectos, de lo que hoy viene conceptuado como un código —ya no cualquier libro de derecho, sino tan sólo aquel que responde a tales precisas cualidades—, puede fácilmente apreciarse que nos encontramos tan alejados del sentido original del término como, en cambio, a cierto punto cercanos de aquel otro sentido genérico más sustantivo que, apoyándose en parte en algunas características del *Codex* justiniano y persiguiendo su aplicación a un cuerpo igualmente normativo y ordenado pero de diversa concepción y distinto contenido, comenzara a perfilarse en el humanismo jurídico de comienzos de la Edad Moderna; aquí, efectivamente, se encuentra el origen del concepto actual de código.

Pero nuestro objetivo en estas páginas no será, conforme a su título, el de reconstruir la historia de dicha idea de código, o de la tendencia codificadora, desde tales orígenes renacentistas hasta su general cumplimiento en el siglo XIX⁴; más modestamente, vamos a centrarnos en el momento crucial

3. GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 20; *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, Turín, 1978. Y para un ejemplo de amplia construcción histórica del tema sin requisitos ni resultados de precisión del término, JACQUES VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: Essai de définition*, Bruselas, 1967. Y no es cuestión que aquí nos concierna la de otras significaciones de «código» o «códice», aunque no dejen de guardar relaciones con la nuestra, como ejemplares manuscritos para distinguirlos de los impresos, o escrituras más difícilmente legibles o claves para la lectura de escritos cifrados...

4. Puede verse también, junto a lo ya citado, WALTER WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune*, I, 1967, ps. 241-270; ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969, ps. 61-170.

para la configuración definitiva de esta idea, en la Ilustración del XVIII; y vamos a considerar esta coyuntura valiéndonos particularmente de datos de la Ilustración jurídica española. No vamos a proceder exactamente a reconstruir la historia de la idea y de los eventuales proyectos de codificación en la España del siglo XVIII⁵, sino, en una dirección diversa, a considerar las diversas coordenadas de definición del concepto de código en su generalidad valorando sus implicaciones, razón por la que tan sólo atendemos aquellos testimonios de la época que nos han parecido más pertinentes al efecto.

2. El concepto de código puede reducirse, conforme a lo dicho, a dos palabras: método y precepto; el código debe ser sistemático; el código debe ser normativo; un orden no sujeto a método no es propio de un código; una materia más doctrinal que preceptiva no es propia de un código; éste, para merecer tal nombre, debe atenerse a un método y ser norma. Concepto bien elemental, con todo, pero concepto que, en su misma elementalidad, en tal generalidad, sólo se representa durante la Edad Moderna, y en la misma Ilustración, con sumas dificultades y con notables vacilaciones; sus fundamentos básicos —método y norma— no resultaban entonces nada pacíficos, al venir a enfrentarse, con independencia de la intención de los autores, con un orden jurídico que, como el entonces todavía vigente, respondía a unos caracteres contrarios de constitución básicamente escolástica y doctrinal⁶. En este contexto vendrán a situarse y a significarse nuestros términos.

En primer lugar el método: algunos juristas ilustrados exigirán un método en el derecho, un método sometido a razón. Por ejemplo —y los destacamos por conectar expresamente con nuestro tema del código—, el plan de estudios para la Universidad de Sevilla de 1768 que comúnmente se conoce como «Plan de Olavide»⁷; según el dictamen de este plan, tradicionalmente, por

5. Para ello, aunque es tema que espera aún investigación a fondo, RAFAEL GIBERT, *La codificación civil en España, 1752-1889*, en *La formazione del diritto moderno in Europa*, II, ps. 907-933 (sobre nuestra época, ps. 907-916); MARIANO PESET, *Una propuesta de código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *Estudios Santa Cruz Teijeiro, Valencia*, 1974, II, ps. 217-260; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en Argentina, 1810-1870. Mentalidad e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977, ps. 33-56 sobre la Ilustración española. Y en general, sobre ella, han de seguir por supuesto interesando JEAN SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México, 1957, RICHARD HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1971, y ANTONIO ELORZA, *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid, 1970. Una útil orientación bibliográfica, por autores, es ahora la de FRANCISCO AGUILAR PIÑAL, *Bibliografía fundamental de la literatura española del siglo XVIII*, Madrid, 1976.

6. Puede verse B. CLAVERO, *Derecho común*, Sevilla, 1979, edición ampliada con un capítulo dedicado a la Ilustración.

7. PABLO DE OLAVIDE, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, ed. y estudio preliminar de F. AGUILAR PIÑAL, Barcelona, 1969; del mismo AGUILAR PIÑAL, *La Universidad de Sevilla en el siglo XVIII. Estudio sobre la primera reforma universitaria moderna*, Sevilla, 1969, ps. 201-243. Junto a Olavide, que lo suscribía como asistente de la ciudad, también firmaban la propuesta del plan el arzobispo y el regente de la

causa de la misma «desordenada distribución (de las materias en las facultades jurídicas) no puede haber aquel preciso enlace de principios y consecuencias que hace el fondo de los conocimientos de una ciencia», no puede el jurista «formarse idea sólida y sistemática del Derecho»; aunque, se agregará, difícil sería en todo caso abordar con tales miras científicas el estudio del derecho vigente «porque carecemos del código de leyes ordenadas y seguidas por principios y en forma de sistema», «código nacional» cuya confección, por ello, habría de ser tarea primaria⁸.

En cualquier supuesto, y subrayado esto, «para que, desde luego y provisionalmente, se empiece a reparar» la situación, se propone la introducción del estudio de aquellos autores que representan el «Derecho natural» en el que deberá necesariamente basarse el sistema o el método de tal código; así se destaca a Samuel Pufendorf, bien que con ciertos inconvenientes: «aunque abrazó (el) Derecho por reglas y principios, siguiendo el camino de su maestro (Grocio), formó una obra muy vasta y dilatada que no puede enseñarse» en sí misma, y —segundo inconveniente— las obras de sus divulgadores también se encuentran «prohibidas en España por estar tinturadas de la religión de su autor, cuyo inconveniente tienen otras varias obras de escritores protestantes»⁹.

En último término, y prescindiéndose ahora de otras recomendaciones del plan menos interesantes a nuestro actual objeto, se trata de una cuestión de método: éste es el que debe de enseñarse, en el que debe de formarse o educarse el jurista ilustrado, desterrándose definitivamente de las universidades «el espíritu tenebroso del escolasticismo»; «adelantaría mucho la Nación —se asegura— si se empieza a estudiar por los tales (cursos más metódicos) que presentamos», cursos que se basan, según se subraya, en «el estudio de la Geometría, que se pretende hacer universal», y que por sí misma, como verdadera «lógica práctica» que habrá de ser, servirá para desterrar aquel «espíritu escolástico» que, «en lugar de buscar la verdad por medios simples y geométricos, la presume hallar por una lógica enredada, capciosa y llena de sofismas» por cuya virtud «se inficiona la Jurisprudencia» vigente¹⁰.

Audiencia de Sevilla; de su parte jurídica parece que fue Bartolomé Romero principal autor, pero, en todo caso, el plan refleja una coherencia de conjunto cuyo responsable hubo de ser Olavide.

8. P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, ps. 139-148.

9. P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, p. 143. Para la resistencia o censura señalada, a lo que habremos de volver, pueden encontrarse datos últimamente en ANTONIO JARA ANDREU, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la Universidad española, 1750-1850*, Madrid, 1977. Sobre la significación de Pufendorf en la línea que aquí se representa, G. TARELLO, *Storia*, ps. 106-132, extendiéndose a sus principales divulgadores, como Barbeyrac y Burlamaqui, de cuya particular significación no dejarán de aparecer aquí, según veremos, testimonios; y amplia noticia de la atención despertada por la obra de Pufendorf desde un inicio, FIAMMETTA PALLADINI, *Discussioni seicentesche su Samuel Pufendorf. Scritti latini :1663-1700*, Bolonia, 1978.

10. P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, ps. 115-120 y 155, tomándose algunas expresiones

Es una cuestión, previa al código, de método: y de «método geométrico» o «matemático». «La única ciencia —se recalca— que, entre la grosería de los siglos bárbaros, ha podido conservar su pureza es la Matemática; y aún puede decirse que la resurrección de las demás se debe a (su) orden y método... Cualquiera mediano conocedor distingue hoy las obras trabajadas por ingenios geómetras de aquellas en que falta la precisión y arte que esta facultad sabe prestarles»; y algo de sumo interés para nosotros se dice a continuación respecto al estudio de las matemáticas: éste, según el plan, debe atender la obra de Christian Wolff, es decir, del autor precisamente que, jurista al tiempo que matemático, más se había distinguido, durante la primera mitad del siglo, en la definición precisa del *methodus scientifica* a aplicar al derecho, conforme al cual desarrollar todo el derecho, como único método realmente aceptable para el jurista o, en general, para todo filósofo o todo científico¹¹.

Y no puede decirse que en este caso, de ideas tan netas y consecuentes, no se delimite propiamente la cuestión del método: los «vicios que infestan las escuelas... no pueden exterminarse sino sacándolos de raíz, refundiendo la forma y métodos de los estudios y creando, por decirlo así, de nuevo las Universidades y Colegios por principios contrarios a los establecidos», por los principios del nuevo método científico que —justamente aquí se señala— ha venido a definirse en Europa durante el «siglo pasado»; en el siglo xvii¹².

de otros capítulos donde mejor se sustancian, pero cuya idea no deja de surgir en el correspondiente a la Jurisprudencia.

11. P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, ps. 159 y 161; la recomendación de Wolff se hallaba aquí ya en una propuesta antiescolástica de Melchor de Macanaz —de mediados de siglo— que los redactores de este plan quizá conocieran: véase IRIS M. ZAVALA, *Clandestinidad y libertinaje erudito en los albores del siglo XVIII*, Barcelona, 1978, ps. 290-293; en esta misma línea, en la primera mitad de siglo e igualmente inédito en su época, concebía la necesidad de «formalizar un código» para el arreglo del método docente JOSÉ CAMPILLO, *España despierta*, p. 163, ed. A. Elorza; J. CAMPILLO, *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, Madrid, 1969, ps. 111-175 (aun con escasa precisión sobre el tema: también, en el escrito que da título a la edición, p. 95). Sobre la confrontación inmediata anterior entre el método escolástico y el «científico» entre nosotros, ha de seguir interesando OLGA V. QUIROZ-MARTÍNEZ, *La introducción de la Filosofía Moderna en España. El eclecticismo español de los siglos XVII y XVIII*, México, 1949, ps. 30-48 y 186-250; véase también J. M. LÓPEZ PIÑERO, *La introducción de la ciencia moderna en España*, Barcelona, 1969. Para el alcance metodológico de la obra de Wolff, más específicamente, WOLFGANG RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, Munich, 1970, ps. 117-150, mejor que el más ensayístico y discutible de DIETER VON STEPHANITZ, *Exaktwissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden*, Berlín, 1970, ps. 84-97.

12. P. OLAVIDE, *Plan de Estudios*, ps. 80 y 85; y en p. 117: «Nos lisonjamos de que estos dos estudios (Geometría y Política) bien enseñados y seguidos serán bastantes a hacer en la Nación tan feliz revolución que en diez años de tiempo se conozca sensiblemente su reforma y adelantamiento.»

El Código, en suma, precisa de un método, y éste no debe ser ajeno a las exigencias racionales de las ciencias en general, de las ciencias tal como venían modernamente fundándose y desarrollándose. He aquí el principal testimonio, para nuestro tema, del Plan para la Universidad de Sevilla de 1768¹³; otros proyectos de planes de estudios jurídicos podrán ofrecernos otro tipo de testimonio.

3. Podrá ser interesante ahora constatar cómo algún plan que no deja de responder a unas mismas preocupaciones antiescolásticas y apuntar en una dirección análoga, manifestándose más indeciso en la cuestión del método, no llega propiamente a concebir la cuestión del código; no nos interesan aquí, lógicamente, planes que se sitúen dentro de la tradición escolástica, sino aquellos otros que participen de alguna forma, asumiendo sus imperativos, de la cultura ilustrada; podemos por ello acudir al plan de estudios —o «nuevo método»— de Mayans, ligeramente anterior al que acabamos de considerar¹⁴.

Un primer índice: consultado el proyecto de su plan con Meerman, éste le recomienda que lo funde en Wolff, punto que Mayans no acepta¹⁵; ni Wolff ni, en general, fundación del derecho en las matemáticas o en aquel «derecho natural» racionalista que responde a su lógica; «la Filosofía —dirá— puede enseñarse sin cálculos matemáticos, como se ha enseñado en las Escuelas de todos los siglos»¹⁶. En todo caso, admite y recomienda el estudio de obras de Grocio —lo que todavía no es muy comprometido respecto al racionalismo— y de Pufendorf —lo que sí alcanza ya implicación racionalista más sustantiva—, pero «expurgadas unas y otras según yo —Mayans— he proclamado que se haga», reserva que en su caso parece más bien sincera que, como había de ser aquí general en todos, obligada¹⁷; pero los estudios

13. Decimos de 1768 por la fecha de su proposición; no nos interesa aquí, a nuestro objeto presente, el proceso que luego siguiera de aprobación, boicot e ineficacia, para cuya noticia puede acudirse a los estudios citados de Aguilar Piñal. Favorables al plan, dos autores de que habremos de tratar: Jovellanos, por entonces en Sevilla, y Acevedo.

14. GREGORIO DE MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades de España* (1767), editado por MARIANO Y JOSÉ LUIS PESET, *Gregorio de Mayans y la reforma universitaria*, Valencia, 1975, ps. 179-351. Una buena caracterización de este plan confrontado con el de Olavide en los mismos M. y J. L. PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX. Despotismo ilustrado y Revolución liberal*, Madrid, 1974, p. 219: «Procurá mostrarse innovador, pero con el indudable lastre de concepciones anteriores a la revolución científica del XVII europeo. No alcanza los planteamientos de Olavide» con ello.

15. Véase M. y J. L. PESET, *La Universidad*, p. 219, citada; tengo noticias, por estos autores, de que actualmente se prepara, en la serie del *Epistolario* de Mayans, el volumen de su correspondencia con Meerman.

16. M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 221.

17. M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 245. Años antes, al menos, era más inequívoco; carta de Mayans a Nebot en 1740 (*Epistolario*, IV, ed. M. Peset, Valencia, 1975, p. 157): «Algunos años ha compré a Pufendorf, empecé a leerle y le desterré de

jurídicos propuestos por Mayans vendrán más particular y sustantivamente a basarse, conforme a las recomendaciones de su plan, en una especie de literatura jurídica de la época que presenta ciertas analogías y conexiones con la tendencia racionalista pero que, en sustancia, responde a una tendencia de tipo diverso: la literatura institucionista que posteriormente, en este mismo apartado, consideraremos¹⁸. Y el tema del código, en todo caso, no surge pese a la ocasión.

Y sobre él se había pronunciado anteriormente el propio Mayans. En 1754, también a instancia oficial como en el caso del plan de estudios: «En asunto de letras —escribía— no puede hacerse cosa más importante que un Código legal... Todo (en él) ha de ser muy sencillo, claro y metódico,... en romance, escrito con estilo legal...»; o en 1762: «Si la idea (del código) ha de ser nueva, el que la ha de formar... que sepa con perfección el Derecho natural, que tenga ingenio para reducirla a principios y reglas, que éstas por su universalidad alcancen todos los casos particulares sin expresarlos...»¹⁹. Se diría, ante estos testimonios, que Mayans tenía un concepto de código —normativo, metódico y general— mucho más preciso, al menos más explícito, que incluso el que hemos encontrado en el Plan de Olavide, pese a su silencio sobre el tema en sus propios planes de estudios, no en otras ocasiones.

Sus expresiones parecen ciertamente inequívocas, pero no lo serán tanto; el método «científico», como requisito ineludible del código, como cuestión a solventar por ello previamente con toda precisión —según era el caso del Plan de Olavide—, no llega aquí tan netamente a distinguirse. Queda claro para este otro plan que, tradicionalmente, el derecho, o su estudio, carece de «método científico, falta de principios legales bien ordenados y de reglas y excepciones con sus consecuencias legítimas»²⁰; pero no tan claro cuál haya de ser la entidad y aplicación del referido «método científico». Cuando en 1754 hablaba de «código», se refería a continuación al «método» como una cuestión, aunque también importante, ulterior o segunda, no exactamente previa;

mi librería por impío y abominable»; carta entre los mismos y el mismo año (*ibidem*, p. 251): «Grocio, Seldeno y Pufendorf, a quienes los Modernos veneran como Maestros del Derecho de Gentes, erraron en no establecer el Derecho Natural en las leyes de la Divina Providencia.»

18. Al contrario que el plan de Olavide, Mayans no hablará en el suyo de la necesidad de un código, sino de la de unas «instituciones» de «Derecho real» o de «Derecho español» en las que «se resuma todo él (este derecho) brevísimamente y clarísimamente», y especificando: «sin dar a dicha obra autoridad legal» (M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 247); luego trataremos de ello, según decimos. Pero puede convenir que se vaya advirtiendo que los planes de tendencia más metodista, como el mismo de Olavide o los de Jovellanos, no podrán menos que basar en último término el estudio del derecho vigente en la misma literatura institucionista, procediendo, lógicamente, la diferencia del diverso énfasis y la distinta motivación de dicha necesidad.

19. Carta de Mayans a Ordeñana en 1754, citada por M. Peset, *Una propuesta de código*, ps. 256-257; carta de Mayans al marqués de La Romana en 1762; *ibidem*, p. 259.

20. M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 152.

y cuando lo hacía en 1762, admitía entonces que el «código» podía ser tanto «un resumen del Derecho que usamos», sin mayores requisitos, o aquella «idea nueva» más metódica; ambas empresas serían «códigos»²¹. Y ocurre que, posteriormente, el mismo género de expresiones que dedicaba a sus definiciones más «científicas» del código se aplicarán también a otra especie de libros jurídicos, a las «instituciones»: debe procederse en ellas «científicamente, esto es —puntualiza en tal sentido Mayans—, proponiendo principios legales, sacando de ellos reglas generales, añadiendo a éstas las excepciones que tengan...»²²; incluso el mismo «código», cuyo carácter normativo no siempre se mantiene claramente tras su designación inicial de «código legal», tiende a identificarse con una obra de «instituciones» por su común carácter doctrinal y su similar tendencia sustantiva.

Y en las «instituciones», según decíamos, venía a centrarse el plan de estudios; en estas «instituciones» de las que se nos dice que pueden cumplir requisitos «científicos» análogos a los del «código». Interesará, lógicamente, saber qué género era entonces éste de las «instituciones» para poder valorarse en su justa medida posiciones como la presente²³.

En sustancia, las «instituciones», que constituyen un género de notable arraigo y desarrollo durante el siglo XVIII, son obras doctrinales sistematizadoras y descriptivas del derecho entonces vigente; todos ellos son puntos a destacar: en ellas impera el derecho vigente más que las consecuencias de la razón o del «método», pero este procura guardarse, en el grado factible en tales condiciones, para una mejor exposición, ordenación y prestancia del régimen expuesto y establecido. No es de despreciar que, cuando Mayans habla de «instituciones», se refiere, respecto a su método, a «reglas» y «excepciones»: un «método» con «reglas» y «excepciones» será un método que, en lo sustancial, se pliega a la realidad de los privilegios consagrados por el derecho de la época, al contrario de un método que, conforme a razón, sólo

21. Véase en las referencias más extensas de M. Peset, *Una propuesta de código*, ps. 257 y 259 citadas.

22. Proyecto de reforma de las facultades jurídicas de 1772, citado por M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans*, p. 153.

23. Puede verse, más detenidamente, B. Clavero, *La disputa del método en las pos-trimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE en adelante), 48, 1978, ps. 309-334. También M. PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, en AHDE. 45, 1975, ps. 273-339, o su en parte equivalente «estudio preliminar» a G. Mayans, *Epistolario*, IV, ps. IX-XCV. Y recuérdese que el libro singular del *Corpus iuris civilis* del que se toma también, generalizándolo, el término de *Institutiones* presenta una entidad más doctrinal frente a la normativa del *Codex*; en ambos podía ahora valorarse por igual su relativo orden sistemático, pero cada término se definía virtualmente en un terreno jurídico diverso. Sobre la gestación y difusión de la principal escuela institucionista, R. FEENSTRA y C. J. D. WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the Civil Law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975, ps. 99-102 para su recepción en España.

entendería de reglas y de las consecuencias de las reglas, que no entendería, por sus propios imperativos «matemáticos», de excepciones, esto es, de privilegios. Y tampoco es de despreciar que, tratando del «código», Mayans haya hablado igualmente de reglas y de excepciones, ambas —apuntaba— «legítimas».

Pudiera ser que Mayans concibiera más limitadamente el juego de las «excepciones» para el caso del «código»²⁴, pero en todo caso el hecho significativo será el de la quiebra del método igualmente para las «instituciones» como para el «código»; aparte de su carácter doctrinal o «legal», tampoco bien resaltado en todo caso, ninguna diferencia sustantiva o «científica» se establecía entonces entre «instituciones» y «código»: se comprende que éste pudiera ser tanto «resumen del Derecho vigente» como «idea nueva»; se comprende que su concepción no haya de tener aquí otras implicaciones más sustantivas; se comprende, finalmente, que el tema del método no alcance aquella importancia básica, previa a todo, previa sobre todo al concepto de código, de aquel otro caso que veíamos.

E interesará saber que la diferencia sustantiva entre el método más empírico de las «instituciones» y el método más netamente racionalista del código no escapa a la época pese a la confusión más o menos interesada o más o menos consciente de la mayoría de los autores. El caso más significativo puede ser, algunos años después, el de la confrontación entre las pretensiones metódicas de Asso y De Manuel en sus «Instituciones» y la crítica más rigurosa de Jovellanos.

Aquellos primeros autores pretendían que su obra se ajustaba al «método geométrico» de la «demostración matemática»; Jovellanos, ante dicha pretensión, será tajante: «su principal defecto —dirá— es no estar escritas en método racionado y, por consiguiente, ni establecidos los principios generales del Derecho ni referidas a ellos las leyes como consecuencias suyas; circunstancia que es esencial... en un sistema científico»²⁵.

No es por ello de extrañar la forma como Jovellanos intenta fundar el orden jurídico: «la razón pura... es la única fuente de la ética y del Derecho natural» que debe ser a su vez «fuente y cimiento» de todo derecho; «la geometría... es la verdadera lógica del hombre»; la lógica debe fundarse en «ideas claras y distintas» conforme al método de «las ciencias matemáticas» o «exactas»: «único camino de elevar las ciencias intelectuales a la clase de

24. En la carta citada de 1754 (M. PESET, *Una propuesta de código*, p. 258): «El método que tomaría yo en trabajar sería éste. Ante todas las cosas me propondría delante todos los principios del Derecho Natural, después iría sacando consecuencias respectivas a la sociedad humana; de la relación de aquéllas a ésta iría concibiendo leyes; de las leyes formaría reglas; a las reglas daría pocas excepciones...»

25. GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS, *Carta al Dr. Prado sobre el método de estudiar el Derecho*, de 1795, en *Biblioteca de Autores Españoles* (BAE en adelante), t. L, ps. 145-148; para más detalle e ilustración del tema, B. CLAVERO, *La disputa del método*, ps. 310-313.

demostrativas». Como tampoco será de extrañar la relación de juristas a la que Jovellanos acude para dichos fundamentos: Grocio, Pufendorf y Wolff, esencialmente, o, sobre todo, a «la obra grande del Wolfio»; sus reservas religiosas ante dichos autores, aunque también sinceras, tendrían en principio bastante menos peso que en Mayans²⁶.

4. Las posiciones respectivas podían estar en principio bien delimitadas, pero no tanto, entonces, en el momento de su determinación o —mucho menos, ya lo veremos también— en el de su aplicación: sustanciar el método en código no podía ser algo muy factible cuando las «excepciones» a las «reglas» las imponía la misma realidad del derecho vigente, la realidad de los privilegios aun procedentes del orden medieval que transcendían a todos los ámbitos del sistema establecido: civil, mercantil, penal, político...

Aquellas netas posiciones de principio han podido quedar ya suficientemente reseñadas para el caso del sector racionalista o metódico: conocemos ya con ello las coordenadas por las que aquí se define la idea de código. Pero no menos neta resultará, por su parte, el establecimiento primario de sus posiciones en los sectores contrarios de la tradición escolástica. La Universidad de Salamanca, por ejemplo, se opondrá tajantemente a la misma enseñanza de las matemáticas, se opondrá, en general, a los «nuevos métodos» y, en particular, a «la lógica de Wolfio»; «en todas las Ciencias —proclamará su claustro— se suponen, no se demuestran los principios»: los fundamentos han de buscarse en los tópicos de la autoridad escolástica, de la doctrina tradicional, y no en el método de la razón humana²⁷.

En esta línea, Marín y Mendoza, primer «catedrático» español de «Derecho natural» (dicha primacía la había tenido en Europa, décadas antes, Pufendorf), haciendo una «historia» de su disciplina dirigida a descalificar su sustantiva y autónoma concepción racionalista; caracterizará así el «método matemático» de Wolff: «se camina por supuestos y definiciones, sin usar de término ni proposición que no esté antes confesado o convencida, y remitiéndose a las anteriores con que se enlazan para no dejar libertad al entendimiento»; o dirá en general de los metódicos que «fundado el tirano reyno de la razón, ya no consultan, para derivar el Derecho Natural, a los libros

26. Son diversos pasajes de su correspondencia y de sus planes de estudio entre 1790 y 1802; véase en BAE, t. XLVI, ps. 208-210 y 248-251, advirtiendo —p. 210— de «los errores en que han incurrido (Grocio, Pufendorf y Wolff) y los vicios que se conocen en su doctrina, que, aunque en general sea pura y recomendable, es en algunos puntos, poco conforme a nuestra creencia y a la moral cristiana»; y en p. 360: «siendo yo muy amante de las doctrinas del célebre filósofo alemán Cristiano Wolf...» Aun apreciándolos positivamente, Jovellanos, en su censura (BAE, t. LXXXII, ps. 54-55), se pronunció por la inconveniencia de la publicación de los escritos antes referidos de Campillo.

27. JUAN SEMPÈRE y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid 1785-1789, IV, ps. 211-214. M. y J. L. PESET, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*, Salamanca 1964, p. 47; *La Universidad*, ps. 218 y 323. JUAN VERNET, *Historia de la ciencia española*, Madrid 1975, p. 141.

Sagrados, desprecian los Santos Padres, los Theólogos, los Escolásticos y Jurisconsultos». La razón es la tiranía; la libertad, la tradición escolástica de la jurisprudencia establecida²⁸.

Precisamente, y de forma no poco significativa, en esta línea se sitúa expresamente el jurista que llevó a cabo, a finales del siglo XVIII, la empresa más amplia de repertorio y recopilación del derecho de la época; de recopilación, no de codificación. Este autor —Pérez y López—, que recopila derecho vigente con completo desprecio por los imperativos metódicos de la cultura ilustrada, pretenderá reducir todo el problema sustantivo de razón y método a una mera cuestión formal de orden y concierto: el mismo orden alfabético puede servir de método²⁹. Y este mismo autor publica, en defensa de la tradición, unas «conversaciones» sobre el derecho cuya posición de fondo puede sintetizarse en la gráfica exclamación de uno de sus personajes: «El método de Wolfio, ese herejote»³⁰. La oficial Novísima Recopilación de 1805 no vendrá a situarse, según veremos, en un campo diverso.

Pero no nos interesan aquí tanto las ideas personales de Pérez y López como, tan sólo, la expresión en este autor de la idea de recopilación. Y la misma se nos manifiesta como una idea no sólo premetódica, sino definida y afirmada también ahora en el campo antimetódico; y ello por una razón bastante sencilla: la recopilación no precisaba de método porque en ella no se fundaba el derecho ni se concebía tal posibilidad de fundación; la recopilación había de repudiar el método por cuanto éste, con su intrínseca vocación fundacional, podía entonces, en un cuerpo legislativo, suplantar a la doctrina que tradicionalmente definía y desarrollaba los principios más generales del orden constituido. Por ello, por defenderse la supremacía de la doctrina —lo que luego veremos en el mismo caso de Pérez y López—, se representaba y ponía en práctica esta idea de recopilación como especie de con-

28. JOACHÍN MARÍN (y Mendoza), *Historia del Derecho natural y de Gentes*, Madrid 1776 (hay reed. 1950), ps. 45 y 56. Frente al «método escolástico» o «magistral» que defiende, distingue Marín y Mendoza el «axiomático» de Heinecio, el «científico» de Hobbes y el «matemático» de Wolff, pero no logra caracterizar con verdadera distinción dichas variantes.

29. ANTONIO XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*, Madrid 1791-1798, I, ps. VII-LVIII. La historia de los cuerpos romanos es aquí el tema del «origen, formación y método de los Códigos Civiles»; y las Partidas o el Ordenamiento de Alcalá son «Códigos legales» o «nacionales»; presentándose este monumental «teatro» como recopilación necesaria, por atenderse a los anteriores «Códigos civiles, canónicos y los Reales de Castilla e Indias», para, con todo este material histórico, «hacer un nuevo Código». Pérez y López también vivió de forma muy estrecha las peripecias del plan de Olavide en la Universidad de Sevilla, mas contándose entre sus enemigos.

30. *Conversaciones críticas e instructivas sobre el estudio de los Derechos civil y canónico de las Universidades, compuestas por el autor del Teatro de la Legislación*, Madrid 1795. Sobre ello, B. CLAVERO, *La disputa del método*, ps. 319-320 y 327-329.

fección de «cuerpos legales» mediante, sustancialmente, un acarreo de textos históricos de la más diversa procedencia, o incluso del carácter más heterogéneo; cuerpos a los que no les era factible acceder a la formulación de un sistema que, fundado en sí mismo, evitara el recurso posterior a otras fuentes históricas no recopiladas. La idea de recopilación que, con todo, habían justamente de repudiar quienes reclamaban un código más metódico.

Por ejemplo, el periodista Clavijo y Fajardo: «el cuerpo de Leyes que está hoy en vigor en esta Monarquía es una Librería inmensa»; «así por su extensión como por su obscuridad y language se han hecho (las Leyes) una intrincada y exorbitante Librería». «Las Leyes Patrias —podrá decir igualmente— forman ya muchos y grandes volúmenes. Como no se hicieron las Leyes de una vez, sino según la ocurrencia de los sucesos... la mayor parte son colecciones de las resoluciones que se tomaban en las cosas particulares», formadas por lo común, además, «en tiempos de costumbres enteramente distintas y opuestas a las nuestras». Propiamente hablando, con todo ello, para este autor los capítulos de las recopilaciones o las normas vigentes ni siquiera habrían de merecer el calificativo de «leyes»: son «providencias» o «estatutos», no «leyes... formadas de planta para una Nación con conocimiento del physico y moral de su constitución», lo cual viene a conectarse con su justo concepto de código que luego veremos³¹.

La ley del código no será la ley de la recopilación: ésta se subordinaba a la doctrina y a la historia mientras que aquella se impondrá sobre ambas; de aquí que la recopilación no sólo podía ser un cuerpo de escasa sistemática, mucha casuística y casi nula generalidad en sus disposiciones, sino que, incluso, estaba obligada a serlo, al contrario justamente de lo que habrá de definirse en el concepto de código, según todavía tendremos que ver

5. Las posiciones estaban inicialmente claras: la recopilación en el campo antimetódico y el código en el terreno del «método científico»; pero en este mismo terreno de la determinación más primaria del método —todavía no en el de su aplicación— alguna confusión de principio podía provenir en la misma época del lado religioso, y ello particularmente desde el momento que la demarcación por razón de método no se correspondía con la correspondiente a la religión.

Sempere, el mejor notario de la literatura de la Ilustración española, que por una parte constata cómo «los principales Autores extranjeros que han escrito sobre esta Ciencia (el Derecho natural), Grocio, Pufendorf, Barbeyrac, etc., están prohibidos», por otra parte hace notar en la recepción de la literatura foránea cierta contradicción: «como las preocupaciones de las Escuelas —escribía— tienen tan extrañas contradicciones, los mismos Cuerpos que no repararon en admitir a un herege legista, qual fue Arnoldo Vinnio,

31. JOSÉ CLAVIJO Y FAJARDO, *Sobre la necesidad de formar un cuerpo de Leves completo en el idioma patrio y corriente*, ps. 76, 82, 84 y 86, en *El Pensador*. t. II, 1762, «Pensamiento XVI», ps. 61-92.

tendrían mucho reparo en abrir la puerta» a otros científicos o juristas igualmente heterodoxos³²; contradicción que de suyo sólo derivaba de concebir conforme a coordenadas religiosas —las que presunta, no realmente, aplicaban los censores³³— una confrontación de tendencias constituidas de hecho respecto a otros índices.

La misma supuesta contradicción sólo expresaba, al fin y al cabo, el verdadero trazado de la línea de demarcación: ésta no radicaba en la religión (Vinnio, como otros juristas protestantes de gran influencia y autoridad en países católicos, era uno de los máximos exponentes de la tendencia institucionalista ya conocida), sino en la ciencia, en la razón, en el método; la propia ciencia natural se veía comprometida en esta facción de la confrontación jurídica (en Newton personalizaba Sempere la otra heterodoxia que era objeto de rechazo) por cuanto que representaba la misma razón del iusmetodismo³⁴, o por cuanto que, realmente, había generado y podía por ello representar más eminentemente el tipo de razón y de método que en el derecho entraba forzosamente en conflicto con el orden vigente de la época. En el rechazo de las matemáticas, según ya vimos, podía por ello confluír el rechazo tanto de la ciencia moderna como del «derecho natural» de la razón.

Cuando en la Ilustración se insiste, frente a la «escolástica», en el método o en la razón —o en el «derecho natural» correspondiente, en el iusme-

32. J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, II, p. 3 y VI, p. 133. En todo caso, los juristas modernos aceptados no dejaban de sufrir censuras y correcciones en su recepción: está por hacer el estudio del alcance de las mismas en los casos principales de Vinnio y Heinccio. En general, puede verse MARCELIN DEFURNEAUX, *Inquisición y censura de libros en la España del siglo XVIII*, Madrid 1973; SAGRARIO MUÑOZ CALVO, *Inquisición y ciencia en la España moderna*, Madrid 1977, ps. 195-224.

33. El mejor exponente de dicha composición en nuestro tema resulta, desde luego, la «historia» citada de Marín y Mendoza, según justamente ya la presentaba J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, IV, p. 11: trata «de los escritores más famosos en ella (la ciencia del Derecho Natural), Grocio, Seldeno, Hobbes, Puffendorf, Thomassio, Heinccio, Wolfio, Watel, Burlamaqui, Felice, Montesquieu, Linguet, Rousseau, notando los vicios en que han incurrido más frecuentemente todos ellos, y señalando los medios para conocer los autores sospechosos y los mejores escritores católicos que los han impugnado».

34. El mismo Newton no había dejado de concebir en su universo matemático un «derecho dictado a la humanidad por la luz de la razón»; puede interesar sobre el tema CHRISTOPHER HILL, *Reason and reasonableness y Sir Isaac Newton and his society*, en *Change and continuity in 17th-century England*, Londres 1974, ps. 103-123 y 251-277; y para una noticia y ponderada valoración de la tradicional polémica sobre la incidencia social del protestantismo, en esta misma colección de estudios de Hill, *Protestantism and the rise of capitalism*, ps. 81-102. En el I Congreso de la Sociedad Española de Historia de la Ciencia, celebrado en Madrid en diciembre de 1978, presenté una comunicación —*Razón científica y revolución burguesa*— subrayando estos particulares; de las actas de dicho congreso también habrá de interesar a nuestros efectos la ponencia presentada por J. L. PESET y ANTONIO LAFUENTE, *Ciencia ilustrada e historia de la ciencia* Más en general, para una amplia noticia de las diversas valoraciones de la incidencia en la Ilustración de la ciencia natural, puede acudirse ahora a la antología de ANTONIO SAN- TUCCI, *Interpretazioni dell'Illuminismo*, Bolonia, 1979.

todismo o en el iusracionalismo—, se está reivindicando una autonomía para el derecho frente a cualquier religión, católica o protestante, frente a una religión que presentaba todavía, en uno y otro caso, importantes implicaciones jurídicas, por no decir que remotamente, mediante la referida escolástica, seguía aún imperando en el orden jurídico; y no cabía desde luego concebir un código racionalmente metódico para un derecho doctrinalmente —religiosamente— heterónimo, para un derecho en el que, con ello, no cabía, ni aun tras todo el empeño legislativo de las monarquías ilustradas, una verdadera fundación constituyente como la que hubiera de requerir dicho establecimiento.

Nuestro máximo recopilador, Pérez y López, puede testimoniarnos todo lo dicho: para él, la religión revelada, frente a la razón humana, es el último fundamento del orden jurídico. «Todos los hombres y Pueblos —escribirá— que se han separado de la revelación en estos tres puntos (Derecho Natural, Religión y Política), o se han sepultado en la ignorancia, o han caído en errores y contradicciones. Esta verdad, confirmada por la experiencia de siete mil años, prueba: que el hombre no tiene fuerzas ni luces naturales para el conocimiento y práctica de sus obligaciones». «El Orbe —proclamará— es el gran Código de la ley natural», principio que lógicamente desglosará a su modo: tal «Código» es la revelación de Dios a través de «la naturaleza física», no de la «naturaleza corrompida» del hombre mas tampoco de una naturaleza general conforme a la ciencia de la época; su idea de «la naturaleza» —y del correspondiente «derecho natural»— se subordina a revelación y autoridad escolástica: a través de ella éstas se manifiestan y se justifican³⁵.

En nuestra coyuntura —de ella sólo tratamos—, toda religión positiva —esto es, basada en revelación y autoridades escolásticas— podía erigirse fácilmente contra la razón —el método, el código, la ciencia...—, lo cual aquí se hacía fuertemente valer, acentuándose sus principios de antropología pervertida, por la religión católica imperante en la forma falaz de su defensa ante otras religiones. Mas no era tal el conflicto religioso, según decíamos, sino un medio de confrontación entre el orden jurídico vigente con su correspondiente escolástica y un sistema diverso concebido por el método y encerrado en el código.

No es de extrañar, con todo, que unos mismos argumentos se apliquen tanto al derecho como a la religión: el Plan de Olavide, expresamente, opera de esta forma³⁶; aunque, en realidad, no se trataba de la aplicación de unos

35. A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios del orden esencial de la Naturaleza, establecidos por fundamento de la Moral y Política y por prueba de Religión*, Madrid 1785, ps. I y XIV, y en ps. 137-154: «De la religión revelada como medio de restablecer el orden y mantenerlo en el estado de la naturaleza corrompida». Cuyos motivos, según bien se sabe, se desarrollarán especialmente tras los acontecimientos franceses de 1789.

36. P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, ps. 151-153; e interesa la forma como se admite aquí universitariamente la teología: «en las verdades que esta ciencia abraza no tienen lugar los conocimientos naturales», y «natural» era el derecho metodista; la cuestión con-

mismos argumentos a dos realidades distintas, sino de hacerlos igualmente valer respecto a las dos vertientes de una misma realidad. Como la religión estaba comprometida, desde los tiempos medievales, en el establecimiento y conservación del orden constituido, el derecho debía ahora autonomizarse de la religión para poder concebirse y producirse el momento constituyente del nuevo código. Lo cual, al fin y a la postre, sólo era un aspecto más de la neta demarcación metódica del código que ya conocemos.

6. Pero la distinción neta de la idea de código no sólo había de producirse respecto a la escolástica más tradicional; entre uno y otro extremo, según ya sabemos, se situaba en esta época una corriente más o menos intermedia que venía eminentemente representada por la literatura o el género institucionista. Aparte las cuestiones de consecuencia del método que, al tratar de su aplicación en el código, todavía tendremos que considerar, un elemento diferenciador podría particularmente mediar entre la idea propia del código y el proyecto análogo que se sustanciaba entonces más fácilmente en las «instituciones», y este elemento es el del carácter doctrinal de éstas frente al carácter, al menos vocacionalmente, «legal» o positivo de aquél.

Algunos autores que no representan precisamente la noción racionalista de código, podrán hablar de «códigos» doctrinales; así, por ejemplo, Mora y Jaraba, quien propone la idea de un «Código teórico-práctico» que se define, como nuevo «Digesto», en un terreno doctrinal común al de las «instituciones»³⁷; y esta forma de representarse un «código» no podrá tener buena acogida en los sectores más decididamente racionalista (ya vimos que, precisamente en lo que tenía de recelo ante el racionalismo, Mayans tendía a situar en un mismo campo doctrinal al «código» y a las «instituciones») por la simple razón de que no eran totalmente inconscientes de las modificaciones sustantivas que el método del código había de implicar en el dere-

sistía necesariamente, para concebirse el código, en escindirse el orden jurídico del religioso, efecto que ciertamente favorecían algunos protestantismos.

37. Véase M. PESET, *Una propuesta de código*, ps. 245-246: es la propuesta concreta, de 1748, sobre la que versa este trabajo. Y, en línea análoga, la más oficiosa idea de un «Código Ferdinando o Ferdinandino» contenida en una representación a Fernando VI del marqués de la Ensenada (notificada por J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, I, ps. 88-91; y editada por ANTONIO RODRÍGUEZ VILLA, *Don Cenón de Somodevilla*, Madrid 1878, ps. 112-142: se reduce a una «nueva Recopilación» en forma de «Instituciones») a cuya consulta respondían los primeros pronunciamientos sobre el tema de Mayans ya conocidos. En el caso concreto de Mora y Jaraba, este autor reducía el alcance de la obra de Muratori en la que se apoyaba: *Defectos de la Jurisprudencia*, trad. de Vicente M.^o de Tercilla, Madrid 1794 (la primera ed. italiana es de 1742), más cercana a la idea, que ahora veremos, de un «código» ilustrado; véase ENRICO PATTARO, *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica*, Milán 1974, ps. 103-108; y para los proyectos italianos que pudieron tener aquí particular influencia en tiempos de Carlos III, RAFFAELE AJELLO, *Diritto e politica nel Settecento italiano*, Nápoles 1976, ps. 27-108, con puntualizaciones muy oportunas —que luego por nuestra parte consideraremos— acerca de las sustantivas limitaciones en la época, pese a todas las imágenes de «absolutismo», de una «potestad legislativa» —y por tanto codificadora— de las monarquías.

cho entonces vigente; su vía de definición por ello habría de ser finalmente normativa, no doctrinal: el código habría de introducir el método en el derecho; en él habría de fundarse éste; por ello, el código había de ser norma, no doctrina.

Meléndez Valdés se acercará a esta especie de constatación. En 1791, inaugurando la Audiencia de Extremadura, dedicará parte de su discurso a nuestro tema; en particular, sobre el derecho civil dirá: «Por desgracia es esta parte (de las leyes civiles) la más imperfecta, la más oscura, la menos combinada en todas las naciones; y dondequiera que volvamos los ojos, alumbrados de la antorcha segura de la filosofía, no hallaremos sino continuos tropiezos y peligros. Casos en lugar de principios, ratiocinios falsos autorizados como dogmas legales, opiniones particulares erigidas malamente en leyes, doctores y pragmáticos en continua contradicción... La patria potestad y las tutelas —proseguirá—, las dotes y los pactos nupciales, los contratos, las disposiciones postrimeras, los intestados luctuosos, las servidumbres, la penal prescripción, las partes en fin todas del Código civil, ¿por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltos más y más, y confundidos por esa serie bárbara de glosadores y eternos tratadistas, y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y experiencias, a pocas leyes, claras, breves, sencillas...?»³⁸.

Y Meléndez Valdés prosigue de forma que parece indicar su conciencia de las razones por las que no había de resultar entonces fácil acceder a este código de «leyes claras, breves y sencillas»; prosigue aplicándose a la crítica de los «privilegios y escepciones» (amortización), «vinculación», «corporaciones», «variedad de jurisdicciones», «fueros»...) que obstaculizan tan elemental programa, que dan lugar a que en el derecho haya «todo menos unidad y sistema», no haya «por principios un sistema fijo de unidad»³⁹.

En esta otra perspectiva de un derecho sistemático y unitario, no sometido a los particularismos de los privilegios, no deja de señalarse su conexión «científica»: desde el siglo pasado —se nos dice— «las ciencias positivas, las abstractas, las artes más difíciles han logrado elevarse por concepciones y experiencias tan atrevidas como nuevas a una esfera tan alta que apenas el ingenio alcanza a contemplarlas, pero sacudieron el yugo de la autoridad y la costumbre, y osaron trabajar sobre sí propias para aumentar así sus ricos fondos y llegar a la perfección en que las vemos. Otro tanto —se agrega— debió hacerse con la ciencia augusta de dirigir y gobernar al hombre. Cada pueblo... debe ser legislador de sí propio y dictarse las leyes que deben gobernarle», puntualizando a continuación que, precisamente porque en la his-

38. JUAN MELÉNDEZ VALDÉS, *Discurso de instalación y apertura de la Real Audiencia de Extremadura* (27-IV-1791), ps. 257-258, en *Discursos forenses*, ed. de MANUEL JOSÉ QUINTANA, Madrid 1821, ps. 229-271 (no se encuentra en la edición de sus *Oraciones forenses*, Madrid 1926).

39. J. MELÉNDEZ VALDÉS, *Discurso*, ps. 247, 260-261 y 265.

toría no había sido nunca así hasta el momento, todos los «códigos criminales» conocidos hasta el día son tan «dañosos» y «deficientes»: «ninguno ha sabido ser original», esto es, romper con la historia; y generaliza: «Abramos si no nuestros códigos y hallaremos a cada paso palpable esta verdad»; en realidad, falta «un código verdaderamente español y patriota»⁴⁰.

Nuestro término de «código» aparece aquí ante todo con un doble valor: libros de derecho vigente («nuestros códigos») y conjunto de disposiciones vigentes para una determinada materia con independencia de su sede material («Código civil»); de un tercer sentido, como modelo de un futuro derecho («código español y patriota»), podemos prescindir ahora, pues nos interesan los caracteres de vigencia de presente de aquellas acepciones más reiteradas y operativas. Nuestro término se refiere ahora esencialmente a un derecho vigente, incluida la doctrina en la medida en que era entonces derecho positivo; el cúmulo de volúmenes aplicables en el momento a materia civil era el «Código civil»⁴¹; y código es, en todo caso, derecho positivo⁴².

Y valórese ahora aquel tercer sentido que en último término se eleva sobre los anteriores: sigue siendo un concepto de derecho positivo —de futuro, pero positivo—, resultante de someter a razón —a sistema, a unidad— los conceptos anteriores, accediéndose así a un código de «leyes claras, breves y sencillas», y sólo ahora de leyes, excluida con él la doctrina —«doctores y pragmáticos»— del ámbito del derecho positivo⁴³. El código que final-

40. J. MELÉNDEZ VALDÉS, *Discurso*, ps. 252-253 y 255. Por esta época (aunque no pudiese publicarse hasta después de 1808), un interesante texto de un médico subrayaba la vinculación entre ciencia natural y derecho potencialmente liberal: RAMÓN LÓPEZ MATEOS, *Pensamiento sobre la razón de las leyes derivada de las ciencias físicas, o sea, sobre la filosofía de la legislación*, Madrid 1810; en p. 93: «A lo preciso de sus términos y a lo metódico y demostrado de sus principios deben sin duda las matemáticas su progreso y su certeza... Es absolutamente indispensable analizar, pero no una análisis química y sin precisión, no una análisis en que intervenga aquella lógica disparatada de un insolente escolasticismo».

41. En el sentido por el que más tarde, tras 1808, ya allí con unas connotaciones de moderación que luego veremos, podrá hablarse de «códigos» vigentes, sin referencia a libros concretos, sino al régimen establecido de cada materia; antes de la codificación; así la Junta Central podrá concebir como tareas pendientes en 1809 las «reformas que hayan de hacerse en los códigos civil y criminal y mercantil» (véase en MIGUEL ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid 1959, I, p. 233).

42. Este mismo efecto podía haberse producido por el simple uso común de nuestros términos, conservándose el sentido positivo de *Codex*, pero ello, al no mediar en otros casos la elaboración que aquí vemos del concepto, no tendrá mayor significación; así DIEGO TORRES VILLARROEL en 1743: «Mantúvolos (a los nobles) la codicia y la violencia en el tirano señorío hasta que ellos propios hicieron leyes, códigos y pandectas para hacer hereditaria la rapiña» (lo cita —fue pasaje censurado en la época— I. M. ZAVALA, *Clandestinidad y libertinaje*, p. 254). Y conviene recordar estas posibilidades para no sobrevalorar cualquier aparición de nuestro término en la época.

43. Este punto, que resulta de lo anteriormente citado, no queda en todo caso enteramente claro en el conjunto del texto de Meléndez Valdés, por cuanto —tal vez la ocasión del discurso, tal vez una conciencia más sustantiva de la inviabilidad en el momento (1791) del código por vía estrictamente legislativa— en el mismo se tiende a

mente de este modo se propicia resulta exactamente el género racionalista y preceptivo de cuya definición había de tratarse; resulta el código constituyente y normativo que puede fundar todo un nuevo sistema.

Normativo y constituyente era también —ya en 1762— el concepto de código en Clavijo y Fajardo, a cuya consecuente crítica del derecho histórico antes ya nos referimos. Para este autor, el «Código de nuestra Nación» habrá de ser un «cuerpo metódico» de leyes, un conjunto de leyes «reducidas a un cuerpo breve y ordenado»; mediante tal código podrá juzgarse «por reglas de razón», y el mismo permitirá «que hasta el último hombre del Pueblo conozca sus derechos». La razón del código —«la razón natural»— requiere algo bien tajante: «que se abrogasen enteramente todos esos volúmenes inmensos (de derecho histórico vigente) y se formase un cuerpo de Leyes completo»; los principales problemas jurídicos del momento proceden «de que jamás se ha pensado en la Nación hacer de golpe para ella un cuerpo completo de Leyes que la rijan»⁴⁴.

El concepto puede estar con todo claro —la determinación del método en la idea de código—, pero con ello dista mucho de estar todo resuelto: los mismos problemas de aplicación del método habrán de interponerse, en la época, ante la propia afirmación del concepto; y este es tema que merece considerarse, dada su significación, no ya respecto a una puesta en práctica de la codificación que, según ya advertimos, no íbamos a considerar, sino, más general y primariamente, respecto a la propia formulación y precisión de la idea de código.

7. Las posiciones de principio, con todo, podían quedar claramente formuladas, de forma que no escapaba su radical diversidad a las inteligencias más perspicaces, en uno u otro bando, de la época. Pero otro es el caso, según decimos, del mantenimiento de tal distinción en el momento de concretarse ulteriormente la idea o el concepto, en el momento sobre todo en que los juristas metódicos procuraban hacer operativas para su propia época las luces de sus principios.

Un jurista de tal tendencia intenta ya ofrecer, hacia 1770, una concreta «idea de un nuevo Cuerpo legal»; nos referimos a Alonso de Acevedo⁴⁵.

considerar una vía judicial de introducción del nuevo sistema; ello, según creemos, si puede por supuesto interesar a otros efectos, no afecta a la sustancia de nuestra consideración.

44. J. CLAVIJO Y FAJARDO, *Sobre la necesidad de formar un cuerpo de Leyes*, ps. 74, 75, 82, 85-88 y 91, con cierta salvedad (p. 85): «a excepción de las (leyes) de Partidas, obra digna de los mayores elogios y que con dolor vemos olvidada». La información de este autor canario puede reflejarse en detalles como el de utilizar «Derecho Común» en el sentido de *common law* y no en el de *ius commune*.

45. *Idea de un nuevo Cuerpo legal por el Dr. Alonso de Acevedo*, Real Academia de la Historia, Colección Sempere, I, ff. 1-47. Daba cuenta de este ms., resumiendo alguno de sus términos —no de los más interesantes—, el propio Sempere, *Ensayo de una biblioteca*, I, ps. 80-84; localicé el texto mediante RAMÓN CARANDE, *Catálogo de la Colección de manuscritos e impresos de ciencias económicas y jurídicas de don Juan Sem-*

Sus principios estarán claros; no tanto —y por culpa del objeto, no del autor— su desarrollo. Veamos.

Acevedo pondera inicialmente la necesidad, frente a los estados de «despotismo y tiranía», de unas «leyes fundamentales» que sujetan al derecho «a los dictámenes de la razón y de la equidad»; y alegando expresamente la autoridad de Pufendorf, escribirá: «El hombre es hombre y es ciudadano como hombre, sólo sujeto al derecho de la naturaleza; como ciudadano, a las leyes de la República; y, pues él abandona sus particulares intereses, sofoca sus deseos y domina sus pasiones por el bien de la República, justo es que en premio se le conserve en la posesión de sus derechos», que a ello responda sustancialmente un orden civil que ha de ser ante todo «ley»⁴⁶. El hombre, como tal, es hombre —persona o sujeto— para el derecho; el hombre en general, sin discriminación o excepción alguna de principio, es el sujeto del derecho y sujeto de obligaciones que han de guardar correspondencia con sus propios derechos. Tema, ciertamente, propio de Pufendorf; pero tema, también y sobre todo, de Wolff⁴⁷; tema, en todo caso, básico del «derecho

pere Guarinos, Madrid 1955, p. 54. De orientación análoga a la de Acevedo, pero de idea más doctrinal que propiamente normativa, será el proyecto posterior más conocido de MANUEL MARÍA CAMBRONERO, *Plan de una obra de Jurisprudencia nacional* (1803), ed. en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 13, 1858, ps. 5-25 y 161-169. No se sitúa en cambio en esta perspectiva, sino en la de la recopilación tradicional, el texto de mediados del XVIII publicado por JOAQUÍN CERDÁ, *Advertencias para la formación de la Novísima Recopilación*, en AHDE, 23, 1953, ps. 659-676. Y no parece haber concepto alguno de código, conforme a lo que dice R. GIBERT, *La codificación civil*, p. 908, en GONZALO DE RIOJA GARCÍA HIDALGO Y VALLADARES, *Compendio para la formación de un código a imitación de los publicados en las Cortes de Nápoles y Prusia que destierre los abusos introducidos en los Juzgados de España, facilitando el breve despacho de las causas y pleitos, y reforme algunos reparos que impiden la pronta Administración de Justicia*, Murcia 1753; como tampoco, al parecer (véase AHDE, 5, 1928, ps. 519-520), en un proyecto de *Código hispánico católico fernandino* presentado en 1758 al Consejo de Indias por FRANCISCO JAVIER ALVAREZ DE LAMA. Por otra parte, J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, I, p. 92, informaba de un concurso de la Academia de Santa Bárbara *Sobre la necesidad de un nuevo Código legal y las reglas que podrán adoptarse para su formación*, del que no tengo más noticias.

46. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, f. 3.

47. Frente a quienes no faltarán las reservas genéricas de rigor; f. 18 v: «Grocio Puffendorf, Barbeyrac y otros que obscurecieron en gran parte el derecho de Gentes...» Y lógicamente no nos interesa aquí la genealogía de estos motivos en sí misma, sino tan sólo subrayar sus fuentes doctrinales más inmediatas con cuya sola designación nominal de autor se entendía entonces designado todo un sistema sustantivo, a veces con cierta injusticia respecto al autor que así se significaba, como en el caso de Grocio; y podrá ser interesante constatar, para comprenderse su constante presencia entre los iusmetodistas, que los comentaristas de Grocio, desde el mismo siglo XVII, desarrollaron en dicha línea su obra, proyectándose en ella sus propias posiciones: véase ROBERT FEENS TRA, *Grocio y el Derecho privado europeo*, p. 618, en AHDE, 45, 1975, ps. 605-621; tal vez ello derivase de la misma inconveniencia política (la religiosa era aquí compartida) de recurrirse directamente en la Europa continental a las obras más concluyentes y mejor fundadas en esta línea de la inteligencia inglesa, de un Hobbes o de un Locke. Pero, como decimos, son estas cuestiones que trascienden nuestro actual objetivo.

natural» racionalista, fundamental para la concepción de un código sistemático o metódico, de un código que podría así consecuentemente desenvolverse a partir de la unidad de su sujeto. Y tema por sí mismo subversivo del sistema de privilegios, de discriminaciones consagradas por el derecho aún vigente en la Europa continental del siglo XVIII.

Pero Acevedo quiere ofrecer una «idea» práctica del «nuevo Cuerpo legal», algo que resultara factible o viable en el mismo sistema vigente; por ello, la concreción de sus principios va pareja con la introducción de inconsecuencias: «La Ley obliga al Noble, al Plebeyo, al Sabio, al Idiota, al Artesano, a toda clase de gentes... De la Ley depende la justicia y la validez de los contratos, de los testamentos; de ella constan los privilegios del soldado, del profesor de las ciencias, los derechos del comerciante y las obligaciones del Agricultor y del Artífize, los honores del Hidalgo y las cargas del Plebeyo, en fin, ella mantiene a cada uno en su estado y contradize la violación y usurpación de sus derechos...»⁴⁸. El panorama viene a cambiar bastante: ya no el hombre, sino los estados o clases jurídicas; se partía de un principio consecuente con los primeros fundamentos: el derecho es ley, y ley que obliga igualmente a todos; pero se concluye en otro punto: la ley no es igual para todos, sino que viene precisamente a garantizar la desigualdad; la igualdad de su vigencia, dada su concreta entidad, es desigualdad; lo que era el derecho general se ha pluralizado o particularizado al emerger los privilegios: «honores del Hidalgo y cargas del Plebeyo».

Lo que ahora interesa resaltar es simplemente que todo ello no ha de atribuirse al capricho de un autor, puesto que es una operación precisa en orden a una pragmática representación de un concepto codificador plausible dentro del sistema entonces vigente; ahí concluía la consecuencia de la razón, del método, y comenzaba la imposición de la realidad, del privilegio. Gracias a ello, Acevedo puede ya pasar a continuación a una consideración detallada de los problemas que entonces planteaba la confección de tal «cuerpo legal».

Y Acevedo puede pasar así a considerar problemas de fuentes medievales, pero todavía vigentes, y problemas de recopilaciones modernas, procurando orientarse entre todo este ingente material con la ayuda de sus propios principios («muchas son las leyes, varias son las compilaciones, pero esta multitud y abundancia nos escasea las noticias más importantes del derecho» que puede en cambio aportar «el Derecho natural», del cual «dependen las leyes de la sociedad y civilización en las disposiciones sobre contratos, últimas voluntades, comercio... y en todo lo que le liga —al hombre— como hombre, como ciudadano y como miembro de la República», en el cual «estriba el derecho cibil o municipal de cada Reino») ⁴⁹.

48. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, f. 5.

49. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, ff. 5v-6r, preguntando: ¿se podrá «esto aprender en nuestros vastos y multiplicados volúmenes legales»? y respondiendo que éstos sólo rendirían en las cuestiones básicas «confusión y obscuridad», «el laberinto más enredoso, el cañal más profundo e impenetrable».

Pero, para ser efectivos, se tratará, sobre todo, según decíamos, de considerar las fuentes vigentes, y en particular, lógicamente, su última Recopilación oficial (la edición de 1745 de la Nueva Recopilación de 1567): «La mayor parte de la Recopilación y Autos Acordados —hará constar— está poblada de leyes inútiles o por su antigüedad o por su costumbre o disposición contraria», no apareciendo en ella en caso alguno los «principios, decisiones y sequelas» del derecho natural⁵⁰; frente a esto —seguirá considerando— habría que «unir todas las leyes vivas y reducirlas al menor número que se pudiese», reduciéndolas a la par al texto más «breve» posible⁵¹. E insiste Acevedo en que de la historia (esto es, entonces, de las propias fuentes históricas vigentes, de las que se destacan algunas, sobre todo aquí las Partidas, a interpretar convenientemente a tal efecto) pueden inferirse estas «leyes», este «cuerpo», que se precisa: «en las historias de nuestra Nación se encuentran exemplares que funden la decisión más justa, sólo falta que el soberano las forme y las promulgue», agregándose que, de no procederse a ello, «será raro el Letrado que en los casos que ocurran pueda dar dictamen racional»⁵². La razón en último término, aunque se disfrace de historia para poder pasar por derecho vigente, quiere situarse, pese a todo, en la base del «cuerpo legal» positivo: «Feliz Nación si llegara a poseer una colección que se franquee con claridad y concisión los más inviolables y unibersales principios de los derechos de la Naturaleza»⁵³.

De hecho, el texto de Acevedo consiste sobre todo en una crítica consideración extensa y bastante detallada en ocasiones de las principales fuentes del derecho castellano⁵⁴, pero no es esto particularmente lo que aquí nos interesa, sino sus planteamientos y objetivos que venimos reseñando: y el planteamiento de dicha consideración responde precisamente al objeto de clarificar el panorama para que, en base a las fuentes que se hubiesen demostrado de más incontestable vigencia y —sobre todo— de un más apreciable valor de sistema o de método, pudiera procederse a la elaboración de un «cuerpo legal» que, dentro de lo que resultare factible en tales condiciones, pudiera informarse de motivos racionalistas.

Ignoro si tiene alguna significación, en el caso concreto de Acevedo, el

50. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, f. 11 v, habiendo afirmado previamente —f. 10 v— que, si se intentase sin más aplicar la última Recopilación, se cometerían «los absurdos más irregulares», sería cosa de «capricho y fantasía».

51. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, ff. 11 y 13 r., pasando a continuación a considerar materias de derecho público y, en menor medida, mercantil, procurando proyectarlos en un remoto pasado que habría quedado «sepultado en el olvido y en el silencio» por las recopilaciones no metódicas.

52. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, f. 25 v.; respecto a las Partidas, en las que particularmente quiere basar —«abreviadas»— su proyecto, ff. 29r.-36r.

53. A. ACEVEDO, *Idea de un nuevo Cuerpo*, f. 46 v.

54. Aunque no deja de advertir —ff. 9 v. y 17 v.— que «infinito sería si quisiere nombrar todas las leyes inútiles, abolidas, derogadas, inadactables al sistema actual de gobierno» o al «sistema actual de comercio».

hecho de que no hable de «código»; pudiera imaginársele con escrúpulos por no aplicar este término a un «cuerpo legal» que, con tales servidumbres de fuentes históricas y privilegios establecidos, no podía ser en toda su consecuencia metódico y racionalista, pero esto es difícil por la misma laxitud que se nota en la época en el empleo del término⁵⁵. En todo caso, es de consignar que el uso de llamar «código» al tipo de proyecto que plantea Acevedo es general en la época: y como «códigos», particularmente, se conocieron, y como tales en casos también se promulgaron, los cuerpos de esta especie más híbrida en los países donde llegó a concluirse su empresa durante el siglo XVIII⁵⁶; «códigos», ciertamente, en cuanto que respondían a una inspiración metódica y racionalista, en algunos casos aún con estrecha intervención de juristas significados en esta línea, pero no tanto en cuanto que también respondían, y esto sustancialmente, a las inconsecuencias sistemáticas y metódicas de los privilegios históricos no superados: las mismas críticas que antes se dirigían a las «instituciones» doctrinales podían volverse contra estos «códigos legales». Mas, en cualquier caso, mientras que no se superaron los privilegios y la realidad no daba para más, dichos textos positivos fueron la máxima aspiración de muchos juristas metódicos, y los mismos, aunque no respondieran consecuentemente a sus principios, se estimaban sin grandes reservas entre ellos. La idea de código en la Ilustración pasaba por estos «códigos».

El hecho es que Acevedo, aun no aplicando el término, ha representado la idea de código más usual en la época, una idea que aquí, como en otras latitudes de la Ilustración jurídica, se concibe, pero que aquí, al contrario que

55. Así, y más general, es el uso de Jovellanos, al plantear en su discurso de ingreso en la Academia de la Historia (*Sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia* —de 4-II-1780—, en *Obras en prosa*, ed. J. Caso González, Madrid, 1970; ps. 71-102; en versión menos desarrollada, también en BAE, t. XLVI, ps. 288-298) una empresa de estudio de la historia para inhabilitación de unas fuentes jurídicas, depuración de otras y clarificación en conjunto de su vigencia: «códigos» serán para él, indistintamente, las recopilaciones históricas; y Jovellanos subrayaba aquí justamente la dificultad de la tarea abordada años antes por Acevedo (o luego por Martínez Marina): «Señores, permitid que os pregunte quién será el hombre a quien el cielo ha dado las luces y talentos necesarios para hacer el análisis de este código (Recopilación vigente) donde están confusamente ordenadas las Leyes hechas en todas las épocas de la constitución española. Yo confieso que ésta es una empresa superior a mis fuerzas. Si hubiese un hombre que reuniese en sí todos los conocimientos históricos y toda la doctrina legal, esto es, que fuese un perfecto historiador y un consumado jurisconsulto, ese sólo sería capaz de acometer y acabar tamaña empresa.»

56. La más reciente y amplia exposición de este tema es la del ya referido tratado de G. Tarello; y puede advertirse que, pese a su planteamiento más que europeo, no entra en él mínimamente la consideración del caso español. Y no es inusual que no se distinga sustantivamente, como hubiera de proceder, el «código» ilustrado; véase por ejemplo, entre nosotros, ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA, *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, en *Revista de Estudios Políticos*, 57, 1951, ps. 15-34, que prosigue en 60, 1951, y 63, 1952.

en otras latitudes, no llega en esta época a sustanciarse; y es esta una idea que constituye una especie de híbrido entre método racional y derecho tradicional, prevaleciendo el primero en el momento de la formulación de los principios generales y de la sistemática más exterior de la materia, e imperando el segundo en la ordenación interna de las instituciones. En unos medios, los más metódicos o racionalistas, podrá tenerse más conciencia de las implicaciones de este compromiso; en otros, los mejor acomodados en el derecho vigente, dicha representación podrá ser mucho más pacífica pese a sus inconsecuencias.

Y en todo caso la imagen de tal híbrido se impuso como algo tan factible como conveniente. Castro reclamará «un metódico Cuerpo de derecho que una en verdadero *systema* todo el Derecho Español» que estima reconstruible a partir de «los ricos y antiguos materiales que nuestros Legisladores y sabios antiguos nos dexaron del todo preparados sin que apenas reste otra cosa que disponerlos en un conveniente y luminoso orden»⁵⁷; ingenuidad que aparecerá igualmente en los autores más antiescolásticos, como Cabarrús⁵⁸, y en los autores más tradicionales, como Palacios y Hurtado⁵⁹. Y no menos ingenuo resultará nuestro notario, Sempere, al certificar que «apenas hay Abogado algo instruido que no confese esta necesidad» de «un nuevo Código»⁶⁰.

Aunque a veces no será ciertamente fácil apreciar si nos hallamos ante casos de simple ingenuidad o de más compleja astucia política; así —y ya en otras circunstancias—, un magistrado anónimo nos dirá, tras la Revolución Francesa y la consiguiente elaboración y promulgación de códigos metódicos en el país vecino, que tales códigos vienen a situarse junto al «gran código de las Partidas, honor de la nación castellana»; «lo más digno de notarse para nuestro propósito —argumenta— es que con las leyes de este

57. JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765-1770, I, en «prólogo» sin paginar; pero no es tanto un cuerpo «legal» como doctrinal el que así se reclama.

58. CONDE DE CARRABÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, ed. Madrid, 1973, con estudio de José Antonio Maravall, ps. 140-142: «un código arreglado a los verdaderos principios será siempre fácil y obra de poco tiempo»; uno de tantos puntos en los que Carrabús quería impartir lecciones a Jovellanos, mucho más al tanto que él de sus cuestiones.

59. JOAQUÍN M.^o PALACIOS Y HURTADO, *Introducción al estudio del Derecho patrio*, Madrid, 1803, p. 13: «acaso en esta época tendremos la dicha de ver el arreglo y la formación de un Código» con «sistema, claridad y método», la conciencia de cuya significación luego brilla por su entera ausencia; «código», además, será también cualquier cuerpo histórico, sin más implicaciones.

60. J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, I, p. 92, tras ofrecer algunas noticias de las propuestas o requerimientos de códigos durante el XVIII español, entre las que se encuentran la mayoría de las que luego han seguido repitiéndose, con excepciones como las de los inéditos —hasta Peset— pronunciamientos de Mayans o las del plan de Olavide, cuya ausencia en el catálogo de Sempere ha de resultar más llamativa: la Inquisición, al menos, habría conseguido que desapareciera temporalmente memoria pública de una de las más netas posiciones de nuestro tema.

código (de Napoleón) se ha acercado más la nación francesa a nuestro antiguo sistema de justicia, de manera que si se examinan los principios del Código de Napoleón y se comparan con los de nuestras leyes de Partidas, se notará una semejanza y aun una identidad extraordinaria», bien que, significativamente, a continuación no se deje de manifestar cierta insatisfacción ante un «código» y preferencias por el otro: «el único medio de depurar nuestro sistema de las Partidas, mejorado y enriquecido con las reglas de una filosofía adelantada, y con un estilo conciso cual conviene a la naturaleza de las leyes, es el tomar por modelo de la obra el código Napoleón»⁶¹.

Ingenuidad o astucia, en todo caso resulta claro que las invocaciones a las Partidas como verdadero «código», que se multiplicarán, funcionaron en el sector racionalista como coartada para la introducción de una nueva razón, de un método, y aun, desde su momento, de un código concreto foráneo, como forma de introducir una razón; un método y un código no sólo mediante la historia, sino también mediante el derecho vigente; al fin y al cabo, las Partidas era el libro de derecho castellano, en toda su historia, más sistemático y de expresión más general⁶².

Ingenuidad o astucia, no debe olvidarse en todo caso que, en los sectores no racionalistas, esta idea híbrida de «código» —de tendencia metódica pero de sustancia tradicional— también se estimaba como un posible recurso de

61. *Discurso sobre la necesidad de una nueva legislación para todas las provincias españolas y sobre los medios de formarla*, por un Antiguo Magistrado, Madrid, 1810. Llama la atención sobre este texto V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación*, ps. 51-52, del que cito pues no he podido localizarlo. El folleto se presenta como exposición y defensa del artículo 96 de la Constitución de Bayona. De 1809 ya existe edición en castellano del código civil francés.

62. La mitificación de las Partidas llegará a falsear su entidad histórica más evidente incluso entre los autores intelectualmente más escrupulosos y positivamente mejor informados; así Jovellanos, carta a Masdeu de 1800 (en *Epistolario*, ed. J. Caso González, Barcelona, 1970, ps. 138-143; también, en dos versiones diversas en una de las cuales no aparecen nuestras expresiones, en BAE, t. LXXXVI, ps. 236-243): «¿Cómo tampoco serán conocidas nuestras leyes si por medio de una completa y genuina colección de nuestros antiguos Códigos no se fijan y conocen sus orígenes?... Si en vez de estudiar las doctrinas de la escuela boloñesa hubiesen nuestras escuelas generales levantado su sistema de jurisprudencia sobre este Código sistemático (las Partidas), ilustrado por los que les habían precedido, España hubiera sido en éste como en otros puntos madre de una ilustrada jurisprudencia y la de la escuela de Bolonia no hubiera inundado, como inundó, la Europa entera»; y de forma análoga, pero más matizadamente, en su citado discurso de ingreso en la Academia de la Historia, se presentan las Partidas como «código el más sabio, el más completo y el más bien ordenado que pudo producir la rudeza de aquellos tiempos» (*Obras en prosa*, p. 94). Algunos parecen insinuar entonces que los ilustrados hablaban de las Partidas sin mucho conocimiento de causa: DIEGO PÉREZ MOZÚN, *Diccionario alfabético y ortográfico de las voces que en sus siete célebres Partidas usó el rey don Alonso el Sabio y al presente (año de 1789) ignoran los que se gradúan de doctos en este Siglo ilustrado*, Madrid, 1790-1791. Pero el interés del XVIII por las Partidas, que cuenta con otras obras más representativas, bien merecería un estudio aparte.

superación de la crisis evidente de conocimiento y aplicación del derecho establecido, aceptándose con dicha idea ciertas renovaciones, en perjuicio sobre todo de las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas —de algunos de sus privilegios— dentro del propio sistema.

Ingenuidad y astucia, puede en último término considerarse que, con el nexo ocasional de tal «código» híbrido, se enfrentaba al derecho vigente una idea de código que sustancialmente le era ajena, ocurriendo además que dicho nexo ilustrado comenzará a perder su virtualidad en cualquiera de sus sentidos cuando, tras la Revolución Francesa, aparezcan en el horizonte europeo códigos que ya pueden responder más netamente a los imperativos racionalistas de unidad de su sujeto, consecuencia de su sistema y generalidad de su régimen; códigos que, una vez que la revolución ha acabado con los privilegios jurídicamente consagrados, pueden, a partir de un concepto ya unitario de «persona» o sujeto de derecho, desarrollar metódicamente las «reglas» sin el quiebro de las «excepciones». Ahora, aquel magistrado ya podía resultar ingenuo por otras razones: difícilmente engañaría ya su astucia:

8. Entre la Revolución Francesa y la crisis del sistema establecido en España, entre 1789 y 1808, fechas de codificación en Francia, se produce aquí, como es bien sabido, la elaboración y promulgación de la «Recopilación de las Leyes de España», la «Novísima Recopilación» de 1805 que era en lo fundamental obra de un jurista de nulas inclinaciones racionalistas: Reguera Valdelomar; obra que vino a ser tan fiel al sistema tradicional de acarreo histórico, de «recopilación», que ni siquiera se le adornó con el título ilustrado de «código» que, durante el siglo XVIII, más de una vez había proyectado la dinastía borbónica para el «cuerpo» normativo que ella habría de promulgar en España; a comienzos del XIX se promulgaba aquí una recopilación como la de los Austrias, una recopilación del más rancio sabor tradicional, y aun medieval, en su sistema y en su método, o en su carencia de ambos ⁶³.

Martínez Marina, autor de formación más ilustrada que Reguera, y de tendencia, desde luego, más racionalista, valorará muy críticamente esta recopilación; en su «ensayo histórico-crítico» de introducción a las Partidas dejará escrito el siguiente juicio —y merece transcribirse de nuevo todo el pasaje—:

«Los literatos españoles y los jurisconsultos sabios llegaron ya a convergerse que sería obra más fácil y asequible formar de nuevo un cuerpo legislativo que corregir los vicios e imperfecciones de los que todavía están en uso y gozan de autoridad. Desde luego, reconocen en la Recopilación defectos incorregibles por su misma

63. Puede verse B. CLAVERO, *Derecho de los reinos*, Sevilla, 1977, ps. 239-255. ANTONIO PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen, 1474-1808*, ps. 32-34, en A. PÉREZ MARTÍN y JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, ps. 7-276.

naturaleza; obra inmensa y tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores más laboriosos; vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares, y truncadas de sus orígenes que es necesario consultar para comprender el fin y blanco de su publicación. Pues ya las leyes de los otros cuadernos y cuerpos legislativos, entre los cuales, lejos de hallarse unidad, armonía y uniformidad, se encuentra otras veces notable diferencia y oposición, unas están anticuadas, otras derogadas, y acaso las más no son en manera alguna adaptables a nuestras costumbres, circunstancias y actual constitución. Así que creen los doctos que, para introducir la deseada armonía y uniformidad en nuestra jurisprudencia, dar vigor a las leyes y facilitar su estudio, de manera que las pueda saber a costa de mediana diligencia el jurisconsulto, el magistrado, y aún el ciudadano y todo vasallo de Su Majestad, según que es derecho del reino, convienen y aun tienen por necesario derogar nuestras antiguas leyes y los cuerpos que las contienen, dejándolos únicamente en clases de instrumentos históricos para instrucción de los curiosos y estudio privado de los letrados; y, teniendo presentes sus leyes, formar un Código legislativo original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, civil y criminal; en una palabra, poner en ejecución el noble pensamiento y la grandiosa idea que se propuso don Alonso el Sabio cuando acordó publicar el Código de las Siete Partidas»⁶⁴.

De nuevo, como bien puede verse, las Partidas, frente a la Recopilación, como modelo de «código», término que también atribuye generosamente Martínez Marina a otros cuerpos históricos; y de nuevo el tipo de argumentación que apuntaba hacia los «códigos» ilustrados. Pero la manera precisa de definirse aquí en definitiva el libro de derecho que se reclama más bien supera ya dichos compromisos: «código legislativo, original, único, breve, metódico». Como podrá demostrarse en seguida, cuando las nuevas condiciones políticas permitan estas libertades de expresión, la historia —el derecho impuesto por ella— para Martínez Marina no era ya el condicionante sustantivo del método —como en las «instituciones», como en los «códigos» ilustrados—, sino el terreno, de una parte, para la crítica positiva del derecho

64. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla* (1808), ed. BAE, t. CXXIV, ps. 3-354, en p. 292.

o de los cuerpos no metódicos («Juicio crítico de la Novísima Recopilación»⁶⁵), y el terreno, de otra, para la proyección ideológica del derecho revolucionario de los códigos, comenzando por el código político que será la constitución («Teoría de las Cortes»⁶⁶).

Lo que interesa aquí es considerar cómo en las mismas vísperas más inmediatas de la crisis del sistema, el concepto racionalista de código se encontraba perfectamente conformado; conformación que no resulta sustancialmente afectada —al contrario de lo que ocurría al relacionarse con la historia en el «código» ilustrado— por su proyección ideológica en la historia, por esta proyección que no sólo se mantendrá, y aún se acentuará, en el mismo proceso de la codificación, sino que incluso ayudará a llevarlo a término. Aquí, en lo que tiene de sustantivo, la historia no tanto condicionará ya al método como será necesaria para aplicarlo a las condiciones particulares de una sociedad, adaptando a sus peculiaridades el código racionalista. Ni ideológica ni sustantivamente, en este concepto final, la historia va a estar ya en conflicto con el código, circunstancia que podrá ponerse de manifiesto y actuarse cuando se produzca, aquí del mismo modo que en Francia, la ruptura con aquella parte de la historia, con aquel derecho histórico, que sí era incompatible con la codificación: la historia y el derecho de los «privilegios y excepciones» que antes se nos decía.

En definitiva, el mismo curso de la historia en los diversos países lo testimoniará: primero, la revolución, esto es, el momento constituyente; luego, la constitución (y en ella, regularmente, el mandato codificador); a continuación, la restante codificación⁶⁷. Son temas que superan ya el objeto de estas

65. Habiéndose querellado contra él Reguera, según se sabe, Martínez Marina escribió este «juicio crítico» que no podría publicarse hasta 1820 (ed. BAE, t. CXCIV, ps. 355-480), de composición análoga a la «idea» de Acevedo, mas de información histórica mucho más amplia y mejor contrastada, campo que realmente dominaba Martínez Marina; pero no tratamos ya de ello por ser obra suficientemente conocida (aunque no aplicada usualmente para el uso que nació: para utilizarse con reserva y crítica la Novísima Recopilación) y por salirse ya prácticamente de nuestra época (puede verse R. GIBERT, *La codificación civil*, ps. 912-916). Otros juristas, presentes en los ulteriores inicios de la codificación civil, como Cambroner o como Garely, no dejarían de adoptar entonces análoga postura crítica ante la Novísima Recopilación; la vigencia formal de este cuerpo, junto a otros llamados «códigos españoles» históricos, hasta el código civil de 1888-1889 es algo cuya virtualidad está aún por investigar.

66. Como igualmente se sabe, en defensa directa de la constitución de Cádiz, la *Teoría de las Cortes* de Martínez Marina se publicó por primera vez en 1813; pero no vamos aquí tampoco, lógicamente, a extendernos sobre esta operación de representación histórica del derecho contemporáneo, ni en general —lo que ocurre sobre todo con un «derecho romano»— ni respecto al caso particular de esta «teoría» mediante la que el código político informa toda la historia.

67. Un problema en el que aquí no hemos entrado: la idea de código en la Ilustración metodista era fundamentalmente unitaria, idea unitaria que vendría a resolverse, según los casos de mayor interés por la materia política o por la civil, en la constitución o en el código civil (o también en un código civil que venía a ser una extensa constitución: véase MARIANO PESET, *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de*

páginas, pero, todavía en él, podemos considerar finalmente un estado muy expresivo, en plena crisis, de las ideas aquí reseñadas: el que nos ofrecen las respuestas a la «Consulta al País» de 1809 acerca de la convocatoria y de las tareas de las cortes inmediatas; en su cuestionario, que responderán tanto instituciones como individuos, se dedicaba un epígrafe a los «medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección», en el cual, según fuera de esperar, no deja de surgir nuestro tema⁶⁸.

Y surge, en algunos casos, con una notable precisión, si no en el uso del término «código», sí respecto a su concepto, respecto a los requisitos más propios de la codificación; esto puede apreciarse en los pronunciamientos de un fraile de Córdoba:

«Consultada la parte sabia de la nación me persuado que, si bien conviene en que nuestra legislación contiene cosas buenas, toda convendrá en que no es buena nuestra legislación. Pues así como se llama malo un edificio, aunque alguna de sus partes sea arreglada, si el todo es diforme o vicioso, y en este caso aun aquella parte que separada sería buena, unida en mala proporción al todo, pierde su mérito enteramente. Así, aunque se hallen algunas cosas buenas en nuestra legislación, consideradas en el todo de ella son malas por su improporción con él. Sabemos la hete-

1821, en *Anuario de Derecho Civil*, 28-1, 1975, ps. 29-100); la diversidad de códigos que vino luego a resultar suele responder ya a problemas específicos de la nueva época (aun mediando a veces el peso de la historia, como en el caso del derecho mercantil), a problemas diversos de los que pudieron regir la prefiguración de las correspondientes especialidades en esta época anterior; pueden verse, respecto al caso del derecho penal que, por la mayor gravedad de su indeterminación jurisprudencial, requería en la Ilustración un «código» independiente, las referencias de J. SEMPERE, *Ensayo de una biblioteca*, III, ps. 167-180, y JOSÉ CASABO, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal*, 22-2, 1969, ps. 313-342. La concepción de un «código» mercantil ilustrado respondería a otro orden de razones, siendo generalmente representada entonces desde posiciones no exactamente codificadoras por cuanto la posibilidad de un «código mercantil» podía implicar la consagración de los privilegios históricos de un sector sin afectarse a la sustancia del derecho civil; de aquí que las posiciones codificadoras más bien representasen una idea de codificación no especializada. En éste y otros casos, como en la idea de un «código rural» o, según decía Olavide, «código de agricultura», o en la de un «código municipal», también podía latir el objetivo de introducción sectorial de algún régimen más renovado en la materia mientras que no fuera factible la codificación.

68. Una selección de la documentación resultante de la Consulta al País, junto a otra producida en las mismas coordenadas, se encuentra en M. ARTOLA, *Orígenes de la España contemporánea*, II, ps. 111-589; posteriormente FEDERICO SUÁREZ inició por las respuestas institucionales u «oficiales» la edición más completa de dicho material: *Cortes de Cádiz. I. Informes oficiales sobre cortes. Baleares*, Pamplona, 1967, *Valencia y Aragón*, Pamplona, 1968, *Andalucía y Extremadura*, Pamplona, 1974. Para estos momentos, más específicamente, M. PESET, *La primera codificación liberal en España, 1808-1823*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488, 1972, ps. 125-157.

rogeneidad de nuestros códigos y no podemos negar que, cuando toda la Europa ha proscrito aquel sistema monstruoso compuesto por los escombros del Derecho romano y de las costumbres de las naciones del Norte, acomodado malamente uno y otro a nuestras costumbres, no con el estudio y meditación que debió hacerse, sino al acaso y a medida que lo exigían las circunstancias y lo quería el capricho de los que gobernaban, nosotros, tenazmente adheridos a él, fluctuamos en la incertidumbre espantosa de un caos de legislación indigesto, inaplicable en muchos casos, en otros contradictorio, oscuro en casi todos, propio siempre para fomentar pleitos interminables, débil para oponerlo a los fuertes, y enmarañado para que los débiles se enreden en él.

Justo es, por tanto, que cuando se trate de hacer la felicidad de la nación dándola leyes sencillas, claras y terminantes, se comience desde los cimientos el edificio y sea esta la primera verdad que siento en el informe sobre este punto. La legislación española es mala; ni admite mejoras, ni enmiendas, ni perfección. Debe formarse un nuevo sistema en que, si bien puedan entrar algunos materiales del antiguo, deba dárseles nueva distribución y nueva forma»⁶⁹.

Y la forma —el método— era aquí, como en el racionalismo anterior, la sustancia: el «nuevo sistema». Pero no debemos llamarnos a engaño; más significativo puede resultar que, en otra dirección, caracterizada precisamente por una tendencia a la defensiva de adaptación del derecho tradicional a la cultura ilustrada, por aquella tendencia que veíamos mejor sustanciada en las «instituciones», se manifieste ahora un notable recelo incluso ante la misma idea de formar aquel tipo de «código» ilustrado que no afectaba sustantivamente al derecho tradicional y que aun podía ayudar a la superación de su crisis. Así, en nombre de la Universidad de Cervera, se manifiesta un jurista tan significado en dicha línea como Dou y Bassols:

«Sería muy útil un nuevo código, pero arduísima empresa. Un nuevo Código de legislación bien claro y simplificado en todo sería utilísimo, pero obra en extremo difícil, y proyecto mucho más arduo de lo que parece. Las leyes no pueden ser tan pocas en número como se persuaden algunos; en el día parece que sólo debe pensarse, y esto después de tener bien examinado lo que

69. Respuesta de fr. José de Jesús Muñoz, en M. ARTOLA, *Orígenes*, II, p. 379, sobre cuyo interés ya llamaba la atención R. GIBERT, *La codificación civil*, p. 910; y véase también, en línea análoga, M. ARTOLA, *Orígenes*, II, ps. 209, 254-255, 276, 289-290, 309-310, 386, 391, 443-444, 479, 519, 522-530, 543, 577 y 585-588.

estaba ya establecido, en mejorar algunas cosas y en seguir en lo demás la legislación que teníamos»⁷⁰.

Y esta posición ahora finalmente decantada frente a cualquier concepto de código, después de que podía haber alentado la idea de un «código» ilustrado en las circunstancias más estables del XVIII, también puede ahora seguirse mostrando, mientras que no se entre en conceptos, partidaria de tal término, conteniéndose en él, conforme a su uso más indistinto, la simple realidad de la Recopilación vigente, o algún superficial proyecto de recopilación más ordenada que venga igualmente a garantizar la subsistencia menos contrastada del derecho histórico⁷¹. Junto al término «código» aparece aquí la historia en unas funciones muy precisas de continuidad jurídica, de verdadero bloqueo de cualquier idea de codificación.

Y, según antes ya apuntábamos, convendrá subrayarse que no siempre, en esta coyuntura, el historicismo jurídico aparecerá dotado de tal función o vendrá a cumplir tal misión anticodificadora: también encontramos invocaciones de la historia al servicio de la propia codificación; y ahora, en estos momentos más críticos, más particularmente, como en el caso señalado de Jovellanos, al servicio de una posición más precavida y pausada de la propia idea o tarea codificadora. Jovellanos ahora no rompe, al acentuar su historicismo, con sus posiciones anteriores, sino que simplemente, atemorizado ante otros horizontes de la revolución, acentúa su motivo más moderador⁷².

70. En M. ARTOLA, *Orígenes*, II, p. 370; y sobre esta tendencia, en el mismo caso de Dou, B. CLAVERO, *La disputa del método*, ps. 313-319. Y es de advertir que la publicación de Artola, que no recoge informes completos, fragmentándolos, y que, además, no precisa sus criterios de selección, puede dar una impresión un tanto engañosa respecto al relativo arraigo de las diversas posiciones. Puede confrontarse la imagen que se desprende de la lectura de las respuestas «oficiales» editadas hasta hoy por F. Suárez; entre quienes se manifiestan de forma más o menos directa sobre el tema, se sitúan en posición anticodificadora análoga a la de la Universidad de Cervera, subrayándose en casos la supremacía de la religión sobre el derecho, los obispos de Menorca, Segorbe, Barbastro y Teruel, el cabildo de Orihuela, las audiencias de Valencia (para la que la máxima expresión de un «código nacional» era el Ordenamiento de Alcalá) y Zaragoza, y el ayuntamiento de Córdoba; en sentido tendencialmente análogo, pero inclinándose por la formación de un «código» ilustrado, los obispos de Orihuela y Albaracín, el cabildo de Segorbe, la audiencia de Extremadura y el ayuntamiento de Mallorca; y conciben más propiamente el proyecto de un código, el cabildo de Ciudad Rodrigo, los ayuntamientos de Cádiz y de Granada, las universidades de Mallorca y de Sevilla, y la Junta Superior de Mallorca.

71. Para ideas de «código» en este terreno más equívoco pero en línea igualmente no metodista, aparte lo señalado en nota anterior, en M. ARTOLA, *Orígenes*, II, ps. 120, 176, 193, 235-236, 251, 267, 281, 287, 289-290, 319, 382, 409, 456, 492 y 543.

72. Jovellanos insistía ahora, para la formación de un «código legal» metódico, en la utilización casi exclusiva de material histórico o leyes ya establecidas, seleccionadas y sistematizadas al efecto (en M. ARTOLA, *Orígenes*, I, ps. 267-268); y en carta a Alonso Cañedo en agosto de 1811: «Ustedes (las Cortes) no son llamados para hacer una nueva Constitución, aunque tienen todo el poder necesario para reformar la antigua» (*Epis-*

Aquellas otras posiciones, en cambio, no emplean la historia como freno de la codificación, sino como verdadero dique interpuesto ante su posibilidad. De igual forma que ocurría ya con la idea más ambigua de un «código» ilustrado, pueden resultar aquí formalmente análogas posiciones de radical diversidad: el concepto metódico o no —el método en suma— de la idea «histórica» de código es el factor que habrá de servir para distinguirlas, pues era entonces el factor que las hacía apuntar en direcciones bien divergentes.

En general, puede decirse que resulta bastante común, en estos testimonios de la hora constituyente, la conciencia del inmenso problema de creación, conocimiento y aplicación del derecho tras la larga vida y profunda crisis del sistema de privilegios de procedencia medieval, surgiendo a menudo en su constatación nuestro término «código»; pero todo ello, evidente como decimos, no debe confundirse con alguna especie de aspiración común a la codificación⁷³, de cuyas implicaciones sustantivas no dejaba de tenerse también entonces una conciencia más o menos clara —más bien más que menos, tras la revolución y la codificación francesas—. Se exalta incluso ahora, en base al uso indistinto ya conocido, nuestro término —los códigos, pero «los códigos históricos»— frente a la propia idea de verdadera codificación; la misma invocación de las Partidas como «código» modélico aparece ahora más como una forma de defensa del derecho establecido frente a una codificación de nueva planta que como un medio de introducción subrepticia —ahora ya innecesaria— del concepto propio de código⁷⁴. Además, puede hacerse notar

tolario, p. 239). La idea de «constitución» o «ley fundamental» presenta algunas peculiaridades durante la Ilustración, dentro en todo caso de las coordenadas más generales que hemos visto para la de «código», donde aquella se comprende; en ella alcanzaría bastante presencia esta posición historicista del iusmetodismo que miraba más —digamos— hacia el constitucionalismo inglés que hacia el francés. Es cuestión que podría merecer particular estudio desde esta perspectiva que rinde la idea de código, no atendida en otras exposiciones entre nosotros aunque en ocasiones se haya justamente apuntado; véase así M. PESET, *La primera codificación*, ps. 127-130.

73. Aspiración que, en cambio, detectaba M. ARTOLA, *Orígenes*, I, p. 315 (y más radicalmente, concluyendo, en p. 318: «una impresionante comunidad de opiniones se inclina a favor de reformas radicales como la nacionalidad y universalidad de la ley y la formación de un código orgánico», lo que, según decimos, no se sostiene ante la misma documentación). Más generalmente, afirmaciones que, por vía de autoridad, se siguen repitiendo como las de FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 185, en el sentido de que «el ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII» no parecen estar realmente justificadas; y mucho menos si —para explicar la evidencia contraria—, como allí se hacía, se agrega: «Si este movimiento no llegó a tener el sentido demoledor que en otros países, se debe al general respeto que inspiraban las Partidas, consideradas como el más racional de los Códigos». Ideas éstas (cuyas fuentes históricas ahora podremos ver) con las que resulta prácticamente imposible afrontar en su significación el tema histórico de la codificación.

74. M. ARTOLA, *Orígenes*, II, ps. 118, 130, 142, 184 y 563, junto a lo ya citado en tal sentido. Y en esta coyuntura la preocupación jurídica del último recopilador oficial era la de una defensa a ultranza de los privilegios de los dominios señoriales vinculados y amortizados: JUAN DE LA REGUERA VALDELOMAR, *Peticiones sobre reparo de agravios*

que los términos derivados que mejor expresarán las tareas consecuentes a la idea metodista de código —como codificar y codificación— siguen aún sin aparecer.

Desde luego, a la luz de todo ello, podría tal vez pensarse que el simple mandato codificador, sin más precisiones (o incluso con ciertas previsiones de particularismos), de la constitución de 1812, resultaría un tanto equívoco, o estimarse, ante todo ello, que dicho mandato no iba más allá de una disposición de «códigos» sin las últimas implicaciones sustantivas de su concepto más preciso, pero el propio contexto de la constitución —primer código, planteado y resuelto en todo su alcance en 1812— hará que tal equívoco o tal imprecisión no existan: lo que podrá apreciarse —y en la misma época se apreciará— es la implicación sustantiva, frente al sistema histórico de privilegios, de tal mandato codificador. El término de «código» ilustrado, que podía haberse concebido en época anterior con funciones diversas y aun contrapuestas, ya no tendrá, tras la constitución, posibilidad de subsistir; la idea de código acabará finalmente significando, fuera de su uso más indistinto o menos riguroso que puede permanecer tanto entre historiadores como entre juristas⁷⁵, el concepto propio del método racionalista —«dogmático» preferirá luego decirse ante evidencias posteriores— e implicando la sanción definitiva de la radical modificación del sistema jurídico a cuya promoción histórica había asistido.

9. La consideración de nuestro tema en la encrucijada de la Ilustración ha podido poner de manifiesto una circunstancia a la que no se le suele prestar la debida atención: con la idea de código no se trataba meramente de la concepción positiva de una empresa jurídica al fin y al cabo bien elemental y no difícil, por ello, en principio de imaginar; se trataba más bien, y de ahí la dificultad de la empresa aun en su misma predicción, de una forma de negación teórica del orden vigente, de la concepción de unos fundamentos del

causados en el fatal reinado de Carlos IV, dirigidas a la Nación española reunida y representada en Cortes generales, Madrid, 1810.

75. Ya señalamos algo de ello, pero ésta es ya una cuestión —digamos— metodológica que aquí no cabe considerar como mereciera; lógicamente, no negamos la licitud actual del empleo indistinto del término «código» respecto a las épocas históricas donde tal uso privaba, aunque tal procedimiento puede empezar a discutirse cuando, como regularmene sucede, viene a entrañar una subrepticia proyección del concepto racionalista (y los conceptos se proyectan aun faltando su definición, o más aún: ello se produce de forma más incontrolada cuando las definiciones o precisiones de principio faltan), con el efecto ya de impedirse cualquier verdadera historia de tal objeto; y el uso actual de titular como «códigos» compilaciones privadas de legislación (*Código de Derecho Penal*, *Código de la Seguridad Social*...) no hace sino abundar en la confusión. No cabe aquí, en todo caso, extenderse sobre esta implicación metodológica, a tener siempre en cuenta y a dejar ahora apuntada en prevención de previsibles retorsiones del argumento —que no han faltado en casos análogos—: podrá decirse, falazmente, que es de este modo como se extrapolan conceptos contemporáneos al no admitirse otros usos históricos de sus correspondientes términos.

orden jurídico radicalmente diversos a los que sustentaban la sociedad de la época. En la concepción plena del código se contenía la abolición conceptual del orden social que, desde los siglos medievales, venía imperando.

Ante todo, la idea metodista de código implicaba una fundación legislativa del orden jurídico; en dicha idea venía a contenerse el proyecto radical de un poder legislativo constituyente, poder inexistente e inconcebible dentro del sistema de procedencia medieval, por su pluralidad de jurisdicciones —eclesiásticas, reales, nobiliarias, corporativas...— y la consiguiente forma doctrinal —no legislativa— de creación última de su orden jurídico. «La soberanía —como proclamará frente a todo esta historia el artículo tercero de la constitución de 1812— reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales»; y no habrá de interesar aquí tanto la atribución de la soberanía como el hecho más primario de que la misma se conciba de forma jurídicamente constituyente, lo que no era el caso de la «soberanía» monárquica anterior⁷⁶.

Conviene insistir en ello: el «estado» de la monarquía soberana —máximo exponente de una concentración de jurisdicciones o de poder político con sus facultades legislativas en dicho sistema histórico— no era el Estado de la soberanía constituyente; el poder legislativo de la primera no era el poder legislativo del segundo; el poder de las monarquías soberanas no alcanzaba, por mucho que se acentuara ideológicamente su «absolutismo», el grado o la calidad de una potestad constituyente; se encontraba en su raíz mediatizado, formalmente, por la doctrina y por la historia; materialmente, por el conjunto de jurisdicciones eclesiásticas y laicas de procedencia señorial. En particular, una doctrina que ni siquiera podía fundarse en principios jurídicos autónomos seguía prevaleciendo, en garantía del conjunto de tales jurisdicciones —de sus títulos históricos—, frente a poderes actuales, frente a una ley que se afirmaba en el vacío cuando quería prescindir teóricamente de tal servidumbre; frente a una ley que, en todo caso, podía reivindicar un poder de determinación del sistema constituido, mas no un poder constituyente del sistema.

Constituyente será el Estado y, por ello, codificador; constituyente y

76. Entre nosotros, desde una perspectiva —digamos— filosófica, ha abordado este tema de la aparición de un derecho propiamente constituyente LUIS RODRÍGUEZ ÁRANDA, *El desarrollo de la razón en la cultura española*, Madrid, 1962, ps. 221-257; y ps. 389-391 para la crítica de otras posiciones más difundidas del tema, como la que representara LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Madrid, 1953 (ed. ampliada, Sevilla, 1979), dejándose guiar de circunstancias tanto más aparentes cuando más superficiales: la razón ilustrada se vincula a un «despotismo» iliberal y sus implicaciones más sustantivas no llegan, consiguientemente, a concebirse; y hasta qué punto históricamente, frente a lo que suele presumirse, tal vinculación fue efectivamente precaria puede ahora comprobarse en exposiciones como la de ANTONIO MESTRE, *Despotismo e Ilustración en España*, Barcelona, 1976. Y véase, para lo que sigue, B. CLAVERO y otros, *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, ps. 10-23.

codificador al fundarse en la abolición de tales jurisdicciones y de su secuela de privilegios civiles o de otra índole: ya no habrá «excepciones» que produzcan el cortocircuito del sistema, «excepciones» que impidan la pacífica concepción y positiva realización del código. Cuando los ilustrados del XVIII no concebían netamente la entidad legislativa del código, o su consecuencia sistemática, no sólo había de tratarse de vacilaciones en la definición de sus posiciones o de indecisiones en el desarrollo de su método; ello podía responder a la verdadera dificultad de concebir tales términos en un contexto de inexistencia de un poder constituyente —de un Estado propiamente dicho— y de existencia de privilegios. Deberían de atenderse estas circunstancias: términos que hoy, existente el Estado, pueden parecernos de facilísima concepción, entonces, hace apenas dos siglos no eran tan asequibles o tan elementales: la realidad conspiraba contra ellos de la misma forma que ellos habían entonces de conspirar contra la realidad.

La realidad de un sistema de privilegios que imponía sus «excepciones» al método y sus inconsecuencias al «código»; ahora, con el Estado, el uno y el otro —el método y el código— podrán fundarse constitucionalmente. El propio discurso preliminar de la constitución de 1812 vendría, de una manera historicista que ya no habrá de extrañarnos, a resaltarlo:

«Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la Nación, a los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y de los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada, y al método económico y administrativo de las provincias. Estos puntos capitales van ordenados sin el aparato científico que usan los autores clásicos en las obras de Política o tratados de Derecho público, que la Comisión creyó debía evitar por no ser necesario, cuando no fuese impropio, en el breve, claro y sencillo texto de la ley constitutiva de una monarquía. Pero al mismo tiempo no ha podido menos de adoptar el método que le pareció más análogo al estado presente de la Nación, en que el adelantamiento de la ciencia del Gobierno ha introducido en Europa un sistema desconocido en los tiempos en que se publicaron los diferentes cuerpos de nuestra legislación, sistema del que ya no es posible prescindir absolutamente...»⁷⁷.

77. Puede verse en DIEGO SEVILLA, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, I, ps. 115-116.

Aunque el testimonio primario a resaltar de la constitución es ante todo el de su propia existencia —el de la existencia de este «código general de sus Leyes positivas (de la Nación)» o «código universal de las Españas»—, interesa al tiempo subrayar la «forma» de tal existencia, una «forma» que se proclama secundaria ante una «sustancia» histórica que presuntamente se conserva en ella («cuando la Comisión dice que en su proyecto no hay nada nuevo, dice una verdad incontrastable porque realmente no lo hay en su sustancia»), pero cuya entidad primaria ya conocemos: la forma del «método» o del «sistema» codificador⁷⁸. Dicha pretensión historicista podrá ser expresión, en unos, de astucia, o, en otros, de ingenuidad; en todo caso, a nosotros ya nos es conocido lo que tras ella se encierra: podía sostenerse tal ficción de continuidad o renacimiento porque la sustancia estaba en la forma; el código, en el método. Y no era otro el punto que aquí nos interesaba.

La constitución se proclama a sí misma como «código universal de las Españas», lo cual nos conduce a otro orden de cuestiones que aquí, finalmente, también convendrá considerar. El propio discurso preliminar ya procede a algunas precisiones: «debiendo entenderse que los principios generales sobre los que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones... (cuya diferencia no podrá recaer en ningún caso en la parte esencial de la legislación. Y esta máxima tan cierta y tan reconocida no podrá menos de asegurar para en adelante la uniformidad del código universal de las Españas». La unidad del derecho codificado —se nos dice— no habrá de implicar una entera unificación jurídica de todo el territorio «nacional» (prescindimos aquí, aunque ello estuviera entonces en la raíz de tal preocupación, del Imperio con sus nuevas Españas para limitarnos a la vieja España peninsular); sólo se trata de que rija en todo él, mediante el «código español», un «sistema» común: «la falta de enlace y uniformidad de los diferentes códigos de nuestra legislación, que están hoy día en observancia, demuestra hasta la evidencia la necesidad de establecer un sistema de legislación, sin el cual son inútiles o ineficaces las mejores leyes civiles y criminales», sistema cuyas «reglas no sólo han de servir para la formación de nuevas leyes, sino para dirigir a las Cortes en la derogación o reforma de las que sean incompatibles con el nuevo sistema»⁷⁹.

Ocasionalmente, por las mismas interferencias que así podían fácilmente preverse, no había dejado de relacionarse anteriormente el tema de la codificación con el proceso en curso durante el XVIII de superación del foralismo peninsular, lo cual, tras 1808, sobre todo se alegrará desde unas posiciones de

78. D. SEVILLA, *Constituciones*, ps. 122, 136, 140, 141 y 160; el nuevo sistema se opondrá al «sistema feudal» o al «espíritu señorial» (ps. 126, 139 y 150).

79. D. SEVILLA, *Constituciones*, ps. 137 y 140-141.

afirmación de los fueros en función anticodificadora⁸⁰. Mas la supresión de los fueros territoriales no constituía un factor directamente definitorio del proyecto codificador; dichos fueros, según podía preverse, quedarían lógicamente afectados por la codificación —en sí mismos, caso de ser derechos a codificar, o indirectamente, por poder implicar privilegios respecto a derechos de ámbito territorial superior de cuya codificación se tratase—, pero la idea de código, según decimos, no se definía directamente frente a ellos⁸¹.

«De (la) vicisitud política entre nosotros dimana la multitud de códigos: que unas provincias se hayan gobernado por fueros peculiares y que algunas poblaciones conserven aún leyes municipales, para ellas de rigurosa observancia. El sistema de esta variación imposibilita tomar conocimientos exactos de la ciencia legal, y nos parece que el primero y más esencial medio de mejorar nuestra legislación es simplificarla, reduciéndola a un solo Código con el menor número posible de estatutos, reglas o leyes, pero generales a toda la nación española en cuantas provincias forman el recinto de la Península...

Creemos que puede entrar en los artículos esenciales de mejora que se declaren inválidos los fueros privilegiados, pues que existiendo la sola y única jurisdicción Real ordinaria, como demanda inmediatamente de la Ley, cesarán los motivos de competencias tan perjudiciales como necesarias; los tribunales superiores fijarán la atención sobre los objetos precisos de su instituto, sin divagarla a estos puntos, a quienes el demasiado calor y las personalidades han hecho ruidosos en diversas ocasiones, y los ciu-

80. Es tema que también puede apreciarse en la Consulta de 1809; Dou y Bassols, por ejemplo, se caracterizará en esta línea en defensa del derecho señorial de Cataluña; o, en la misma dirección, fr. José Rius: «Permítase a las provincias el gobernarse por el código particular de cada una» (en M. ARTOLA, *Orígenes*, II, p. 382). Aun con excepciones tan significadas como la de la propia audiencia de Valencia, parecen más usuales las posiciones favorables a la codificación en el reino de Valencia, cuyo derecho foral había sido suprimido en el XVIII; la práctica ausencia de derecho foral en Andalucía también parece favorecer aquí la aparición de pronunciamientos codificadores... pero todo éste es un tema que merecería ulterior y más detenido estudio, comprendiéndose en él posteriormente desde luego la cuestión, tampoco bien estudiada con estas miras, del carlismo.

81. Es difícil saber hasta qué punto las previsiones particularistas del artículo 258 de la Constitución de Cádiz (transcrito en el encabezamiento de este trabajo) se dirigían a garantizar particularismos forales; la preocupación contraria alentó en su debate (véase M. PESET, *La primera codificación*, ps. 130-131) pareciendo que dichas salvedades más bien se establecían para los territorios extrapeninsulares del Imperio (lo que, según hemos visto, se apuntaba claramente en el discurso preliminar). No está en todo caso justificada una consideración de dicho artículo en clave exclusivamente foralista como la que ahora reitera, refiriéndolo particularmente al caso de Cataluña, ENCARNA ROCA Y TRÍAS, *La codificación y el derecho foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, ps. 596-642.

dadanos, calificados por una misma regla, no tendrán ocasión de reproducir alborotos y escándalos a la sombra de prerrogativas que, en los juicios menos ilustrados, sólo sirven a autorizar la desobediencia y los desórdenes, en ofensa de las representaciones constituidas y de la buena administración de justicia. Cuando esta uniformidad exija alguna alteración, nos parece que deberá limitarse la aplicación del fuero a los casos en que se delinquire precisamente en puntos de servicio, pero no debe extenderse a los en que se versen relaciones civiles. En éstas, el carácter de ciudadano y miembro de la sociedad es el principal, y bajo él la ley común ejerce su imperio»⁸².

Antes de la constitución, como puede reflejarse en este pasaje de la respuesta del ayuntamiento de Cádiz a la Consulta de 1809, surge frente al proyecto codificador el tema foral, pero, en último término, este proyecto de un nuevo sistema, si puede así prever tal dificultad, no se define frente a ella, sino, más primaria o específicamente, frente a los privilegios consagrados por el derecho aún vigente (la abolición de las jurisdicciones señoriales, por ejemplo, no se decretaría hasta agosto de 1811, con carácter previo, por supuesto, a la constitución; y de la supresión de otros privilegios, cuyo programa se contenía en el mandato codificador de la constitución, ya no podría particularmente ocuparse, ante la reacción de 1814, la asamblea de Cádiz).

Acontecida definitivamente la revolución —décadas después, en nuestro caso—, unificado ya materialmente el derecho, aunque todavía no formalmente en los códigos, la perspectiva pudo cambiar: ahora, finalmente, la empresa codificadora podía enfrentarse en particular al tema foral, a unas derechos forales que, al contrario de lo que suele presumirse desde sus representaciones historicistas, habían resultado igualmente afectados en su raíz o en su sistema por la revolución; ahora, con ello, pueden reducirse bastante las motivaciones de la codificación, imaginándose impropriamente su misión histórica como la de una simple unificación del derecho en el ámbito territorial del Estado, y olvidándose su función más radical de superación del sistema histórico de privilegios⁸³.

82. (F. SUÁREZ), *Informes oficiales sobre Cortes. Andalucía y Extremadura*, ps. 80-81 (corresponde al ayuntamiento de Cádiz); M. ARTOLA, *Orígenes*, II, ps. 254-255.

83. No suele realmente atenderse esta significación histórica, sobre todo, del código civil; puede verse, respecto a algunos puntos particulares, B. CLAVERO, *Mayorazgo, Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, ps. 402-403. Para el proceso que lleva de la revolución al código, en el caso más expedito de Francia, tratándose cuestiones que aquí igualmente habrían de ser consideradas, merece recordarse la incompleta *Histoire générale du Droit privé français, 1789-1804* de MARCEL GARAUD, París, 1953 (*La révolution et l'égalité civile*), 1959 (*La révolution et la propriété foncière*) y 1978 (*La révolution française et la famille*; póstumo, al cuidado de R. SZRAMKIEWICZ); y, más en general, habrán de interesar también ahora estudios sobre el derecho contemporáneo como los de varios autores contenidos en *The progress of continental law in*

En este tema, como fuera de esperar, la «historia» —el historicismo— tendrá una fuerte presencia en la doble función contraria ya conocida: en oposición a la codificación y en aplicación de la misma de forma que respetase, dentro del nuevo sistema, peculiaridades de los diversos territorios; dirección esta última que irá desplazando a la primera a medida que, a lo largo del siglo XIX, vaya imponiéndose la evidencia del carácter irreversible de la revolución codificadora, como también a medida que, durante la misma época, se vaya afirmando en el nuevo Estado la tendencia a acoger en los códigos tan sólo peculiaridades históricas del derecho castellano, y no de los demás territorios peninsulares.

Pero todo ello ya se sale de nuestro tema; simplemente, se trataba tan sólo de conectarlo con el punto que ulteriormente se situará en el centro de la cuestión codificadora, pese a no haber gozado originariamente de dicha posición; aquí ha podido efectivamente manifestarse cómo no radicaba en el problema foral la motivación de fondo de la idea de código; con ésta no se perseguía tanto la unificación territorial del derecho frente a los ordenamientos forales —cuestión que seguía su propio curso a partir, sobre todo, de la reducción de fueros de principios del XVIII— como su unificación social frente a los privilegios históricos, frente al sistema basado en ellos: aquí, y no allí, radicaba la función histórica del concepto codificador.

En ocasiones, desde luego —hemos podido verlo en la misma representación del ayuntamiento de Cádiz de 1809—, se podía intentar una especie de tiro por elevación, planteándose la radical unificación territorial del derecho como mejor forma de accederse sin términos medios a la unificación social que habría de ser su presupuesto (planteamiento éste que pudo tomar más

the nineteenth century, Nueva York, 1969 (*Continental legal history series*, vol. 11, ps. 249-343, para la codificación) o, más sustancialmente, los editados bajo la dirección de HELMUT COING y WALTER WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., desde 1976. Entre los juristas (más aún, entre los historiadores), el equívoco o la misma falta de planteamiento del tema suele proceder de no considerarse la existencia —desde Hobbes: desde mediados del XVII en Inglaterra— de un iusliberismo anterior y diverso al liberalismo político y de mayor entidad histórica que él; iusliberismo —expresión sustantiva del iusmetodismo cuya primera formulación coherente también puede datarse en Hobbes: en la revolución inglesa— que se define particularmente en el ámbito del derecho civil frente a su constitución histórica de privilegio. Un motivo fundamental en los orígenes del derecho contemporáneo (o, más en particular, en los orígenes del derecho privado que aun suele encontrar representaciones tan poco históricas entre los historiadores) puede así pasar desapercibido. En esta perspectiva, el concepto de código puede aparecer definido frente al término histórico de recopilación, pero ello con un alcance —digamos— meramente «técnico» (recuérdense, por ejemplo, entre nosotros, las justas precisiones en esta línea de GALO SÁNCHEZ en su *Curso de Historia del Derecho*), y no con el alcance propiamente sustantivo que aquí se ha procurado poner de relieve; y apuntando en esta otra dirección, para momento posterior, pueden verse ahora exposiciones como la de DOMENICO CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milán, 1971, o FRANCESCO GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bolonia, 1978.

fuerza a lo largo del XIX ante las mismas dificultades, por el carlismo y otros factores, de consolidación del nuevo derecho socialmente unificado), pero era siempre esta segunda función de unidad social del derecho, y no la primera de carácter territorial, la que definía el concepto codificador. Si en el sistema histórico de privilegios no cabía una plena unificación territorial del derecho por la misma distinción territorial de los privilegios señoriales y corporativos del caso, el sistema codificado no tenía por qué llegar, siempre que tales privilegios efectivamente desaparecieran de otro modo, a una total unificación del ordenamiento jurídico en el territorio del Estado; aunque mirándose entonces principalmente hacia su vertiente imperialista, no otra cosa se nos decía en el discurso preliminar de la Constitución de 1812. Durante el siglo XIX, se intentará una radical unificación territorial del derecho cuando su unificación social sea aún precaria o corra todavía peligro; se amortiguará, en cambio, dicho programa tras la superación de tales circunstancias; de hecho, entonces, la primera forma de unidad era un medio aleatorio para la consecución de la segunda.

En fin, la idea de código en la Ilustración jurídica se nos ha podido revelar como un instrumento precioso para la misma comprensión de las determinaciones de la codificación jurídica contemporánea, de unas determinaciones usualmente —en la representación actual de los juristas o de los historiadores— empobrecidas por la inadecuación de la perspectiva más bien anacrónica —excesivamente contemporánea— de su estudio convencional. En el origen moderno de los elementos fundamentales del orden o sistema jurídico contemporáneo puede manifestarse su entidad y su función histórica con una evidencia que luego, precisamente por su propia imposición que pasará por «natural», no siempre se mantendrá; al menos, esto es lo que, según creemos, ha podido aportarse en las presentes páginas respecto, en particular, al concepto de código.