

LA LEGITIMACIÓN DEL SISTEMA. LEGISLADORES, JUECES Y JURISTAS EN ESPAÑA

(1810 – 1870 c. a.)

(II)

Clara Álvarez Alonso

Sumario. I. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO PENAL: GARANTÍAS POLÍTICAS Y CONTROL SOCIAL – 1.1 *Principios constitucionales y codificación penal* 1.2 *Valores políticos y normas penales* - II. FUNDAMENTOS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: DOMINIO Y JERARQUÍA – III. FUNDAMENTOS DE LA CODIFICACIÓN CIVIL: PAZ DOMÉSTICA Y TRABAJO ASALARIADO – IV. PROPIEDAD Y CONTRATO. PRIMACÍA DE LA CODIFICACIÓN CIVIL SOBRE LA MERCANTIL – V. CÓDIGO CIVIL Y DEFINICIÓN DE LEY – VI. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO EN LA ÉPOCA PRE-INDUSTRIAL. 6.1.- *La ley, el individuo y el derecho de propiedad* – 6.2.- *El proyecto y las discriminaciones* – 6.3.- *Permanencia y reconocimiento de prácticas históricas* – VII. INDUSTRIALIZACIÓN Y CÓDIGO CIVIL – 7.1.- *Intangibilidad de las discriminaciones* – 7.2.- *La extemporaneidad del proyecto de Código civil de 1851* – VIII. DEMOCRACIA, CAPITALISMO Y CODIFICACIÓN. I – X PODER JUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. – X. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. JUECES Y TRIBUNALES ¿COLABORADORES O CÓMPLICES? – XI.- EL MARCO NORMATIVO. RASGOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE JUECES Y TRIBUNALES HASTA 1870 – XII.- JUECES Y TRIBUNALES ENTRE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

I.- LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO PENAL: GARANTÍAS POLÍTICAS Y CONTROL SOCIAL

1.1.- Principios constitucionales y codificación penal

1. Consecuencia directa de los modelos políticos existentes en cada una de las etapas descritas, resulta obvio que, no obstante los otros objetivos que cabe atribuirle durante el siglo XIX, los códigos, y muy en especial los políticos, fueron presentados como cuerpos normativos destinados a dotar a los individuos de un sistema de garantías. Pero es éste un propósito no conseguido en la práctica, ni siquiera bajo la vigencia de la constitución de 1869, porque las constituciones se orientaron de una forma casi exclusiva al desarrollo de las instituciones estatales y su organización. Se trata de un hecho sobradamente demostrado que, por otra parte, está en perfecta consonancia con la percepción que, a lo largo del Ochocientos, poseen los juristas y legisladores acerca de lo que el Estado es. Exactamente un “orden jurídico”, mantenido a través de unas instituciones que, en teoría, servían a la sociedad, pero, en la práctica, la dirigían y controlaban dentro de unos límites que, en la última parte del siglo, vienen claramente demarcados por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos miembros de esa sociedad.
2. Las grandes convulsiones políticas y sociales generadas desde finales del Setecientos habían traído consigo un modelo de sociedad integrada por unos individuos que se autoreconocían por la titularidad de unos derechos subjetivos a los que, por cierto, ni se consideraban universales, ya que sólo se aplican a los occidentales, ni generales, porque no todos disfrutaban de ellos por igual. Construidos a partir de una primitiva libertad personal, que sin embargo no tardaría en ser considerada ella misma como propiedad personal, la conceptualización de los derechos individuales había sido utilizada para eliminar la sociedad corporativa, pero en su lugar se introducía una *societas inaequalis*, una sociedad desigual de hombres y ciudadanos, en la que estos últimos, varones con patrimonio propio generado por la aplicación de su especial talento, venían a sustituir los antiguos estamentos privilegiados.

3. Dueños de sí mismos, no condicionados por otros valores que los que ellos mismos admiten como válidos para su interés individual –que no necesariamente coincide, y de hecho lo hace en muy contadas ocasiones, con los públicos o sociales, aunque sí con los de sus afines-, estos sujetos, se erigen desde la revolución como los protagonistas que deciden en todos los ámbitos. Son ellos los que imponen una forma política nueva, la estatal, cuyo desarrollo se lleva a cabo a través de unas leyes cuya legitimación coincide con los intereses de mercado y que, todas ellas, van destinadas a perpetuar un modelo de sociedad construido sobre la base de que a sus integrantes les corresponde y son responsables de la adopción de sus propias decisiones.
4. El Estado, pues, surge necesariamente como complemento congenial de una sociedad diseñada de forma tal que su estructura respeta escrupulosamente esas exigencias básicas. Porque conscientes como eran sus defensores de que “las ideas son el resultado del medio y, en consecuencia, la transformación del medio modificará las opiniones”¹, se dedicaron a propagarlas con un tenaz entusiasmo y por todos los medios a su alcance. De entre todas ellas, sin embargo, destaca por su importancia capital la nueva concepción de la familia, en la que el antiguo “orden doméstico” se transforma, por medio de la codificación, en un orden legal².
5. Pero aunque, en su momento, fue esta última una medida aplaudida con viveza por algunos antropólogos, que veían en esa sanción de la familia monogámica una vía hacia la “plena igualdad de los sexos”, lo cierto es que, como se verá más adelante, estaba perfectamente calculada para beneficio exclusivo un ciudadano que comenzaba a ejercer en ella su dominio desde el momento mismo de la celebración de un matrimonio que sólo era válido si se contraía legalmente, y que, además, disponía del control de todos los medios de producción, de su administración y de su disponibilidad incluso *post-mortem*³. Y al lado de esta nueva percepción de la familia se introducen también otros valores que los hasta entonces existentes, porque tienen como punto de partida la utilidad, lo que permitía excluir de los beneficios sociales a los sectores calificados de no útiles, es decir, no productivos, como los desocupados o, por respetar rigurosamente la terminología lexical contemporánea, los así llamados “vagos”. El Estado, pues, era el garante de esta sociedad, porque a él estaba encomendado velar para que tal situación se mantuviese inalterada, pero dejando al mismo tiempo una amplia autonomía en la esfera privada. Con ello se produce ese distanciamiento entre lo público y privado, todavía no muy perfilado en los primeros momentos, pero que, con el tiempo, supuso dos ámbitos distintos de actuación expresados, y respaldados, por la codificación del derecho público y la del derecho privado.
6. Esta es la idea general que aparece y subyace en los orígenes del constitucionalismo moderno, y de manera muy especial en las constituciones escritas. Concebidas siempre como Códigos políticos, se comprende muy bien el carácter omnicomprensivo e inusualmente prolijo de las primeras, fundamentalmente en Francia y España. Sobre todo porque, a través de ellas, se pretendía introducir, y en muchos aspectos se estaba introduciendo, una transformación social tan intensa y unos cambios en la forma de gobierno y el ejercicio del poder tan profundos que necesariamente implicaban una cuidada emisión de las ideas que inspiraban ambos hechos, por otro lado en perfecta armonía con las cualidades de “claridad” y “sencillez” atribuidas a la ley. Y se comprende igualmente la premura en llevar a efecto los códigos penales, su imprescindible complemento, porque, además de representar el paradigma de la legalidad de delitos y penas frente a la arbitrariedad de la interpretación judicial que caracterizaba al Antiguo Régimen, permitía la seguridad en la punición eficaz y efectiva de las conductas ejemplarmente tipificadas como atentatorias contra los principios y valores en que se sustentaban ese Estado y esa sociedad.

¹ Charles VERECQUE, *Histoire de la famille des temps sauvages a nos jours*. París, 1914, p. 249

² Vid. a este respecto el inteligente análisis de C. PETIT, “The code and de goats: Western Law in Less- Western cultural contexts. On the code of property of Montenegro 1888”, en *Zetschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, n. 34, 1998, pp. 212 ss, en especial, 219 - 224

³ Son críticas todas ellas que realiza en pleno esplendor del Estado no Activista Ch. VERECQUE, *Histoire de la famille*, p. 249

1.2.- Valores políticos y normas penales

7. La propia estructura de estos primeros códigos penales⁴, como el español de 1822, responde con exactitud a esos presupuestos y refleja con claridad pasmosa la situación constitucional que representa un Estado-Nación todavía en fase embrionaria, en la que la sociedad dista de aparecer perfectamente conceptualizada. En un momento en que las únicas ideas perfectamente asumidas era la hegemonía absoluta del derecho legal y el individualismo, la estructura de este cuerpo normativo elaborada en torno a dos partes, la Primera de las cuales lleva el ilustrativo título de *Delitos contra la Sociedad* y la Segunda de *Delitos contra los Particulares*, resulta extremadamente elocuente al respecto.
8. Respondiendo en todo a la acuciante necesidad de hacer arraigar un modelo estatista que en muchos aspectos se muestra deudor de prácticas ancestrales, este, a todos los efectos, primer código moderno español, se limita a desarrollar las prescripciones inmanentes al artículo 4 de la Constitución y el Título I de la misma, todo él destinado a establecer los derechos y deberes de los españoles y de los ciudadanos desde una perspectiva sumamente represiva con las conductas disidentes. Y lo hace, además, siguiendo con fidelidad los predicados más estrictamente políticos, con la plena aceptación de la teoría que defiende que los derechos son una concesión estrictamente estatal y, en consecuencia -como exponía uno de sus redactores, Calatrava, durante las discusiones de la comisión-, no existen más derechos que aquellos que la ley, en este caso la Constitución, explícitamente reconoce. De esta manera, además de la renuncia tácita a la teoría de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que en España no será admitida hasta la Constitución de 1869, el código penal no sólo aparecía como el ineludible e imprescindible complemento de la constitución, sino que se ponía de relieve la íntima conexión entre normas políticas y penales.
9. Se trata de una relación que se mantiene vigente a lo largo del siglo, y que resulta especialmente importante para el sistema que introduce el liberalismo posesivo de la época, cuyos defensores realizaron las leyes, sus leyes, con una total ignorancia, incluso desprecio, de la socialidad, provocando así no sólo el aislamiento individual sino también un distanciamiento cada vez mayor entre gobernantes y gobernados. Un distanciamiento que se advierte claramente incrementado con el Código Penal de 1848 y su posterior Reforma de 1850, ambos elementos indispensables de la más conservadora, y una de las de mayor vigencia, de las constituciones españolas, no obstante ser saludable como el remedio eficiente de “la parte del derecho español más incompleta y defectuosa; y la que en mayor desacuerdo estaba con nuestra civilización”⁵
10. Promulgado durante una etapa en la que, se reitera, el ejecutivo había desplazado en importancia al legislativo como poder más importante bajo el amparo de un Código Político que continuaba recurriendo a la constitución histórica como la base principal de su legitimación y en la que, por ello, la Institución eclesiástica adquiere un rango supraconstitucional, este código penal de 1848, de avanzadísima técnica jurídica, responde con claridad a la estructura, y sobre todo a los fundamentos, de una sociedad muy anclada todavía en el Antiguo Régimen. Por consiguiente, no puede sorprender que su estructura tripartita –en torno a la determinación de los sujetos y la responsabilidad, y el establecimiento de las penas y sanciones correspondientes a los tipos

⁴ Sobre codificación penal pueden verse: P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOËL, *Au nome de l'ordre: Une histoire politique du Code Pénal*. Paris, 1989; R. MARTUCCI, *La costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791. Alle origini del processo accusatorio: I decreti Beaumetz*. Milán, 1984; A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai "philosophes" alla costituente*. Milán, 1995. Para España, entre otros, A. FIESTAS, *Los delitos políticos, cit.*; de la misma, “Algo más sobre la vigencia del código penal de 1822”, en *Revista de Historia del Derecho*, II – I, 1979; R. NUÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969; J. ANTÓN ONECA, “El código penal de 1848 y don J. Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”, 1965; VV.AA., *Commemoración del centenario de la LPOPJ y el código penal de 1870*. Madrid, 1970. Los proyectos y textos en el T. V de la *Crónica de la codificación española. Codificación penal*. Madrid, 199

⁵ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos... III, Elementos de derecho penal*, p. 1

delictivos- incluía dos títulos destinados a la protección de lo que eran, con la salvaguarda de la propiedad individual también ahí convenientemente recogida, los objetivos prioritarios: la seguridad interior del Estado que, a pesar de todo, en este código ocupa un lugar secundario, tras el primero, destinado a regular los delitos contra la Religión. Contra la religión católica romana, se entiende, porque, desde los inicios del constitucionalismo moderno y ante la ausencia de la unidad jurídica y jurisdiccional, fue constantemente considerada como el incontestable vínculo de unión entre los españoles para conformarse como Nación. De esta manera, el código penal no sólo venía a complementar sino que se convirtió en un elemento imprescindible para un modelo político conformado por una Nación de individuos, en la que pervivían viejas concepciones, y un moderno Estado que, por aquél entonces, se estaba afianzando.

11. El ligamen modelo político-normas penales, en especial el código, ni siquiera se suavizó con la Constitución de 1869, la primera en hablar claramente de libertades y derechos ilegislables, frente a los derechos de concesión estatal de todas las constituciones españolas anteriores. Por vez primera, en efecto, se proclamaba abiertamente que, al lado de la soberanía nacional, existían unos derechos individuales que eran “superiores a la ley... superiores al legislador... superiores a la voluntad de una cámara”⁶. Una tal declaración tuvo como consecuencia inmediata el reconocimiento de sufragio universal masculino y la aparición de ese “cálido y apasionado” debate en torno a tres cuestiones definitivamente importantes: la libertad de enseñanza, la libertad de imprenta y la libertad religiosa⁷.
12. Resueltas las dos primeras, en buena medida por la influencia de esos reducidos, pero muy activos y eficaces, círculos de tolerancia y aperturismo que también aquí se perciben en esa sexta década del siglo, la constitución admitía asimismo la libertad de cultos, expresión española de la libertad religiosa, que ahora podía reconocerse sin riesgo al haber encontrado la Nación española otras causas de unidad que ya no procedían del lazo multiseccular que la religión romana había facilitado. Es, este último, un hecho, en todo caso, que puede contrastarse con el subsiguiente efecto que ocasionó: la inmediata suspensión de los artículos del Código Penal reformado en 1850 que atentaban contra el ejercicio de cualquiera de las tres libertades.
13. Se trata de una circunstancia extremadamente importante porque, principios como los enunciados, permitieron que la Constitución de 1869 llevase a cabo la definitiva implantación del Estado más genuinamente liberal e introducir un sistema constitucional de raigambre parlamentaria cuyos artífices, plenamente conscientes de los fines y objetivos del mismo, no sólo evitaron la sumisión del ejecutivo al legislativo –práctica arraigada en la que volverá a incurrir la Restauración⁸-, sino que lo concibieron en conformidad a un modelo político en el que, oficialmente al menos, la sociedad rompía definitivamente con sus ligaduras con el Antiguo Régimen. Y todo ello va a encontrar cumplida manifestación en el nuevo y reformado Código Penal de 1870. La sustitución, en efecto, del Título *Delitos contra la Religión* por el de *Delitos contra la constitución* conforma, a mi entender, la prueba evidente de hasta que extremo, para el legislador de 1869, el Código Penal continuaba siendo un instrumento a favor de la defensa de un ciudadano y un Estado al que, ahora, sólo hay que defender de los enemigos externos, como atestigua en nuevo título *Delitos contra la seguridad exterior del Estado*, en sustitución de la anterior *seguridad interior*. Para aquellos constituyentes estaba, pues, claro que el Estado ya no corría peligro: su triunfo era un hecho incontrovertible.
14. Sin embargo, ni aún entonces se rompió con una vieja tradición: la regulación por leyes especiales, no obstante las minoritarias protestas al respecto⁹, de las infracciones contra la

⁶ Como parte de una intervención de Echegaray el 5 de Mayo de 1869. *Cit.* J.M. PÉREZ PRENDES, “La prensa y el código penal de 1870”, ahora en *Interpretatio, Pareceres (1856 –1998)*, VII – II, pp, 1299 ss, p. 1311

⁷ *Ibidem*, p. 1300

⁸ Y como de hecho ocurría en otras formaciones políticas. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848 – 1948*. Roma- Bari, 1986 (5ª edic) p. 320

⁹ Centradas en argumentos en torno a los principios constitucionales. J. M. PÉREZ-PRENDES, *La prensa*, pp 1306-7

libertad de imprenta y los delitos electorales. Libertad de imprenta y elecciones, a pesar de su unánime reconocimiento como los auténticos pilares del sistema, quedaron así a merced de unos gobiernos y partidos dominantes con los resultados sobradamente conocidos.

15. En cualquier caso, si el código penal, siguiendo las premisas ilustradas, se basaba en la humanización de las penas y en los irrenunciables principios de legalidad –*nulla poena, nullum crimen sine lege*- e imparcialidad, recogidos en cuerpos constitutivos de difícilísima modificación, aspectos tan fundamentales como los aludidos se dejaban al libre arbitrio y absoluto control de lo que, como denunciaban una opinión pública asentada y eficaz y unos minoritarios pero muy vigorosos grupos de interés, continuaba siendo el grupo dominante.
16. Desde esta perspectiva se comprende perfectamente porque jamás se planteó oficialmente la codificación del derecho administrativo. Al margen de su dificultad formal, existía sobre todo una imposibilidad material, incluso durante el Sexenio, que se explica solamente por intereses políticos que van más allá de la racionalidad como principio y que triunfaron sobre la exigencia revolucionaria del código, sustituidos, en este específico ámbito, por la práctica habitual del Decreto y la Orden Ministerial¹⁰.
17. Hasta 1870, la codificación del derecho público en España está exclusivamente representada, utilizando el lenguaje de los personajes más implicados, esto es, legisladores y juristas, por las Constituciones y Códigos Penales. Estos, ciertamente, propiciaban una mayor seguridad que, en términos estrictos, debe entenderse, como ya se ha expuesto, como una mayor certeza sobre el derecho a aplicar. Pero dejando al margen los largos periodos en que tales cuerpos normativos no existían –en especial el que transcurre desde 1834 hasta 1848-, en los que hasta la doctrina admitía la validez del arbitrio judicial, los nuevos presupuestos sociales, que propugnaban una ética individual, llevaban inexorablemente a la conclusión de que tal certeza-seguridad fuera sobre todo aplicable al legislador y a los profesionales y operadores jurídicos.
18. Un testimonio elocuente al respecto es el Código Penal de 1870. Fruto de las reformas democráticas introducidas por la Constitución de 1869, ha sido acusado con razón de incoherencias y contradicciones internas, entre las que sobresale la aplicación y la graduación de las sanciones, dejada prácticamente a la discrecionalidad de jueces y magistrados. Tales contradicciones, sin embargo, pueden llegar incluso a palidecer si se comparan con las que afectan a los principios que regulan los intereses públicos y privados, en constante y nunca resuelta confrontación. Y es que durante una larga etapa que traspasa la frontera de los siglos, permanece viva, sobre este particular asunto, la idea –expresada por cierto en el *Discurso Preliminar* del Proyecto de Código Civil de 1821-, de que “el Código Penal es una secuela de los códigos constitucional y civil”¹¹, porque, a través de él, quien ostentaba el poder, y muy en concreto el monopolio del poder coercitivo, mantenía vigentes el modelo político preciso y una cierta estructura social, construida sobre la más inequívoca desigualdad material.

II.- FUNDAMENTOS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. DOMINIO Y JERARQUÍA

19. Si la codificación del derecho público, comenzando por las propias constituciones, en las que aparecen recogidas bajo el ilustrativo título de *derechos y deberes*, y continuando con los códigos penales, donde aparecen sancionadas las infracciones del equilibrio social y político, supone *prima facie* la regulación de las relaciones del individuo con el Estado, la del derecho privado implica, esencialmente, la de las relaciones de los individuos entre sí, en el marco de una

¹⁰ *Ibidem*. El tema de la codificación del derecho administrativo, no obstante las dificultades que la codificación en general reviste en España, permaneció latente durante el Ochocientos. A finales de siglo, es Adolfo POSADA quien proyecta en el primer volumen de su *Tratado de derecho administrativo, según las doctrinas filosóficas y la legislación positiva* dedicar un capítulo a *La codificación administrativa*.

¹¹ El texto del proyecto en J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil*, vol. II. Madrid, 1970. La frase en p. 9

sociedad construida sobre criterios exclusivamente subjetivos y fundamentos esencialmente económicos.

20. Así lo pone de manifiesto el derecho de propiedad, auténtico motor de todo sistema, en su doble acepción pública-privada. En la pública, porque es el primero, y a la vez compendio, de todos los derechos políticos, base del sufragio censitario –termino que no en vano procede de la voz latina *census*, cuyo primer significado es, precisamente, riqueza-, vigente durante prácticamente todo el siglo XIX. En la privada, porque, como derecho real, conforma asimismo el eje sobre el que se construye la más relevante de todas las codificaciones en éste ámbito, la civil, conjuntamente con la familia, cuya nueva percepción patrimonial es también deudora de este derecho individual de propiedad, y del contrato, consecuencia la más elaborada de una autonomía de voluntad derivada, en el ámbito jurídico, de la disponibilidad de lo *proprio*, resultado final de aquella primitiva esfera de lo *meo* que está en la raíz misma de la sociedad burguesa.
21. Ahí está, realmente, el auténtico *leit motiv* de la legislación decimonónica, cuyo destinatario preferencial es siempre ese *homo oeconomicus*, el individuo que sirve de conexión entre la esfera de lo público y de lo privado. Por ello, la codificación del derecho privado, con excepción quizá de la mercantil, por causas a las que se aludirá más adelante, viene una vez más determinada por el modelo político vigente, cuyas fases le afectarán directamente, circunstancia que es particularmente aplicable en el caso de la civil, la primera en plantearse aunque sea precisamente el civil el último código en aparecer. Y es que el Código Civil es el que más genuinamente representa el modelo social y, en consecuencia, la relación Estado - Sociedad, no obstante el profundo distanciamiento que en la teoría, y sobre todo en la praxis, liberal existe entre ambos.
22. En este sentido, es conveniente recordar que la premisa elemental que informa el derecho privado occidental surgido tras las Revoluciones, en especial durante el período que va desde 1850 (c.a) hasta finales del primer tercio del siglo XX, es decir, el que corresponde a la que ha sido denominada era o edad industrial, está todo él elaborado sobre la sanción de las más profundas desigualdades sociales.. Se trata de un *topos* absolutamente congenial a la sociedad burguesa, construida para la hegemonía de varones (exclusivamente) útiles y productivos, que el derecho, ahora legal¹² y por consiguiente producto de la voluntad directa de tales protagonistas, respalda de una manera absoluta. Simplemente enunciada en las Constituciones o Códigos políticos, la legislación privada la desarrolla en plenitud, exacerbándola en el Código Civil, donde tal hegemonía se convierte en un auténtico dominio.
23. Resultado final y directo de tal hegemonía y dominio son las tres discriminaciones aludidas: sexismo, racismo y pobreza. Aunque alguna de ellas acaso pudieran contemplarse como reminiscencias históricas, como en el supuesto del sexo y la pobreza, y otras son claramente producto de la desaparición de subculturas jurídicas que conlleva la imposición de un derecho exclusivamente legal, lo cierto es que su origen, en lo que aquí interesa, se remonta a las primeras formulaciones iusnaturalistas, que las atribuían al mismo Dios y, por tanto, recogía el Derecho Natural. Tales eran los casos de las mujeres, cuya debilidad intrínseca exigía, para su beneficio, la total sumisión al varón –demostración palpable de la permanencia de la teoría paulina sobre el matrimonio-, o de los pobres que, al carecer de talento suficiente para generar riqueza y demostrar así su utilidad a la sociedad, debían acatar lo dispuesto por los sabios y prudentes¹³.
24. Todos los códigos occidentales están inspirados por este ideario, apoyados por una doctrina que lleva hasta el extremo el espíritu defendido desde los primeros iusnaturalistas laicos,

¹² W. STEINMETZ, "Introduction: Towards a Comparative History of Legal Cultures, 1750 – 1950", en "*Private Law and social inequality in the industrial age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany, and the United States*. Oxford U. P., 2000, pp 1 ss, p. 5;

¹³ C. ALVAREZ ALONSO, *Lecciones*, PP 72 SS

contribuyendo a que la legislación del ochocientos se convierta, de hecho, en una legislación protectora de las desigualdades. Contribuyen, ante todo y en primer término, con esa elaboradísima diferencia entre derechos civiles y políticos, fundamento último de la separación Estado-Sociedad y que, jurídicamente, se plasma en la igualdad legal o formal y la desigualdad material, auténtico substrato de la escisión entre lo público y lo privado cuyo efecto es la distinta consideración del sujeto en ambas esferas.

25. Es ésta última una idea que se mantiene intacta a lo largo del tiempo en los círculos mayoritarios. Al final del Ochocientos la podemos observar sencilla y escuetamente expuesta por Bonilla Sanmartín, autor ampliamente respetado y colaborador de quien pasa por ser el principal impulsor del vigente Código Civil español, Alonso Martínez. Después de establecer la diferencia que existe entre el Estado, o *persona moral* y el *cuerpo* de Nación, que identifica con la sociedad, Bonilla entiende que aquél no es sino una *parte del todo* que conforma ésta última, es decir, la sociedad. De ahí que el Estado no pueda tener el mismo fin que ésta. No se trata sólo de una razón cuantitativa derivada de la relación *todo-parte*; más bien es la propia composición de la sociedad la que proscribiera cualquier injerencia extraña a ella misma. De esta manera, la intervención estatal quedaba totalmente proscrita, no sólo porque puede “lastimar intereses ajenos (*sic*)” sino porque “en los actos y fines humanos ... no puede haber otro juez que la conciencia del individuo que los ejecuta”¹⁴.
26. Ciertamente se puede argüir que tal opinión se expone en el momento de mayor esplendor del Estado no Activista, 1897, pero es asimismo verdad que sin esfuerzo se puede encontrar más o menos solapada a lo largo de todo el Siglo. De hecho, significa el respaldo, material y formal, de dos ámbitos completamente autónomos, el social y el estatal, potenciados al máximo por este canto a la individualidad y la ética burguesa. El mismo del que se vale el autor para elaborar una crucial distinción entre derechos *individuales* o *primarios* –conservación personal, propiedad y autonomía-, y derechos *sociales* o *secundarios*, también denominados *políticos*, entre los que, no por casualidad, incluye “el sufragio electoral, activo y pasivo” y “todos los demás derechos que las leyes positivas otorgan al individuo”.
27. De esta manera, éstos últimos, directamente relacionados con la actividad más representativa desde el punto de vista político-constitucional, cual es la legislación y el proceso de toma de decisiones políticas, acababan por sustraerse a la esfera social, convirtiéndose en una exclusiva concesión estatal, porque, obvio es decirlo, el “Estado no tiene realmente más esfera de acción que la comprendida dentro del derecho y la ley”¹⁵. Era, como se advierte, una inteligente manera de defender la exclusión de la sociedad de una de las actividades con las que históricamente se había identificado: la participación directa en la creación del derecho. Un despojo que, aunque teóricamente pretendía subsanarse ahora con la proclamación de la esencialidad de los derechos individuales frente a unos derechos políticos que dependen totalmente del modelo político vigente, está en la base misma de la teoría liberal y, en tanto tal, del primer constitucionalismo moderno, y que, por supuesto, informa todas las constituciones españolas decimonónicas, con la exclusión –muy matizada, por otra parte- de la de 1869, los códigos y la legislación ordinaria.
28. Así pues, resulta que para el legislador del XIX, los derechos *esenciales* son los primarios o civiles, entre los que naturalmente, el primer lugar corresponde a la propiedad individual. Ellos, su defensa y garantía, se someten a las prescripciones del derecho privado, muy en especial, a lo dispuesto por el Código Civil, que de esta manera viene a convertirse en un *class law*, un derecho de clase o clasista, porque todo él va destinado a perpetuar una sociedad construida sobre profundas desigualdades, potenciadas hasta el máximo a medida que las sociedades se iban industrializando.

¹⁴ Adolfo BONILLA SAN MARTÍN, *Concepto y teoría del derecho (estudio de metafísica jurídica)*. Madrid, 1897, sobre todo capítulos II, III, V, VIII, X y XI. La frase entrecomillada, pp 206-7

¹⁵ *Ibidem*, p. 206

29. Se trata de un hecho que ha de tenerse presente para comprender el proceso de redacción, no sólo de los códigos sino de toda la legislación ordinaria, como veremos ejemplificado en el caso español. Porque, al margen de otros factores, como la influencia de una mayor o menor ruralización, que el legislador desde luego considera, nos pone de manifiesto que, más allá de esta relevantísima situación, los códigos decimonónicos tuvieron una única finalidad: la potenciación del varón independiente, esto es, el propietario y rentista que vive del producto de su trabajo. No obstante la “promesa de igualdad”¹⁶ que las declaraciones de derechos ambiguamente incorporan, lo cierto es que las mujeres, cualquiera que fuera su situación personal, los trabajadores asalariados, por no hablar ya de los oficialmente declarados pobres, e incluso las minorías religiosas y étnicas, fueron sistemáticamente marginados –en el mejor de los casos, silenciados-, por una legislación burguesa que, a este respecto, aplicó rigurosamente la teoría del pacto social en su versión ilustrada que excluía directamente la participación de tales grupos en la propia creación del derecho, manteniendo así viva la tradición anterior. Emblema del liberalismo decimonónico, se contaba además para su eficacia con el inestimable apoyo de jueces y juristas quienes, recurriendo a presupuestos éticos que identificaban la virtud ciudadana con el talento para generar riqueza, consiguieron asimismo crear un procedimiento judicial destinado siempre a potenciar un derecho unitario y monolítico, que no admite ni críticas ni alternativas que pudieran cuestionar su propia “pureza moral”.
30. Se trata, en definitiva, de desigualdades sociales y económicas que toda la legislación del Ochocientos sanciona y convierte en auténticas discriminaciones legales sobre las que se levanta una estructura socialmente jerárquica basada en el dominio del ciudadano. Como tales, conforman el elemento más identificador de lo que, con acierto, se ha denominado “el fenómeno de la juridificación”, mayoritariamente reconocido como la “característica más relevante de las sociedades industriales de los dos últimos siglos”¹⁷ y cuya incontestable finalidad es, precisamente, “la prevención de la igualdad”. Y es este un hecho imprescindible para entender el larguísimo proceso de la codificación civil, en España, además, directamente vinculado al modelo político vigente, del que es, a la vez, consecuencia y complemento. Porque, coherente con lo expuesto, la codificación del derecho privado se orienta de forma exclusiva a la regulación del uso por los particulares de los derechos públicos, primarios y secundarios, es decir, civiles y políticos, en la medida que protege la esfera personal que sirve de base a estos últimos, reconocidos por las constituciones. Pero con el valor añadido de que a esta legislación, y de manera muy especial al Código Civil, le estaba encomendada además la tarea esencial de articular el nuevo modelo social, partiendo para ello del principio, reiteradamente proclamado por el principal impulsor del código napoleónico, Portalis, de que la “propiedad es el alma de la legislación” y al Estado incumbe únicamente la función de “administrador supremo del interés público”, a través de las leyes¹⁸.

III.- FUNDAMENTOS DE LA CODIFICACIÓN CIVIL: PAZ DOMÉSTICA Y TRABAJO ASALARIADO

31. Por tanto, Código Civil (o legislación ordinaria, en su caso)- modelo social, es el binomio que determina el proceso de la codificación, incluso allí donde el resultado código no exista, como sucede en España. Se trata de una característica axiomática que, como es obvio, conlleva unas implicaciones políticas imposibles de ignorar, como pone de manifiesto el caso español.
32. Así, el Proyecto de 1821, no obstante las influencias doctrinarias que pudieran afectarle¹⁹, se nos muestra como una complemento de los fines que la propia Constitución de 1812 perseguía. Elaborado además bajo el modelo político del ya aludido Estado-Nación –cuya composición recuerda en más de un aspecto la vieja fórmula *societas civilis siue populus siue respublica*, que

¹⁶ W. STEINMETZ, *Introduction*, p. 6

¹⁷ *Ibidem*, p. 22

¹⁸ C. ALVAREZ ALONSO, *Lecciones*, p. 215

¹⁹ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La constitución española de 1812*, en especial pp 396 ss y 399, n. 165

sin embargo puede coexistir sin problemas con el paradigma legal e individualista-, este proyecto inconcluso, cuya realización se lleva a efecto en fiel cumplimiento de lo prescrito por el artículo 258 de la Constitución, es una demostración de hasta que extremo el Código se consideraba durante la primera etapa revolucionaria como un requisito consustancial al propio sistema. Tanto como para encomendar su redacción a una Comisión de Cortes, como había ocurrido en la previa etapa constitucional con el propio código político, aunque ahora se tratase de una especial cuyos miembros podían contar con el auxilio de expertos ajenos a esa Cámara²⁰. No obstante, este hecho, que acaso pudiera hacernos pensar en una *constitucionalización* del derecho privado, sobre todo teniendo en cuenta el objetivo primordial de introducir una sociedad individualista, no puede hacer olvidar que las esperanzas depositadas en estos cuerpos legales revelan igualmente que, en muchos aspectos, todavía se muestran como continuadores de la política del derecho perseguida por los códigos ilustrados, tanto en el aspecto material²¹, en la medida que tienden más a una homogenización que a la unificación del derecho, como en el formal. Es decir la introducción del derecho legal como exclusivo es una pretensión más importante que la desaparición del privilegio, cualquiera que fuera su manifestación.

33. Testimonio fehaciente de lo expuesto es la propia concepción del Código Civil que compartían los miembros de la comisión y que nos traslada el redactor del *Discurso Preliminar*. Ahí, en efecto, al lado de un contenido tan amplio que no puede por menos recordar el concepto de la Administración ilustrada –muy en la línea de la *policía* germánica-, coexiste sin esfuerzo la defensa del individualismo posesivo y, sobre todo, su incontestable adscripción como pilar y artífice de la nueva sociedad. Es suficiente para confirmarlo la propia definición como “el primero y más extenso (de los códigos)... que naturalmente abraza todo lo que no es excepción suya”, ya que desarrolla, de hecho, “las bases de la constitución”, prescribiendo cómo y de que manera pueden hacerse efectivas. Porque es él, en definitiva, el que “enumera los deberes” del ciudadano con el Estado, el que establece los mecanismos para asegurar su libertad y sus propiedades²², el que, en conclusión, estipula los mecanismos para evitar los abusos por parte de la autoridad sobre esta misma propiedad, porque, como se añade en el título correspondiente, la regulación de este derecho exige que sea “la sociedad entera su fiadora (del propietario)”. No en vano, para aquellos diputados, muy en la línea de los constituyentes europeos contemporáneos, era la propiedad, y sólo ella, “el más sagrado de los derechos”, el verdadero y auténtico origen de las sociedades civilizadas²³.
34. Sobre esta exaltación del individualismo posesivo y la no menos intensa al absolutismo jurídico²⁴ que representa el derecho legal, expresada en esa contundente expresión de que es “la ley, y sólo ella, la que da vida a los derechos y obligaciones”, y como si se tratase de una tácita asunción de las formulaciones rusioniana y savigniana al reconocer explícitamente, no su existencia natural, inalienable e imprescriptible, sino la concesión estatal de los derechos subjetivos y que “toda ley envuelve en esencia una minoración de libertad”, se cimenta este primer Proyecto de Código Civil español. Como la Constitución que lo auspicia, tiene una decidida vocación omnicompreensiva que excede con mucho los límites académicamente reconocidos a la materia, al incluir no sólo aspectos procedimentales, sino todo lo referente a la

²⁰ J. F. LASSO GAITE, *Crónica...*, 4 – I, p. 63

²¹ B. CLAVERO, “Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)”, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*. Madrid, 1990, p. 67-68; del mismo, “Propiedades y propiedad, 1789: El derecho dominical en el momento revolucionario”, en S. de DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO y E. TORIJANO (Eds), *Historia de la propiedad*.

²² LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4- II, p. 9

²³ *PROYECTO 1821*, Parte Primera, Libro, III, Tit. III y preámbulo, al Libro III respectivamente. Sobre este Proyecto puede verse también, entre otros, M. PESET, *Dos ensayos sobre historia de la propiedad en España*. Madrid, 1981.

²⁴ *Absolutismo jurídico* es la feliz frase acuñada por Paolo GROSSI para aludir a la norma jurídica como un acto formal de imperio por parte de quien ostenta el poder y, por consiguiente, supone la sumisión de lo social como creador de lo jurídico al poder político, tal y como ocurre con el derecho legal. Para quien quiera ahondar en este interesantísimo asunto puede ver ahora reunidas las aportaciones de GROSSI sobre el tema en *Absolutismo giuridico e diritto privato*. Milán, 1998

“administración general del Estado en el ramo judicial”, muy en consonancia, por otro lado, con esa visión de la administración ilustrada a la que se acaba de hacer alusión. Y como ella también, cuenta entre sus finalidades “cortar de raíz los abusos de la interpretación” (judicial, por supuesto)²⁵.

35. En todo caso, asumiendo con fidelidad el principio de desigualdad inmanente a la Constitución – “la Constitución... niega al simple español todos los (derechos) que atribuye al ciudadano”²⁶- los redactores, coherentemente, se dedicaron a dar forma conveniente a las tres discriminaciones que se vienen mencionando. Ahí está, como demostración, lo que debería haber sido el Título IV del Libro Segundo de la Primera Parte, gráficamente denominado *De la condición de superior y dependiente*, donde la desigualdad material, que no legal obviamente, se aplica ahora para justificar la exclusión del “bracero, el sirviente doméstico” y en general de todo asalariado que “recibe el sustento de otro, aunque sea a costa de su trabajo”, del disfrute de los derechos políticos, argumentando que se trata de una desigualdad que está “en la naturaleza misma de las cosas”.
36. Y es que si al código político o Constitución le correspondía enunciar los derechos y libertades y establecer la organización estatal, el Civil tiene la relevantísima función constitutiva de sentar las bases de la sociedad, fijando el *status* de cada individuo en la misma. Lo que hace recurriendo a un criterio jerárquico, con muchísimos puntos en común con la propia estructura social del Antiguo Régimen, ya que, como se deduce de lo expuesto, continúan planteándose ciertas relaciones en términos de *dominium*, es decir, de *dominus-servus*, el punto axial de todas las relaciones durante esa etapa. Pero con una diferencia notabilísima y absolutamente novedosa: la de introducir como un valor irrenunciable la *paz doméstica*, concepto de lejanas reminiscencias medievales, pero que desde ahora se utilizará como requisito legitimador de todas las situaciones de dependencia en el ámbito civil y, en consecuencia, de todas las exclusiones y marginaciones que el proyecto dispone a lo largo de su articulado. Desde este punto de vista, el reconocimiento de una igualdad es absolutamente impensable, porque afectaría la propia racionalidad del sistema. Como textualmente se explica, su presencia en cualquier esfera destruiría “de raíz la paz doméstica”, puesto que, en un plano reducido es causa de desorganización de las familias y, aplicada a “la gran sociedad”, lo sería del propio Estado²⁷.
37. Fue esta, además, la vía a través de la cual, la familia, en una versión totalmente renovada, se presenta, con la propiedad individual, como una institución absolutamente congenial a la nueva sociedad y, en consecuencia, al sistema. Y con ello nos encontramos ante un hecho verdaderamente innovador en la cultura occidental –ya que se trata de un elemento común a todos los países de la así llamada “área codificada”-, cual es que, por vez primera en muchos siglos, se regulaba a través de leyes una institución que, tradicionalmente, se había sustraído al terreno de la intervención pública. Amparada, en efecto, por normas metajurídicas –como mucho, procedentes del derecho canónico y, por tanto, fuera de la intervención secular- que respetaban una concepción prejurídica²⁸ de la misma, había permanecido durante una etapa multiseccular recluida en el terreno de la denominada *oicoeconomía*, o economía doméstica, que se regía por sus propias reglas que la producción jurídica, desde luego, había respetado íntegramente.
38. La regulación que ahora, y de forma prioritaria además, se lleva a efecto en los distintos proyectos y en el propio Código es, pues, totalmente innovadora, pero resultaba asimismo absolutamente necesaria para el arraigo del nuevo modelo político-social. Como es obvio, se

²⁵ Las frases entrecomilladas en *Discurso Preliminar*, pp 8, 14, 15 y 21, respect.

²⁶ *Parte Primera*, Libro II, Tit. II, en *ibi*, p. 17

²⁷ *Parte Primera*, Libro 2º, *preámbulo*. En este sentido, la paz doméstica era consustancial, como asimismo se expone, para la formación integral del ciudadano, convirtiéndose así en requisito indispensable de la paz burguesa, cuya garantía es el objetivo primordial del código. Al respecto, A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*. París, 1973

²⁸ E. ROCA, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*. Madrid, 1999, p. 39

trata de otro concepto de familia, la así llamada nuclear, construida sobre el desplazamiento de la bilateralidad, sobre el matrimonio considerado como un contrato y en el que la dote viene a sustituir el precio de la mujer²⁹. Su traducción jurídica directa significa la conservación del patrimonio a través de la transmisión paterna, lo que implica el reconocimiento implícito de la riqueza como base del sistema, en este supuesto para mantener intacta o incrementar la masa patrimonial de los ciudadanos.

39. Así parece confirmarlo el estricto régimen jurídico de los hijos, cuya *ratio* se fundamenta en la exclusión del disfrute de beneficios de los denominados hijos naturales o ilegítimos³⁰ -pues, como era de esperar, la filiación se convierte en un objeto de atención preferente para el legislador-, la cual, según parece, sólo era práctica habitual entre las familias más adineradas³¹. Este último, en efecto, resulta a la postre ser una de las más hábiles artimañas urdidas por los ilustrados y plenamente asumidas por el liberalismo ya que, al igual que los bienes parafernales, tiene su fundamento teórico y legitimador en el primitivo pacto social, conforme al cual todos los individuos podían ser titulares de derechos, pero la incapacidad *natural* de algunos, como en este caso de la mujer, traspasaba automáticamente su administración al esposo, quien gozaba, a todos los efectos, de plena capacidad de obrar.
40. Así concebida, la familia viene a ser, por tanto, un ámbito de acción discrecional del ciudadano en la esfera privada, lo que, por otra parte, no deja de recordar la teoría que Hobbes había formulado doscientos años atrás. Supone, de hecho, un auténtico *dominio*, cuya cobertura moral -de una moral burguesa, naturalmente-, se utiliza además para sentar en su seno una auténtica jerarquía que se inicia con el matrimonio, institución ésta que es susceptible de ser contemplada bajo una doble perspectiva jurídica.
41. Por un lado, y como consecuencia de su estimación de *el más noble de los contratos*, se presenta asimismo como una "*sociedad conyugal*, exitosas fórmulas que el Proyecto introduce y asumirán sin discusión todos los proyectos posteriores, incluido el propio Código. Pero es una sociedad en la que el marido dispone de tales prerrogativas en relación a la esposa, incluidos sus bienes privativos de los que es administrador y único usufructuario, que, con razón, ha podido denominarse a este haz de facultades "un derecho eminentemente personal"³², hasta el extremo de anular la capacidad de acción de la auténtica titular, que de esta manera se convierte ella misma en una mercancía. Por el otro, testimonia una decidida y nunca disimulada -por el contrario, aparece explícitamente resaltada- voluntad de otorgar al varón la absoluta dirección en el ámbito familiar. En este sentido, todos los condicionamientos de carácter ético o religioso que rodean la institución matrimonial, incluso durante el largo período en el que la religión conforma un elemento constitutivo de la Nación asumido por las propias Constituciones, aparecen así claramente sacrificados ante una "unidad personal" y "comunidad de bienes", expresiones textuales con las que se alude una finalidad absolutamente necesaria para contrarrestar la atomización prevista por el derecho privado moderno.
42. Se trata, una vez más, de una habilísima operación, absolutamente coherente con el sistema, pues si por una parte permanecía así intangible el derecho de propiedad, prototipo de la individualidad e independencia y auténtica base para la identificación del ciudadano por excelencia, de la mujer, desde otra perspectiva facilitaba desposeer a la misma de todas las facultades que tal derecho conllevaba al atribuir al esposo la administración exclusiva de sus bienes y, con ello, el disfrute de las ventajas que tal disponibilidad aportaba. Sólo de esta manera se podía conseguir, con relación a la misma, la anulación de la independencia necesaria para

²⁹ J. GOODY, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*. Barcelona, 1986, en especial pp 327 y ss

³⁰ E. SHORTER, "Illegitimacy, sexual revolution, and sexual change in modern Europe", en Th. K. RABB y R. I. ROTBERG (ED.) *The family in History. Interdisciplinary Essays*. New York, 1973, pp 48 ss, en especial 71 ss

³¹ J. GOODY, *Loc. cit. Vid.* también cap. 8

³² U. VOGEL, "Fictions of community: Property relations in marriage in European and american legal systems of the nineteenth- Century", en *Private law*, pp 91 ss, pp 119-20

tener una capacidad de obrar plena tanto en la esfera privada como, sobre todo, en la política. No en vano, los primeros “efectos civiles” del matrimonio consistían en “salir del poder paterno (y) entrar en la potestad marital”³³, como todavía en 1868 defendían los más prestigiosos juristas, logrando así conservar viva e intacta “esa sumisión a la que ella está habituada a lo largo de tantos siglos, hasta el extremo de hacerla creer que esta situación es una cosa natural”³⁴.

43. Tales circunstancias hacen del matrimonio una institución peculiarísima, pero totalmente representativa de la cultura jurídica burguesa decimonónica, en la medida que conforma un ejemplo escolástico de las contradicciones entre los principios de igualdad y autonomía con las desigualdades sociales y jurídicas, exclusivamente legitimadas por intereses económicos. Mirándolo bien, no sorprende que así sea. Al fin y al cabo, el matrimonio se considera como la base de la familia, de este nuevo concepto de familia, y a ésta como el fundamento de la *sociedad civilizada* articulada en torno al sagrado derecho de propiedad que sólo adquiere su plenitud en el varón. Y es que, a este respecto, además de suponer “el reino de la libertad frente al Estado”³⁵ la regulación de la familia pone una vez más de manifiesto que, en este particular asunto, no sólo refleja el carácter didáctico de la ley, y por tanto del Código, sino que son esas leyes las que se nos presentan como un elemento de transformación, y control, social.
44. Se trata de una conclusión de la que se extraen dos consecuencias inmediatas de elevado interés. En primer término, el respaldo y admisión de una jerarquía en la estructura familiar que otorga al *paterfamiliae* un absoluto poder que el Proyecto de Código Civil de 1821 identifica literalmente con “el imperio ... que le dan sus virtudes”. Un imperio que exige la incontestable “dirección de marido” y que, partiendo de la “fidelidad recíproca”, es la única vía posible para que esta sociedad conyugal, como elemento fundacional de la familia, pueda “llegar al colmo de la perfección”³⁶.
45. Pero, en segundo lugar, este principio jerárquico –traslación directa del axioma iusnaturalista de la desigualdad natural derivada del talento-, afecta asimismo a las relaciones laborales en general, sometidas al ámbito de aplicación de la legislación civil, al considerar al asalariado en una situación de dependencia a todos los efectos con relación al ciudadano virtuoso³⁷. Se trata de una circunstancia que, además de explicar por qué durante todo el Siglo XIX no existe –ni puede existir- una regulación autónoma del Derecho del Trabajo, pone de relieve una de las más contundentes antinomias, e incluso contradicciones, del derecho privado burgués, en la medida que supone una confrontación de elementos inicialmente inconciliables: la libertad contractual, como expresión más elevada del derecho de libertad personal, y el aludido principio de jerarquía, superviviente, por otro lado, de las relaciones corporativas propias del Antiguo Régimen.

³³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos*, I, p. 371

³⁴ “y no se da cuenta que esta situación en que la situado la familia y la sociedad es indigna de ella y que debe poeer los mismos derechos que el hombre en todos los planos”, decía en 1914 el ya citado escritor socialista Ch VÉRECQUE, *Histoire de la famille*, p. 249

³⁵ U. GERHARD, “Legal particularism and the complexity of women’s rights in Nineteenth- Century Germany”, en *Private law*, pp 137 ss, p. 154

³⁶ *Parte Primera*, Libro 2º, Título I, p. 19

³⁷ Con el ilustrativo, y ya aludido, Título IV, *De la condición de superior y dependiente* del Libro II, Parte primera, el Proyecto de 1821 recoge explícitamente que “el pobre bracero, el sirviente doméstico, que recibe sus sustento de otro, aunque sea a cambio de su trabajo, de hecho están desnivelados y en una posición inferior a la de aquél que los emplea. La Constitución ha conocido esta verdad amarga... pues está en la naturaleza misma de las cosas. Todo cuanto puede hacer la ley es neutralizar el funesto influjo del rico sobre el menesteroso, *del superior sobre su dependiente* (cursiva mía)”. *Loc. cit.*, p. 21. Es cierto que sólo se mencionan al bracero y al sirviente doméstico, pero esto, en mi opinión, no sólo no elimina la exclusión de otros trabajadores no incluidos, como pone de manifiesto el hecho de que los proyectos posteriores extiendan a los mismos esta situación de jerarquía, como se verá más adelante en el texto, sino que revela hasta que extremo, la sociedad que la legislación respalda continuaba manteniendo la estructura del Antiguo Régimen.

46. Son, en todo caso, contradicciones tanto más llamativas cuanto la primera de ellas, es decir, la libertad contractual, en unión de la libertad industrial, y en general la desaparición de todas las trabas de naturaleza productiva y económica, no sólo conformaban las aspiraciones de ese *homo oeconomicus* paradigma del liberalismo posesivo, sino que se presentaron en el periodo revolucionario como el resultado más notable de la abolición de los privilegios corporativos y estamentales³⁸. Sin embargo, lo cierto es que ambas libertades, potenciadas hasta el límite por una legislación que, al mismo tiempo, proscribía toda injerencia estatal en este terreno, bien de una manera aislada, bien en su conjunto, consiguieron exactamente lo contrario: la creación de un grupo, integrado exclusivamente por esos ciudadanos, que por todas partes ejercía su dominio sobre una población asalariada.

IV.- PROPIEDAD Y CONTRATO. PRIMACÍA DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL MERCANTIL

47. En cualquier caso, las libertades económicas que la primera legislación burguesa proclama, como un también primer paso para introducir el modelo social que le es propio, y que son previas además a la redacción de la misma Constitución, son una de las claves para comprender la naturaleza del derecho privado durante esta etapa, por cuanto son el resultado de la aplicación práctica de la separación propiedad-trabajo, en rigurosa ejecución de una teoría lockiana que se encuentra, directa o indirectamente, en la base de todas las construcciones políticas modernas. Y es que si la propiedad identificaba al ciudadano, el contrato es el mecanismo “creado artificialmente”³⁹ para que aquél ejerciera su dominio como superior frente a un asalariado dependiente, sin impedimentos de ningún género y mucho menos estatales, en defensa de sus intereses, identificados y condensados en su propiedad privada. De ahí que todas las relaciones laborales quedarán así, por definición, recluidas al ámbito de lo privado, del derecho civil en especial, pensado deliberadamente para garantizar el imperio absoluto del ciudadano, que es varón, autosuficiente y virtuoso por su especial talento para generar riqueza.
48. Se trata, esta del sometimiento jerárquico o dominio, de una circunstancia que desde luego no afecta al derecho mercantil, el otro gran sector del ordenamiento más identificador del derecho privado⁴⁰. La “objetivización” operada en el mismo, conforme a la cual la “sujetivización” propia de la etapa del Derecho Común había sido remplazada por la atención a los actos mercantiles frente a las relaciones de esta naturaleza, hace comprender la facilidad que esta codificación encontró. Fue éste un lento pero imparable proceso, cuidadosamente preparado por la doctrina, con profundas implicaciones políticas y gran trascendencia social. De hecho, sus orígenes más remotos pueden localizarse sin esfuerzo en las, aparentemente tímidas pero muy relevantes, intervenciones regias en los asuntos mercantiles, llevadas a cabo por las Monarquías a principios del XVI, y culminaron con la incorporación a la Corona de lo que había sido el proyecto de un grupo, facilitada entonces por las teorías mercantilistas. A ello contribuyó decisivamente la visión antropocéntrica de las relaciones jurídicas de esta naturaleza que defendieron tanto sectores reformados como contrarreformistas y, sobre todo, la defensa, llevada a efecto por esos mismos juristas, del *interesse* o interés como ganancia legítima en contraposición al viejo y canónico concepto de usura⁴¹. El resultado fue la potenciación de un grupo que, desde la mitad del XVII,

³⁸ S.SIMITIS, “The case of the Employment relationship: Elements of a comparison”, en *Private law*, pp. 181 ss, pp 185-6

³⁹ *Ibidem*, p. 184

⁴⁰ A. ROJO, “José Bonaparte (1808 –1813) y la legislación mercantil e industrial española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, pp 121 ss; C. PETIT, “Arreglo de consulados” y Revolución Burguesa: en los orígenes del Derecho Mercantil español”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 11, 1984, pp 225 ss

⁴¹ B. CLAVERO, *Interesse. Traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del Siglo XVI*. A.H.D.E., 1979, pp 39 ss; del mismo, *Usura. Del uso económico de la Religión en la Historia*. Madrid, 1984, lo que no parecía afectar al la base antidoral de las relaciones jurídicas. Vid. del mismo autor, *ANTIDORA. Antropología católica de la economía moderna*. Milán, 1991. Para una visión en mayor profundidad del *ius mercatorum* y del comerciante en esta época Vid. C. PETIT (Ed.), *Del “ius mercatorum” al derecho mercantil*. Madrid, 1997, y en especial la contribución del editor, “Mercatura” y “ius mercatorum”. Materiales para una antropología del comerciante premoderno”, pp. 15 ss; y F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*. Milán, 1999, en especial cap. I primero y tercero.

por lo menos y con toda claridad en el XVIII, está ya plenamente capacitado para asumir el protagonismo en todos los campos, hasta el extremo de que son sus mismos integrantes quienes defienden la desaparición de la vieja estructura corporativa y estamental.

49. Es una situación común a todas las formaciones políticas occidentales⁴². En España se percibe rápidamente en el hecho de que, en las postrimerías del Antiguo Régimen, se regula formalmente el préstamo con interés en disposiciones posteriormente incorporadas a la Novísima Recopilación de 1805⁴³. Con tales antecedentes, se comprende por qué la elaboración del Código de Comercio, cuyo contenido abarca esencialmente las relaciones mercantiles desde esta nueva perspectiva, no revistió complejidad ni dificultad especial. De hecho se limita a recoger los intereses y a regular la actividad de un grupo que incluso había tenido la oportunidad de demostrar su influencia política de forma activa durante el Setecientos, no obstante los impedimentos jurídicos que actuaban como cargas sobre la libre circulación, circunstancia esta última que explica porqué puede ser codificado en periodos absolutistas, como realmente ocurrió en España con el primer Código de Comercio. Elaborado en 1829, en plena etapa absolutista de Fernando VII, los liberales admitieron y respaldaron plenamente un cuerpo que, desde el punto de vista técnico y en otros aspectos, aun se considera superior al de 1885⁴⁴.
50. Es, pues, evidente, que toda la legislación decimonónica, y muy en especial los proyectos y códigos de derecho privado en los Estados Occidentales, están predeterminados por los imperativos económicos derivados del liberalismo posesivo, razón por la cual el más prioritario de sus objetivos es la salvaguarda de unos intereses consustanciales al mismo. Y a este respecto, es conveniente tener presente que hasta las décadas centrales del Siglo (1850-1860, c.a.), en las que unánimemente se hace nacer la así llamada *Edad Industrial*, se trata de sociedades, a pesar de la incuestionable importancia del comercio en sentido amplio, fundamentalmente agrarias. Es este un hecho determinante, del que fueron plenamente conscientes los legisladores y al que, desde luego, el derecho postrevolucionario no dejó de prestar atención. Es más, se consideró tan relevante que, tanto en Francia como en España, incluso se planteó y aprobó la decisión de redactar un Código Rural, destinado a regular, precisamente, la que aun se consideraba la fuente de riqueza y, sobre todo, de identificación del *status* personal, por excelencia: la propiedad territorial. Aunque al final ninguno de ellos prosperó por exigencias de la lógica propietaria, cuya racionalidad obligaba a considerar de manera unitaria la propiedad –tal y cómo explícitamente reconoce el Proyecto de Código Civil español de 1821⁴⁵, una tal medida nos indica hasta que extremo la visión economicista inspiraba la redacción de un Código, el Civil, al que más ampliamente correspondía desarrollar los derechos civiles. En cualquier caso contribuye a explicar la permanencia, por estrictos motivos de utilidad, de instituciones del Antiguo Régimen, algunas incluso emblemas del feudalismo, como censos y foros. Incorporadas al propio Código en 1889, estaban muy arraigadas en el Proyecto de 1821, contemporáneo a la promulgación de las leyes que abolían el mayorazgo, cuyo articulado exigía que la mitad de estos bienes permaneciesen en manos del titular en una suerte de vinculación hasta la siguiente generación. Ciertamente, se trataba de medidas saneadoras destinadas a proteger, una vez más, los intereses particulares de grupo, evitando la hipersaturación del mercado y, con ello, la caída del precio de

⁴² Vid., p. e., el llamado *Code Savary* de 1673 en A. VANDENBOSSCHE, *Un projet de code de commerce sous la regence*. París, 1980, elaborado, como ocurrirá con las ordenanzas de los consulados españoles durante el S. XVIII, por prácticos que ningunearon absolutamente la doctrina

⁴³ Hasta ese momento la fórmula habitual para esta clase de operaciones financieras y ante la proscripción canónica del préstamo con interés, había sido el censo consignativo. Vid. al respecto, A. FIESTAS, “La doctrina de Domingo de Soto sobre el censo consignativo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1984, ; y, de la misma, “El censo consignativo según una fórmula castellana del Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 63 –64, 1993 - 94

⁴⁴ J. RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*. Madrid, 1950; E. GACTO, “El Código de Comercio de 1885”, en *La España de la Restauración*. Madrid, 1985, pp 401 ss

⁴⁵ “Pero siendo la nación agrícola en toda su superficie, entiende la Comisión que estas materias deben formar la parte más noble del Código Civil”. *Discurso Preliminar*, p. 11. En 1791 se defendía la idea de un Código Rural para Francia; el 20 de agosto de 1820, las Cortes designaron la comisión para la redacción del proyecto de código rural español

la tierra. Pero es igualmente verdad que conforman un testimonio riguroso acerca de la pervivencia de una sociedad muy distinta, y hasta contraria, a la que pretendía introducirse a través de esas mismas leyes y, sobre todo, el reconocimiento incuestionable de una agrarización que esa misma legislación asume sin complicaciones.

51. Ahí están, como demostración, no sólo los derechos reales de origen feudal que los proyectos incorporan, sino las distintas leyes especiales, sobre todo la Hipotecaria y su Reglamento, no por casualidad promulgadas a principios de la sexta década del Siglo, destinados ambos a la protección prioritaria de los compradores de bienes procedentes de la desamortización⁴⁶, aparecida en un período de ausencia de Código pero en perfecta armonía con los inicios de la sociedad Industrial en España, jurídicamente representada por las Leyes de Sociedades promulgadas en la década de los 50 y por otras disposiciones similares. Como la Ley de 14 de Marzo de 1856 que, a pesar de establecer en un 6% el interés legal, permite determinar convencionalmente el mismo para cualquier operación financiera. Tales concesiones, obviamente destinadas a respaldar prácticas capitalistas, no pueden, sin embargo, hacer olvidar que todavía a finales de 1870 es el mismo Danvila quien propone la redacción de un Código Rural⁴⁷. Idea esta que, además plasmar el concepto de ruralización como un fenómeno contrapuesto al de civilización que representa el ciudadano, permanece, como se ve, latente a lo largo del Siglo como prueba fehaciente de una realidad agraria evidente, hecho que el legislador no ignoraba, no obstante sus esfuerzos por potenciar los intereses de una aun exigua oligarquía industrial.
52. La propiedad individual, en sus distintas manifestaciones, y su resultado inmediato, el ciudadano, como protagonista absoluto del nuevo sistema, dotado además de un haz de poderes en el ámbito privado que hacen de él un *dominus* respecto a su esposa y a sus asalariados, un auténtico señor en el ámbito familiar que los poderes públicos deben respetar íntegramente a través de una legislación en cuya elaboración sólo él y sus congéneres participan, se conforman así como el auténtico epicentro del sistema.

V.- CÓDIGO CIVIL Y DEFINICIÓN DE LEY

53. Así contemplado, ya no puede sorprender que sea precisamente el Código Civil, destinado, como sabemos a la organización del *Cuerpo de Nación* de la misma manera que el Político o Constitución se orienta a la de la *Persona moral* que es el Estado, a quien compete establecer lo que la ley es, su vigencia, su aplicación, el obligado cumplimiento intrínseco a la misma y los requisitos de su promulgación. Puesto que va dirigido directamente a ciudadanos y españoles, el ejercicio de cuyos derechos regula especialmente, es a él y sólo a él a quien incumbe tal tarea. Y puesto que está igualmente admitido como un hecho incontrovertible que únicamente esas leyes, o las normas jurídicas que el legislador reconozca como tales, son el sólo derecho válido, va de suyo la imposición de una obligatoriedad incuestionable.
54. Se trata, esta última cuestión, de uno de los aspectos más relevantes, en la medida que implica una ruptura con lo que había sido práctica habitual durante el periodo anterior a la Revolución. Sin embargo, también aquí podemos observar la influencia de las diversas fases por las que atraviesa el modelo político decimonónico. Y es que, frente a la habitual expresión de que “la ignorancia no exime del cumplimiento de las leyes”, introducida de modo definitivo por el Proyecto de 1836, el de 1821, no obstante dedicar a esta materia el primer capítulo del Título Preliminar, en el que establece la responsabilidad penal en los casos de “falta de puntualidad o de cumplimiento” de las leyes⁴⁸, añadiendo además la obligatoriedad de las mismas “pasadas

⁴⁶ A. FIESTAS, “La protección por la Ley 8 de febrero de 1861 de los compradores de los bienes eclesiásticos desamortizados”; “La protección registral de los bienes eclesiásticos desamortizados, 1863 – 1869”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53, 1983; de la misma, *Censos, desamortización y registro de la propiedad* (inédito). Agradezco a mi compañera y amiga las sugerencias que me ha aportado al respecto y el manejo de documentación inédita

⁴⁷ Proposición de ley sobre código rural que el 8 de Marzo de 1878 presentó Manuel Danvila y Collado al Congreso. Cfr. LASSO GAITE, *Crónica*, 4 –I, p. 95 y 376

⁴⁸ *Proyecto de Código Civil de 1821*, art. 9

cuarenta y ocho horas desde su promulgación” para “todos los españoles sin excepción alguna”⁴⁹, admite, a pesar de lo expuesto, los supuestos de incapacidad como causa de exención de tales prescripciones. Es, desde todos los puntos de vista, una actitud insólita, más próxima al pensamiento jurídico pre-revolucionario que a ese primer momento determinado por el nacimiento del constitucionalismo moderno, pero que está en consonancia con esa idea orbital de revolución. Sólo desde esta consideración, conforme a la cual, tal y como ya se ha expuesto, podían retrotraerse a la Edad Media la existencia de unos derechos y libertades que, a través de una visión volitivamente distorsionada, este texto reconocía asimismo en su *Discurso Preliminar*⁵⁰ como consecuencia de una asumida Constitución histórica recuperada, es factible entender la permanencia de una práctica ancestral, surgida también en esos mismos tiempos medievales, que contemplaba la exención del cumplimiento de las normas por ignorancia, siempre que fuera por causas no atribuibles a las personas que la padecían.

55. Con todo, lo anteriormente expuesto, que, tal y como ya se ha reseñado, sólo aparece en el primer proyecto de Código Civil español, en modo alguno afecta a que, para este texto, los elementos consustanciales de la codificación civil sean exactamente el ciudadano, la propiedad, el contrato y la familia. Así aparecen convenientemente atendidos, pese a su incompletud, en ese mismo Proyecto, no obstante la vocación omnicomprendiva con la que nace, conforme a la cual todo lo que no fuera base del Código Penal debería, al sentir de la Comisión redactora, formar parte del Código Civil hasta el extremo de que todos los demás Códigos –el mercantil, incluso el de Procedimientos- vendrían a ser un “apéndice parcial” de aquél⁵¹.
56. De hecho, para aquella comisión, que a este respecto acredita una innegable influencia smithiana, el primero de los mencionados, esto es, el mercantil, sólo podía alcanzar entidad autónoma por las exigencias de la “actual cultura de los pueblos” y por “los progresos maravillosos a que ha llegado la ciencia del comercio”. A juicio de sus miembros, ambas eran las razones suficientes, y únicas, para realizar un Código de Comercio diferenciado del civil, cuya especificidad procedía fundamentalmente de la necesidad de regular de una manera distinta los contratos “que pertenecen al giro mercantil de mar y tierra” a pesar de dejar sentado que “todos los contratos son el resorte del *Código Civil* en su totalidad”⁵². Ciertamente, tal concesión era la forma tácita de admitir la incorporación española a ese cuarto estadio, el mercantil, de la humanidad que caracteriza la sociedad pre-industrial, tan sutilmente descrito por el maestro escocés en la más divulgada de sus obras. Pero más allá de esta afirmación, esta opción acredita la superioridad de la codificación civil en el ámbito privado, de una parte, y, de otra, el pleno reconocimiento de las otras formas de propiedad, aquellas que, a esas alturas, hacían del ciudadano lo que, en realidad, era: el titular de un haz de poderes formidable en el ámbito público y, sobre todo, en la esfera privada, donde realiza su mesiánica función a través, precisamente, del mecanismo contractual.

VI.- LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO EN LA ETAPA PRE-INDUSTRIAL. LAS CONTRADICCIONES DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836

57. Por tanto, propiedad, ciudadano y contrato, por este orden de importancia, se convierten así en los elementos primordiales de la legislación privada en general y civil en particular.
58. De manera terminante aparecen así recogidos en el segundo, y ya completo, Proyecto oficial de Código Civil, en el que la materia se muestra ya completamente depurada de las injerencias extrañas procedentes de las otras ramas del Ordenamiento jurídico de las que adolecía en

⁴⁹ *Ibi*, arts, 24 y 25

⁵⁰ “España no carece ciertamente de códigos... el *Fuero Juzgo de una parte, y de otra las Siete Partidas* (cursiva original)... Sin duda se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y de utilidad tan notoria e inalterable, que no podrían ser desatendidas sino por frivolidad... La Comisión se honrará prohijándolas”. *Ibi*, *Discurso Preliminar*, p. 12-13

⁵¹ *Ibidem*, pp. 8 y 9

⁵² *Ibidem*, p. 10

Proyecto de 1821. Aunque los principios y valores continúan siendo básicamente los mismos, este texto que, pese a todo, sigue con fidelidad el esquema justineano de Personas, Cosas y Acciones, respalda íntegramente las aspiraciones del liberalismo posesivo, al tiempo que acata de manera ejemplar los condicionamientos que caracterizan esa segunda etapa que aquí se ha identificado como la del Estado Administrativo. En consecuencia, se descartan de su contenido “las leyes políticas y todas las relativas a la administración de justicia” y se asume, no obstante su afinidad con “los contratos comunes”, la peculiaridad de los negocios y contratos mercantiles, admitiendo así tácitamente la validez del Código de Comercio de 1829. Pero a cambio, y como explícitamente se reconoce en la *Exposición de Motivos*, la Comisión designada por el Ejecutivo para la redacción del Proyecto debía de ajustarse a las directrices determinadas por el propio Gobierno, el cual partía, a estos efectos, de la existencia de “un derecho público interior de España” y ordenaba llevar a cabo un Código Civil que “sólo abrazase el derecho Privado”. Un derecho privado que, ahora, se identificaba con “las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”⁵³. En términos estrictamente jurídico-constitucionales, se trata de una de las más escuetas definiciones que podían aportarse acerca del Estado liberal decimonónico, para el que en esa tercera década del siglo, tras la desaparición del absolutismo, ya no se preveía un peligro inminente de desaparición. En todo caso, y a juzgar por los resultados, no cabe duda que los redactores –Tapia, Vizmanos y Ayuso- siguieron con fidelidad las consignas gubernativas recibidas al efecto.

59. Así es. Y se comienza por la más elemental de las preocupaciones, relacionada con los derechos individuales y el mecanismo de su garantía, esto es la ley. A este respecto, la Comisión acredita una innegable influencia del derecho anglosajón cuando considera que los “derechos generales correspondientes a toda clase de personas” son, exclusivamente la libertad individual –disposición libre de las cosas, salvo prescripción en contrario de ley o pacto-, la seguridad real y personal –“que se afiancen el derecho de propiedad y los demás derechos reales como personales”- y la igualdad, complementados con la libertad política que la propia Constitución reconocía, pero que, ahora, se entendía como un freno para que el Estado no pudiera abusar “del poder supremo para oprimir al ciudadano”⁵⁴. En resumen, las libertades negativas de la Constitución inglesa, que la española de 1812 había contemplado como *derechos legítimos*, restringiendo así su eficacia, pero que en este proyecto de código civil alcanzaban su mejor expresión pues se estimaban ahí como objeto prioritario de protección para lo que debía ser el futuro código Civil y de toda la legislación en general.

6.1.- La ley, el individuo y el derecho de propiedad

60. Esta es la razón por la que todos los asuntos relacionados con la definición, promulgación, publicación y obligatoriedad de la ley adquieren ahí tanta importancia. Y es que a diferencia el proyecto anterior, que admitía los casos de incumplimiento legal por razones de desconocimiento derivadas del sexo o la incapacidad, en esta nueva etapa de afianzamiento del ejecutivo se estima ya que, “conforme a justicia” la ignorancia de la ley “no exime de su cumplimiento”. Para corroborar lo afirmado, se establecía asimismo que la obligatoriedad comenzaba desde “el día siguiente al de su promulgación en las capitales de provincia y cabezas de partido... y en las demás a las cuarenta y ocho horas después”⁵⁵.

⁵³ El Proyecto en LASSO GAITE, *Crónica*, 4 – II, pp. 89-319. Las frases entrecomilladas corresponden al *Discurso preliminar*, pp. 90 y 91

⁵⁴ *Ibidem*, p. 93

⁵⁵ *Proyecto de Código Civil de 1836*, arts 6 y 7. A diferencia de lo que ocurría en 1821, la Comisión de 1836 insiste en que los asuntos relativos a la promulgación y publicidad de las leyes son “de la mayor importancia”, instando a que, además de la publicación ordinaria en los periódicos oficiales “se lea un día fijado de antemano por el gobierno, en el Ayuntamiento de cada capital de provincia y partido, y que después se fije un ejemplar impreso de la misma en el paraje más público de aquéllas”, pues, “no debiendo excusar la ignorancia de la ley a individuo alguno, según se establece en este código y es conforme a justicia, debe el legislador facilitar los medios de que llegue aquélla a conocimiento de todos”. *Exposición de motivos*, p. 92

61. La inmediatez y generalidad del obligatorio cumplimiento –incluso para los extranjeros⁵⁶- tras su promulgación, aspecto al que se dedica una especial atención para subrayar su importancia y solemnidad, representa, a mi entender, el firme propósito, consustancial por otra parte al auténtico Estado liberal decimonónico, de negar la validez de cualquier manifestación de los derechos preexistentes, desde el consuetudinario a los usos jurídicos y los fueros particulares “de cualquier pueblo”, como, en efecto, de forma explícita y contundente hace el artículo 12 del texto. Es la forma de imponer la primacía absoluta del derecho legal, el único vehículo, por otra parte, capaz de defender y garantizar ese individualismo posesivo que impregna todo el Proyecto y se muestra en plenitud en el Libro II del mismo, todo él destinado a la más completa regulación del “Sagrado derecho de propiedad”. Y es que, para los redactores del texto, este “vínculo más firme de la sociedad” no había sido, hasta ese momento, objeto de la “protección que se merecía”, pareciéndoles pues insuficiente el tratamiento otorgado a la misma por el anterior proyecto aquí mencionado, que ellos confiesan abiertamente haber utilizado⁵⁷.
62. Así pues, no se trata tanto de definir o enunciar lo que la propiedad es como de protegerla, en conformidad a los dictados del constitucionalismo moderno que encuentra en la ley la garantía máxima de los derechos, el primero de los cuales es, naturalmente, este de propiedad. Sin embargo, en lo que afecta a este concreto asunto, parece ser que en el derecho privado de esta época, fruto de una determinada ideología, lo importante no es la persona o titular sino la relación que establece con las cosas y las cosas mismas. Para la mentalidad de los liberales, en efecto, la persona en sí misma ocupa un lugar secundario frente a la propiedad pues su consideración jurídica sólo tiene lugar si ha demostrado el talento suficiente para su consecución, es decir, si se convierte en propietario. Se produce así una suerte de proceso de *reificación* que, desde luego, nos permite entender la importancia que, al lado de la propiedad como derecho real, los códigos y proyectos otorgan a los medios de adquisición de la misma.
63. En este sentido, es de destacar que, entre todos los que la ley explícitamente reconoce, sobresale el trabajo⁵⁸, fundamentalmente no dependiente, considerado desde Locke en adelante como la vía principal al respecto, porque conforma la aplicación práctica de ese talento natural que lo sitúa como un superior en todos los planos, es fuente de progreso y, sobre todo, le legitima para ejercer ese dominio exclusivo que se deriva de las relaciones que establece con las cosas que conforman *su* patrimonio, a través de las cuales no sólo incrementa su riqueza individual sino también, tal y como se venía defendiendo por las primeras teorías individualistas desde, por lo menos, la mitad del Seiscientos, la de toda la Nación.
64. Se trata de hechos incontestables e irrenunciables que el Proyecto de Código Civil español de 1836 recoge puntualmente. “La ley –se dice textualmente en su *Discurso Preliminar*- debe proteger siempre y con toda eficacia el derecho de propiedad, ora pertenezca a un nacional, ora a un extranjero⁵⁹. Se trata de una exigencia que, como a continuación explican los redactores, no sólo viene justificada por su vinculación con la idea de progreso en la agricultura y en la industria sino incluso con la idea del patriotismo, cuya presencia, al pensar de quienes esto defendían siguiendo unas arraigadas premisas que hundían sus raíces en la mitad del Seiscientos, está en relación directa con el grado de respeto que se dispense a las posesiones individuales⁶⁰. En ese cuarto estadio mercantilista, está claro que hasta sentimientos e inclinaciones ideológicas tenían un valor cuantificable materialmente.
65. En coherencia con tales presupuestos, se aplicaron entonces de la manera más rigurosa los requisitos consustanciales a la propiedad burguesa, resultando así un derecho real que dotaba a

⁵⁶ *Ibidem*, arts 6, 32 y 37

⁵⁷ *Ibi*, *Exposición de motivos*, p. 97

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ *Ibidem*, p 99

⁶⁰ *Ibidem*

su titular de unas facultades sin precedentes. De hecho lo convirtió en señor absoluto, dueño de lo principal y accesorio –“superficie y lo que está debajo de ella”- sin ninguna obligación frente al resto de la sociedad. Para dejar sentado este nuevo *status*, se abolieron prácticas ancestrales, en especial el espiguelo, por considerarlas “un escandaloso abuso” y “una invasión de propiedad ajena” llevados a cabo “por personas haraganas”⁶¹, y se permitió la plena libertad contractual en relación con los arrendamientos rústicos o urbanos, denegando al arrendatario cualquier derecho, incluso el tanteo y retracto. Además, ratificando las contemporáneas medidas desamortizadoras, se prohíbe asimismo la adquisición de bienes raíces a las manos muertas, en especial eclesiásticas, y toda modalidad de vinculación justificando la medida en que “coartan el derecho de propiedad y la libre disposición que cada uno debe tener de sus cosas, lo cual pugna con uno de los principios fundamentales del derecho”⁶².

6.2.- El proyecto y las discriminaciones

66. Son, todos ellos, mecanismos de protección y garantía intensos y eficaces, cuya finalidad consiste en potenciar al máximo el entorno inmediato y personal y la labor de ese ciudadano virtuoso, al que se libera de perturbaciones de terceros, en completa conformidad con el prototipo constitucional que no tardaría en verse reflejado en la Constitución de 1837, y para cuya defensa sus responsables esgrimían criterios de racionalidad. Exactamente los mismos que, en un alarde de orgullo, exhiben los redactores cuando dicen, precisamente en relación a la “condición doméstica, o sea estado de familia de las personas”⁶³, reivindicar la dignificación de la mujer frente a la barbarie de la legislación antigua. Aunque tal reivindicación se reduce a la postre al reconocimiento de la patria potestad y la administración de los bienes conyugales por parte de la esposa en los casos de ausencia, incapacidad física, inhabilitación o muerte⁶⁴. Y aun en este caso pesaba sobre ella la obligación de contar con el expreso consentimiento del juez y de un pariente, siempre del marido, para disponer de tales bienes o tomar decisiones relativas a la educación (corrección) de los hijos⁶⁵

67. Con todo, se percibe ciertamente una innovación con relación a los proyectos anteriores. Tal novedad, sin embargo, no debe conducir a engaño porque en modo alguno supone una restricción de una de las más paradigmáticas discriminaciones del sistema. De hecho, esta apertura es una consecuencia directa de la lógica propietaria que inspira todo el Proyecto y que se muestra particularmente eficaz en el terreno de familia y sucesiones con el fin de mantener incólume el patrimonio familiar, tal y como se desprende de la prolija regulación del orden sucesorio y la filiación. Pero es sobre todo en el régimen jurídico matrimonial donde con mayor nitidez se mantiene la desigualdad por razón de sexo. Considerado, como exigía la propia teoría liberal, origen de la sociedad conyugal, el Proyecto es taxativo cuando expone que, en ella, “el marido tendrá exclusivamente la administración de los bienes sociales y sólo él podrá hipotecarlos o enajenarlos”. Aunque se añade, en fiel acatamiento de las normas que prescribían la preservación de la integridad patrimonial, la obligación de que, en todo caso, los negocios realizados sobre los inmuebles debían generar beneficios para los hijos⁶⁶, lo cierto es que se atribuye también al esposo la libre administración de los bienes dotales y “extradotales”, para cuya enajenación era, además, necesario el mutuo consentimiento de ambos, no obstante ser privativos de la mujer. A pesar de las enfáticas declaraciones a su favor, la verdad es que ni siquiera en los casos de malversación o disipación probada de tales bienes, recuperaba ésta la administración, pues en tales supuestos debería recurrir al juez, quien designaba a un tercero

⁶¹ “Una compasión mal entendida introdujo también entre nosotros el escandaloso abuso de permitir que ciertas personas haraganas invadiesen la propiedad ajena con el objeto de recoger espigas o los despojos de las eras o parvas”. *Ibidem*, p 98

⁶² *Ibidem*, pp. 102, 105 y 108

⁶³ *Ibidem*, pp. 93-95

⁶⁴ *Ibi*, arts 190 ss y 386 a 388

⁶⁵ *Ibi*, arts 393 y 397

⁶⁶ *Ibi*, art. 113

que, además, debía percibir un porcentaje sobre los mismos en concepto de remuneración por sus tareas de administrador.

68. Son, en definitiva, prescripciones todas que confirman las reglas impuestas por el nuevo modelo social, en conformidad a una moral específica, la moral burguesa, y que a esas alturas había relegado al olvido, oficialmente al menos, las normas de la *oicoeconomía* para sustituirlas por otras que introducen un modelo de familia en la que el ciudadano pueda ejercer su más completo dominio, pero manteniendo muy vivas, como ocurrirá a lo largo del Ochocientos, las premisas doctrinales del Antiguo Régimen centradas en la imposibilidad de existencia de un auténtico consenso femenino como consecuencia de la fragilidad de su voluntad. Convenientemente presentadas como una defensa de su honestidad e integridad física, fueron, desde luego, extremadamente oportunas para anular de raíz la posibilidad de que la mujer pudiese adoptar ningún tipo de decisión con relación a su patrimonio, incluso sus hijos y, por supuesto, en el ámbito público⁶⁷. Se mire por donde se mire, permanece aun muy vivo el viejo aforismo *masculinum an concipit foemininum* que con tanta *pulchritudo* habían hecho suyo los juristas del ahora denostado *ius commune*.
69. Con mayor intensidad que en el Proyecto de 1821, el ciudadano, que no el español, se convierte así en un auténtico señor en el ámbito privado. Porque si bien es cierto que, por su condición de varón, a él “corresponde la dirección de la familia” y, en consecuencia, “la mujer debe obedecerle, vivir en su compañía y no separarse de él sin licencia ni aun temporalmente”⁶⁸, colocándose por consiguiente en una situación de dependencia total, también lo es que esta dependencia no es más que la manifestación directa de un dominio que se extiende a todo aquél que realice un trabajo asalariado⁶⁹. Así se desprende de los propios términos, “amo” y “criado”, utilizados para designar a los sujetos de una relación genéricamente titulada “Del servicio personal”, mediante la cual se regula todo “servicio o trabajo personal por cierto salario o precio”, con independencia de su clase y en la que, no en vano, todas las presunciones operan a favor del primero, esto es, del amo, a quien, por supuesto, se reconoce todo el poder y discrecionalidad. En ello consiste, al fin y al cabo, la aplicación rigurosa de una Declaración de derechos que diferenciaba desde su promulgación entre hombre y ciudadano, estableciendo entre ambos una profunda desigualdad.
70. Naturalmente no son los únicos casos. A la desigualdad natural entre hombre y ciudadano, y a la discriminación por sexos deben añadirse las siempre presentes pobreza y el racismo. La primera, tan gráficamente representada en el Proyecto con la ya aludida referencia a los haraganes, expresión casi coloquial que se utiliza para designar a los no poseyentes y desocupados. Consecuencia directa de la desaparición del corporativismo y sustitución del dominio dividido por una propiedad individualista que no sólo no contemplaba sino que repugnaba toda finalidad social, su presencia fue una preocupación constante a lo largo del XIX que pretendió subsanarse a través de medios extraestatales y, sobre todo, controlarse mediante la legislación contra vagos y maleantes, de carácter penal y de la que estos son los destinatarios, con el pretexto de defender a la sociedad contra elementos potencialmente peligrosos.
71. El racismo, por su parte, está implícitamente reconocido en el artículo 20, uno de los más cínicos de todo el proyecto, e irónicamente incluido en el título “De los derechos correspondientes a las

⁶⁷ . Ha estudiado el tema de una manera brillantísima G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestá e consenso femmenile nella cultura giuridica moderna*. Milán, 1999. Este párrafo, incluido en la *Exposición de Motivos*, p. 94, lo confirma sobradamente: “Y si la validez de los contratos el requisito más esencial es el consentimiento de los otorgantes, ¿Cómo podrá suplirse la falta de voluntad en el más sagrado y más importante de todos los contratos? ¿Y esta falta de voluntad en quien recae? En el otorgante más fuerte por su sexo y que procurará vengar la violencia que se le hizo en la infeliz, condenándola a una opresión eterna. Hay más: suprimido el derecho de obligar al hombre a casarse contra su voluntad... las jóvenes darán mayor aprecio a su honestidad; no confiarán como hasta aquí en un enlace que cubra su debilidad; no se harán tráficos escandalosos del pudor y ganarán mucho las buenas costumbres”.

⁶⁸ *Proyecto de C.C. de 1836*, art. 183

⁶⁹ *Ibi*, arts 1259 y ss

personas en general". En rigurosa aplicación de un sentimiento por entonces bastante extendido entre los occidentales, conforme al cual la aplicación de las Declaraciones de derechos se lleva a efecto en las Naciones Civilizadas y sus beneficiarios preferentes eran únicamente sus integrantes allá donde se encontrasen, tal artículo, en efecto, disponía que los esclavos, por el simple "hecho de pisar territorio de España", recobraban automáticamente la libertad y pasaban a formar parte "de los demás criados de servicio". Sin embargo, se trataba de una medida que afectaba exclusivamente, aunque no se especifica, al territorio europeo ya que la esclavitud no se abole en Cuba y Puerto Rico hasta la década de los ochenta, lo que, por otra parte, es perfectamente coherente con los dictados del primer liberalismo, que veía en la esclavitud una clase de propiedad, y con las exigencias de la moral burguesa, cuya pureza rechazaba la exhibición de formas de un dominio personal tan directo. Pero, por encima de todo, está en consonancia con el espíritu de la recién restaurada Constitución de 1812, en vigor cuando este Proyecto de Código Civil, que lleva fecha de 15 de Septiembre de 1836, se eleva para su aprobación-, la cual sólo reconocía como españoles a los libertos "desde que adquieran la libertad en las Españas", y exigía más, y más especiales, requisitos de los habituales para obtener la ciudadanía a aquellos españoles que "por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del Africa"⁷⁰. Otras minorías, como p.e. los indígenas, a los que el artículo 21 niega la calidad de españoles dada la exigencia de la línea paterna o materna –aunque en el caso de la madre sólo para los "matrimonios ilegítimos"-, o los gitanos, presumiblemente incluidos en el ámbito de aplicación de la ya mencionada Ley de Vagos, ni siquiera se mencionan, siguiendo la tónica habitual del silencio cómplice.

72. Sexismo, racismo y pobreza, presentados bajo ese barniz pseudohumanitario propio de la moral burguesa omnipresente en las "Naciones Cultas", a las que tantas y tan variadas referencias se hace en el *Discurso Preliminar*, las tres discriminaciones básicas, aparecen así puntual y eficientemente recogidas por un proyecto de Código cuyo objetivo prioritario está en función de eliminar todas las trabas que puedan perturbar el libre ejercicio de la propiedad, la auténtica, como se dice, base de la sociedad, puntal de civilización y progreso y, por ello, el más sagrado de los derechos individuales. Así contemplada deviene de hecho un *ius abutendi*, al que es totalmente ajeno cualquier fin o propósito social y que, por su regulación, ahora se va a convertir en el vehículo de un violento individualismo, clave del aislamiento. social

6.3.- Permanencia y reconocimiento de prácticas históricas

73. Se trata con todo de un planteamiento teórico, porque, a pesar de esos confesados propósitos, a pesar de la declarada hegemonía del derecho legal en el Proyecto y el continuado menosprecio del Antiguo Régimen, los redactores, al igual que había ocurrido en 1821, y por las mismas razones de conveniencia y utilidad, tuvieron que rendirse a la evidencia de admitir la permanencia de aquél en el ámbito social. Los casos son múltiples y relevantísimos. Como la propia definición de matrimonio: "unión legítima de hombre y mujer, con intención de prestarse auxilio, de procrear y educar a la prole"⁷¹. En mi opinión, se trata de uno de los supuestos más clarificadores de la naturaleza de la revolución burguesa en España en esa primera mitad del siglo XIX, en la que elementos nuevos, como el individualismo y la exclusividad del derecho legal coexisten sin problemas con fundamentos consustanciales de la etapa precedente. En los inicios mismos de esa segunda fase del Estado, confluye la más pura tradición paulina, amparada en su día por la Ley Fundamental de la Religión, con la más estricta legalidad para determinar la validez de una institución absolutamente fundamental para la sociedad como eje que es de la familia. De tal manera que esta unión sólo produce efectos jurídicos porque es legítima, esto es legal, circunstancia esta que facilita la anteriormente impensable intervención estatal, siempre con una notable finalidad económica, a través de la cual se introduce la figura del divorcio vincular y el reparto de los bienes de la sociedad conyugal, dejando la nulidad para los tribunales

⁷⁰ *Ibi*, arts 5, 18 y 22

⁷¹ *Ibi*, art. 145

eclesiásticos⁷². De esta forma, el matrimonio adquiriría una suerte de naturaleza mixta civil-religiosa verdaderamente insólita, pero también muy adecuada a los predicados de una constitución histórica de creación doctrinal aun muy popular entre muchos sectores.

74. Pero con ser ilustrativo, no es este el caso más relevante, pues, por su importancia, y en la medida que afecta a lo que con tanta insistencia se identifica con el origen de la misma sociedad, resalta vivamente la continuidad de prácticas usos e instituciones del Antiguo Régimen que afectan al derecho real de propiedad, ilustrativamente designado con el término de dominio - es decir, el que un siglo antes había utilizado el jurista Pothier, quien se refería a la misma como *dominio de propiedad*⁷³ - en el artículo 621 del Proyecto.
75. No se trata de una simple cuestión terminológica. Porque lo que realmente se esconde detrás de esta calculada y voluntaria ambigüedad conceptual es, exactamente, el mecanismo más eficaz para proteger los intereses inmediatos de la burguesía⁷⁴. Y es que la permanencia del dominio, punto axial de todas las relaciones, incluidas las de poder, hasta las revoluciones, aunque implica de hecho una confrontación con la idea de propiedad, por cuanto reconoce la cotitularidad basada en el *ius utendi* o uso compartido frente al *ius abutendi* que originalmente tenía la propiedad burguesa o, en su caso, el *ius utendi et disponendi* en su versión más restringida, era absolutamente fundamental para el mantenimiento de los censos, al que el Proyecto destina todo el Título V del Libro III. La prolija regulación del enfiteútico —emblema de la sociedad feudal, a la que teóricamente se había puesto fin con las leyes desvinculadoras y de abolición del señorío promulgadas durante la primera etapa liberal- que ahí se lleva a efecto, responde con fidelidad a la teoría del dominio dividido, hasta el extremo de incluir⁷⁵ explícitas referencias al dominio útil y al directo del “censuario” (*sic*) y “censualista” y, desde luego, viene a confirmar, a mi juicio, lo anteriormente expuesto.
76. Pero una opción como esta conforma una de las más manifiestas contradicciones, por otro lado, congeniales al derecho postrevolucionario en muchas formaciones políticas coetáneas. Es decir, tal y como afirma C. Offe, se produce aquí una “situación donde... lo necesario se convierte en imposible y lo imposible se convierte en necesario”⁷⁶, sin por esto desencadenar una crisis o ruptura del modelo. La necesaria implantación de una propiedad individual que, como derecho real, debe verse libre de cualquier carga o limitación, se convierte en imposible porque este Proyecto, totalmente contemporáneo a la primera de las grandes desamortizaciones eclesiásticas de la época liberal, tiene que responder una vez más a las demandas de sus destinatarios preferentes. De esta manera, por razones de exclusivo interés económico, pero de honda trascendencia política, lo imposible, o sea, el mantenimiento de instituciones, formal y materialmente incompatibles como los censos, se hace necesario porque permiten la percepción segura y continuada de unos ingresos, procedentes del rendimiento de unos inmuebles sobre los que es ahora factible imponer cánones y plazos de forma discrecional, inalcanzables de otro modo en un mercado cuya hipersaturación corría el riesgo de devaluar el producto. No debe olvidarse a este respecto que el sufragio censitario, base de la representación política, tanto en su versión activa como pasiva, aparece evaluado en las propias constituciones —incluida la inmediata de 1837, que recurre a la expresión “medios de subsistencia” en su artículo 17- en relación con la renta más que con la propiedad territorial.

⁷² *Ibi*, arts 230 ss y 222 ss, respectivamente

⁷³ P. GROSSI, “Un paradiso per Pothier (Robert- Joseph Pothier e e la proprietà moderna)”, en *Il dominio, passim*.

⁷⁴ Esta clara opción de una política del derecho, se mantiene intacta en el Código Civil en 1889. Para su mejor comprensión resulta una vez más imprescindible la consulta de P. GROSSI, en particular: “La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico”, *passim*, y en especial pp. 662-3; “Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana”, ambas en *Il dominio*, pp 603 ss y 571 ss, respectivamente, y “Tradizioni e modelli nella sistemazione post – unitaria della proprietà”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, pp. 216 ss

⁷⁵ *Ibi*, art. 1279

⁷⁶ C. OFFE, “Legitimacy versus efficiency”, en *Contradictions*, pp 132 - 3

77. Se trata, en fin, de las mismas razones que pueden hacer plausible la explicación que cabe otorgar al hecho de que, no obstante las continuadas descalificaciones que, frente al derecho legal, al que por supuesto se considera el único viable, se dirigen constantemente al anterior, y muy en especial la costumbre, el mismo Proyecto disponga que, en defecto de convenio específico -en el que, por otra parte, las condiciones dependen siempre de la voluntad del “amo” o *dominus*- se debe recurrir precisamente a la “costumbre del país para determinar “la extensión del trabajo por cuenta ajena”, e incluso al “arbitrio de hombres buenos” para, en el supuesto de no haber sido fijado previamente, estipular “el precio del jornal”. Definitivamente, la vieja sociedad y sus normas internas, a pesar de todos los esfuerzos, estaba lejos de desaparecer, y en muchos aspectos, como ponen de relieve estas contradicciones, aun podía dejar sentir su voz. Y en ello reside la que posiblemente es la característica más notable del Estado Liberal en esas sus dos primeras fases o etapas.

VII.- INDUSTRIALIZACIÓN Y CÓDIGO CIVIL

78. En todo caso, son contradicciones que se pueden percibir con mucha menor intensidad en el más logrado, desde todos los puntos de vista, Proyecto de Código Civil que presenta la historia de la codificación española: el de 30 de abril de 1851⁷⁷, redactado por la Subsección de lo Civil de la Comisión General de Codificación y, en buena parte, obra de Florencio García Goyena. Formalmente adecuado a las cincuenta y tres “*bases del código civil*”⁷⁸ que, en nombre de la Comisión, Juan Bravo Murillo elevó al Gobierno el 7 de Marzo de 1844, este Proyecto, unánimemente considerado como el más relevante antes de la aparición del Código, es sobre todo importante porque, a pesar de que su redacción se lleva a efecto bajo la vigencia de la más doctrinaria de las Constituciones, la de 1845, refleja el cambio, político más que social, que se había producido.

79. Sin embargo, lo que, en mi opinión, le concede ese lugar destacado es el hecho de conformar el más serio, y también extemporáneo, intento de “modernización” de la propia sociedad. En él, en efecto, existe una más que evidente ruptura con los elementos multiseculares de presencia tan viva en los proyectos anteriores, que se sustituyen ahora por otros nuevos que permiten la total incorporación de las aspiraciones de una clase que daba sus primeros pasos en la era industrial, que se modernizaba al estilo ochocentista y, en consecuencia, exigía una regulación y atención a sus intereses muy diferente a la llevada a cabo con anterioridad. Es un hecho que salta a la vista de manera inmediata y comienza por la propia estructura, que rompe ya con el anterior modelo justineano, pero que, sobre todo, destaca en la regulación de la libertad contractual y de industria. Y es que, en su ánimo de fomentar la incorporación del ciudadano a esa sociedad protoindustrial, cuyas fuentes de ingreso se basaban en unas vías distintas a las tradicionales y cuyos primeros pasos se habían respaldado tras a creación de la Bolsa de Madrid por el Marqués de Salamanca y las inmediatas Leyes de Sociedades mercantiles de la década de los Cincuenta - a las que se reconoce⁷⁹ preferencia de aplicación sobre el Código-, el Proyecto de 1851 depura a ambas libertades de todos los condicionamientos preexistentes, al tiempo que facilita todos los medios para que se desarrollen libres de injerencias. Como el préstamo, para el que se admite el pacto convencional del interés siempre que no exceda del doble del legalmente establecido y conste en documento escrito⁸⁰, lo que, en verdad, dejaba amplia discrecionalidad al prestamista .

80. No cabe duda: este es el Proyecto de una nueva clase, por demás aun muy minoritaria. Por si no estaba suficientemente claro, dos aspectos novedosos vienen a confirmar esta aseveración. El

⁷⁷ El Proyecto en LASSO GAITE, *Crónica*, 4 – II, pp 321-421..Vid. también, de Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1952 (reimp. Zaragoza, 1974 y P. S. CODERCH, *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona, 1985, sobre todo, pp. 7 - 133

⁷⁸ Las bases en LASSO GAITE, *Crónica*, 4 – I, pp. 157 ss

⁷⁹ Proyecto de Código Civil de 1851, art. 17

⁸⁰ *Ibi*, art. 1650

primero consiste en la proscripción de establecer para el futuro censos enfiteúticos⁸¹ y facilitar al extremo la redención de los existentes, cuya desaparición, desde luego, potencia⁸²; en segundo lugar –y desde un determinado punto de vista, aun más relevante-, la incorporación de otras formas de propiedad, en especial la intelectual, es decir, “las producciones del talento e ingenio”, como textualmente se afirma. Con relación a esta última, cuyo reconocimiento se lleva a efecto de forma y modo rigurosamente coetáneos a las demás formaciones políticas occidentales, debe advertirse además que los redactores, para resaltar la importancia de la misma, remiten su más específica regulación a unas futuras leyes especiales⁸³.

81. De esta manera, el Proyecto no sólo defendía un código que resultaba más avanzado que los anteriores, sino cumplía sobradamente con el cometido exigido a los Códigos civiles del XIX. Es decir, prestaba atención a los tres ámbitos ya señalados que integraban el contenido del Derecho Privado decimonónico: la propiedad industrial, los contratos y negocios financieros y, por supuesto, la propiedad territorial o agrícola. Porque va de suyo que la propiedad sigue siendo el elemento prioritario, a cuya atención, llevada a cabo, por cierto, en conformidad a las prescripciones del más estricto derecho burgués, se dedican dos de los tres Libros de los que consta. Naturalmente, se la sigue considerando como objeto preferencial de protección, como por otra parte cabía esperar en ese momento de doctrinarismo exacerbado.

7.1.- Intangibilidad de las discriminaciones

82. Esta última circunstancia se percibe además en el tratamiento dispensado a las tres discriminaciones congénitas al sistema que no sólo permanecen, sino que alguna de ellas es susceptible de ciertas modificaciones, bien que sin alterar con ello su esencia. Porque el no reconocimiento, llevado a efecto por el art. 14, de distinciones por razón de nacimiento, así como la inadmisibilidad de “diferencia en las condiciones legales”, se reduce al ámbito de los derechos civiles y no a los políticos, como consecuencia directa del dogma de la igualdad formal ante la ley. Es un hecho que, una vez más, se comprueba fácilmente porque, a pesar de que se abandonan las restricciones existentes desde 1812 para alcanzar la cualidad de español en virtud del reconocimiento que de la misma el artículo 18 de este proyecto aplica a “todas las personas nacidas en los dominios de España”, se conserva intocada la taxativa prohibición de la esclavitud, especificando –ahora sí- que sólo afecta “al territorio continental del Reino o de sus islas adyacentes”⁸⁴.
83. Y se comprueba asimismo en la regulación del trabajo asalariado, al que, también ahora, se consideraba “arrendamiento del trabajo y la industria”. Aunque bajo tal denominación se englobaban indistintamente el “servicio de los criados” y el de los “menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados”, es cierto que introducía un notable cambio cualitativo frente al anterior Proyecto de 1836, con su clasificación de indudable reminiscencia gremial –jornaleros, criados y aprendices- y la relación de dominio que allí se recogía, sobre todo porque el de 1851 declara nulo “el arrendamiento (de trabajo) por toda la vida”. Pero es igualmente verdad que la presunción opera siempre a favor del amo, como también expresamente se admite⁸⁵, incluso cuando se trata de salarios no devengados. Es una conclusión en absoluto inocente, sino más bien en perfecta consonancia con el estrictísimo sufragio censitario y ejercicio de los derechos políticos prescrita por la Constitución de 1845, que dejaba fuera cualquier asalariado incluido en

⁸¹ *Ibi*, art. 1547

⁸² *Ibi*, arts 1563 y ss

⁸³ *Ibi*, art. 397. Sobre la evolución del derecho de propiedad intelectual, que con el de patentes conforma uno de los elementos más identificativos del derecho de la época industrial, puede verse ahora el muy completo e ilustrativo artículo de J. GARCÍA MARTÍN, “De la apropiación penal a la propiedad literaria: sobre los orígenes del derecho de propiedad intelectual en España (siglos XVIII – XIX)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, no 93, 105 ss

⁸⁴ *Proyecto de Código Civil de 1851*, art. 34

⁸⁵ *Ibi*, arts 1523-28

este grupo y, con ellos, la inmensa masa de la población, sobre la que pesaba la losa del despido sin justa causa, expresamente admitido y con la única condición del pago de una cantidad equivalente a quince días de trabajo⁸⁶. A mayor modernidad, correspondía en proporción similar un mayor individualismo, una mayor inseguridad y un mayor aislamiento, elementos todos ellos potenciales de una pobreza también mayoritaria que quedaba así respaldada por un Estado en fase administrativa y liberal al ciento por ciento.

84. Desde esta perspectiva, reviste especial relevancia el hecho de que, frente a las explícitas manifestaciones en relación con las anteriores discriminaciones, ante el sexismo el Proyecto guarda un absoluto silencio. La mujer no existe como sujeto y sólo es objeto de atención cuando se trata de determinar y fijar con detalle lo que para el legislador es su *status* natural: el matrimonio o la viudedad. Sin embargo, con relación al primero, el mantenimiento de la naturaleza mixta, civil- religiosa, anterior daba lugar, en el contexto en que se desarrollaba el Proyecto, a la existencia de dos causas contradictorias –en el sentido, ya aludido, del término– que cuestionan más que ningún otro asunto su evidente modernidad. Se trata, en primer término de la exclusiva validez del matrimonio eclesiástico, por otro lado en plena conformidad con la situación supraconstitucional que la propia Constitución había concedido a la Iglesia, ratificada por el ya mencionado Código Penal de 1848 y su recentísima Reforma de 1850; y, en segundo lugar, la regulación civil del mismo, que alcanza la admisión del divorcio –vincular, naturalmente– y, sobre todo, el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y familiar.
85. Desde estos presupuestos, no sorprende la omnipresente inspiración paulina. La obligación legal de seguir al esposo donde quiera que fije su residencia no es sino la consecuencia del deber prioritario de obediencia total a un marido al que se conserva intangible su condición de *dominus*, apenas disimulada bajo las funciones de “administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio” o de “representante legítimo de su mujer”⁸⁷. Legítimo, se reitera, luego por concesión legal, con lo que se convierte en fruto de esa voluntad general que es la ley que se impone ante cualquier tradición en contrario.
86. En este sentido, el hecho de reconocer a la mujer la patria potestad en caso de ausencia o por incapacidad del esposo, o la atribución de la administración de sus propios bienes en el de divorcio, e incluso la posibilidad de adoptar en igualdad de condiciones que el varón –es decir, a partir de los cuarenta y cinco años–, concesiones todas ellas que valieron a García Goyena la acusación de excesiva simpatía hacia el “bello sexo” por sus colegas, no puede hacer olvidar que se trata de facultades notablemente reducidas por una serie de limitaciones que las cercenan sensiblemente, hasta el extremo de hacerlas casi testimoniales. Porque, en su condición de administradora, carece de la capacidad de disponer de los bienes, debiendo para ello contar con la licencia del juez, que viene a sustituir a la del marido, lo que ocurre asimismo para comparecer en juicio⁸⁸. De la misma manera se la declara inhábil para ser tutora y se prohíbe la adopción a las viudas con una edad superior a los cuarenta y cinco años, relegando, en este caso a todas las mujeres con independencia de su estado, al último lugar en el supuesto de tutela legítima⁸⁹, y aún así sólo para los abuelos.
87. Se trata, en fin, de múltiples elementos cuidadosamente articulados para mantener plenamente vigente una discriminación surgida, como las demás, del principio general de la desigualdad material consustancial al sistema. En este supuesto apoyada además en esa pureza moral que derrocha toda la legislación decimonónica, ejemplificada de manera magistral en la primera de las causas –legítimas, no conviene olvidarlo– de divorcio que se reconoce: el adulterio de la

⁸⁶ *Ibi*, art. 1525

⁸⁷ *Ibi*, arts 58 ss

⁸⁸ *Ibi*, arts 62 a 64

⁸⁹ *Ibi*, arts 202 y 181, respectivamente

mujer en todo caso y el del marido sólo cuando de él resulte escándalo público o menosprecio (*sic*) de la esposa⁹⁰.

7.2.- La extemporaneidad del proyecto de Código civil de 1851

88. Frente a los anteriores, el Proyecto de 1851 es de una factura totalmente liberal-burguesa, porque en él están presentes todos los requisitos que lo acreditan como tal, incluida la proscripción de amortizar a las manos muertas. Es, por ello, una ley única, que no solo homogenizaba, sino que también unificaba al anular cualquier práctica preexistente. En especial las relativas a la familia, comenzando por el matrimonio, contrato que da origen a una sociedad legal regida por normas propias en detrimento de una tradición a la que ahora sólo se daba validez por un plazo de diez años, al igual que a todos los “fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este código”⁹¹.
89. Unánimemente considerado esto último como una de las causas de su fracaso –lo que ciertamente prueba el hecho de la enorme polémica acerca de los derechos forales que se suscitó inmediatamente después-, pienso que a ella debe añadirse como motivo fundamental la circunstancia de ser un texto adelantado a su tiempo y, en consecuencia, totalmente inadecuado a una sociedad que, en muchos aspectos, continuaba siendo como la del Antiguo Régimen y a un marco político-constitucional en el que no sólo era un difícil problema la desaparición definitiva del Mayorazgo, sino que, por Ley de 17 de julio de 1857, permite al gobierno autorizar la creación de estos vínculos. El de 1851 es, en efecto, un Proyecto pensado para un Estado capitalista en la medida que potencia la producción privada a través de la acumulación de la misma naturaleza, profundamente individualista, circunstancias ambas que, ciertamente, se dan en ese momento, pero carece sin embargo de la legitimación democrática necesaria a un poder político⁹² que, bajo los auspicios de la Constitución de 1845 dista, desde luego, de poseer, por no mencionar la vigencia del régimen especial de Navarra y las provincias vascas tras la Ley Paccionada de 1841. Y le falta asimismo la condición material imprescindible, la industrialización que únicamente a partir de esa década comienza a producirse en un tímido y lento proceso. España continuaba siendo un país esencialmente rural y la principal fuente de riqueza seguía vinculada, directa o indirectamente, a la propiedad territorial. A cuatro años de la última gran desamortización, la eliminación de la enfiteusis y las reducciones y soluciones propuestas no podían ser, desde luego, consideradas por sus beneficiarios, profundamente implicados en el proceso de toma de decisiones políticas y en consecuencia en los procesos legislativos, como la solución más idónea.
90. El proyecto no prosperó, es cierto, pero su influencia fue enorme en la redacción del Código Civil de 1889. Hasta entonces, y por un periodo de casi treinta años, mientras en las formaciones políticas donde el código existía se procedía a auténticas campañas de divulgación de sus bondades⁹³, en España los juristas discutían precisamente acerca de la oportunidad del mismo.⁹⁴ Era una de las consecuencias de su fracaso, directamente relacionada con el auge de los derechos forales; la otra es que dejó constancia de un hecho: la necesidad perentoria de garantizar convenientemente la propiedad más extendida y arraigada, la que verdaderamente confirmaba entre nosotros la independencia del ciudadano, es decir, la propiedad rural o territorial. Justamente con este propósito se procedió a la relativamente inmediata redacción de la, a juicio de su comentarista Oliver⁹⁵, “mal denominada” Ley hipotecaria y su Reglamento

⁹⁰ *Ibi*, art. 76 – 1º

⁹¹ *Ibi*, arts 1235 ss y 1992

⁹² C. OFFE, “Theses on the theory of the state”, en *Contradictions*, pp 120-21

⁹³ J.-L. HALPERIN, *Codes et traditions*

⁹⁴ En el primer Congreso de Jurisconsultos Españoles, celebrado en Madrid del 27 al 31 de Octubre de 1863. Las conclusiones en LASSO GAITE, *Crónica*, 4 – I, pp. 308 ss

⁹⁵ Bienvenido OLIVER Y ESTELLER, *Derecho inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid, 1892, pp 7-8

(1860-1). Mal denominada porque su contenido excede el derecho de hipotecas, viniendo a ser, en opinión de Cárdenas⁹⁶, uno de los más brillantes juristas de todo el XIX y ponente de la Comisión General de Codificación, una “especie de código de la propiedad territorial”, destinada, como se ha demostrado, a cumplir como primer objetivo la protección de los compradores de tierras desamortizadas.

91. Ante el éxito conseguido por la que los propios contemporáneos estimaron una auténtica *Ley de seguridad de la propiedad y de los demás derechos en la cosa*⁹⁷ ya no puede sorprender la tranquilidad por proceder a la realización del que, a todos los efectos, continuaba siendo el paradigma del derecho burgués, el código civil, cuyo retraso fue vivamente solicitado por los más conspicuos juristas españoles reunidos en Madrid en un Congreso celebrado en 1863.⁹⁸ Siguiendo lo que ya era una práctica habitual del Estado español del periodo, a cuya naturaleza desde luego se adhieren y defienden, se recurrió entonces a las Leyes especiales, a través de las cuales se daba cumplida respuesta a las demandas más acuciantes de la burguesía de la época. La expropiación, arrendamientos rústicos, censos, minas, montes, aguas y Registro civil, entre otras, se vieron así atendidas y regulado su régimen en una vorágine legislativa sin precedentes que se iniciaba en 1853 y perdura hasta 1869, sin que por ello se viese afectada la naturaleza del Estado y el derecho burgués.

VIII.- DEMOCRACIA, CAPITALISMO Y CODIFICACIÓN

92. Fue en todo caso una situación a la que puso fin la Gloriosa de 1868. Con ella se inicia una nueva etapa en todos los sentidos y de manera particular en materia de codificación. Desde una aproximación estrictamente formal, la revolución septembrina, y sobre todo la Constitución de 1869, supone la implantación del Estado capitalista, en la medida que se produce una legitimación democrática derivada de unas elecciones basadas en el sufragio universal. Pero, si bien es cierto que con ello se superaba la organización jerárquica de carácter dominical, que las constituciones, proyectos y códigos anteriores sancionaban de hecho y de derecho, al desaparecer definitivamente la legitimación procedente de una constitución histórica en la que dicha organización encontraba su justificación, debe decirse igualmente que, al tratarse únicamente de un sufragio únicamente masculino, la discriminación por sexos quedaba sancionada -al más alto plano, además- y, con ella, las otras discriminaciones.
93. No debe olvidarse a estos efectos que, aunque el cambio político es, en gran parte, resultado de la actividad llevada a efecto por los denominados grupos de interés, que florecieron por toda Europa desde mediados de siglo como consecuencia de la postergación de amplísimos sectores sociales en el proceso de toma de decisiones, muchos de los cuales no sólo denunciaban las condiciones materiales sino que eran abiertamente contrarios a la esclavitud, la Constitución guarda un vergonzoso silencio al respecto. De hecho, fue abiertamente permitida durante el Sexenio, no obstante el artículo 29 de la misma que recoge los derechos innominados y lo cierto es que, ni entonces siquiera, se planteó la creación de instituciones oficiales ni se adoptaron medidas eficaces destinadas a paliar los efectos generados por las situaciones de pobreza o desempleo.

⁹⁶ *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación, suprimida por Real Decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de CÁRDENAS, vocal de ella. Madrid, 1871. Cit. OLIVER, Derecho inmobiliario, p. 8, n. 3*

⁹⁷ Era la opinión del senador y magistrado del Tribunal Supremo, Juan Martín Carramolino, quien la expuso en la sesión del 24 de Noviembre de 1860. *Cit. OLIVER, p. 8, n. 2*

⁹⁸ Organizado a convocatoria del político conservador y renombrado penalista Joaquín Francisco Pacheco que asumió la iniciativa de Francisco de Paula Canalejas. C. PETIT, “La escuela del Derecho (1863 – 1865). Empeño de ciencia jurídica en la España isabelina”, en A. MERCHAN / G. PINARD (ed.), *Libro homenaje In Memoriam Carlos García Rementería*. Huelva, 1998, pp. 533 ss. Agradezco al amigo Carlos sus sagaces sugerencias a este respecto.

94. El aislamiento, fruto del individualismo que ahora se defendía como “la emancipación del espíritu, para garantizar al hombre su plena cualidad de libre, consciente y comunicativo”, continúa siendo, pues, el principio elemental, manteniéndose en términos similares a los que habían inspirado los anteriores Proyectos y disposiciones normativas. Así se desprende del Preámbulo al Proyecto de Ley del Libro Primero del Código Civil, de 19 de Marzo de 1869, que el Ministro de Gracia y Justicia, Romero Ortíz, elevó para su discusión a las Cortes Constituyentes, precisamente⁹⁹.
95. Coherente con el espíritu del Código Político que esas mismas Cortes estaban elaborando y, sobre todo, con la extensa parte dogmática construida ahora a partir de la declaración de naturales y no legítimos –es decir, legales- de los derechos y libertades individuales, el Ministro se apresuró a presentar el primer Libro de lo que se preveía un inmediato Código Civil, destinado todo él a regular la condición de las personas. Según sus propias palabras, la determinación de tal condición en conformidad a la “plenitud de los derechos naturales, y en su consecuencia, la libertad religiosa, conquista la más envidiable de la revolución”, era desde luego la tarea primordial porque, continúa, “hacer reformas en el tratado de las cosas y contratos... no requieren tan urgente remedio”¹⁰⁰.
96. El Ministro dice bien. La propiedad y las obligaciones y contratos como elementos consustanciales al individualismo jurídico y, en tanto tales, identificadores y constitutivos del ciudadano, ya se hallaban firmemente asentados desde los orígenes mismos del nuevo constitucionalismo. Pero sólo ahora, cuando se había producido la ruptura con la Constitución histórica y sus efectos, derivados de la consideración de la antigua ley fundamental de la Religión como un principio constitucional, España se había incorporado a los “progresos de la vida moderna”, lo que, naturalmente “ha venido a modificar las relaciones del individuo en la vida familiar y en su existencia social”¹⁰¹.
97. La “vida moderna” había traído consigo la ampliación de la burguesía y el reconocimiento de unos grupos que encontraban representación efectiva en el pluralismo político que les permite dejar oír su voz y defender sus intereses mediante la vida parlamentaria que se desarrolla durante el Sexenio. En consecuencia, los tiempos estaban maduros para proceder a reformar aquellos sectores que, no obstante todos los esfuerzos al efecto, habían permanecido recluidos en el ámbito de la *oicoeconomía*. Por vez primera, la *persona moral* que era el Estado, dotada por esta condición de personalidad propia, se encuentra en una situación favorable para organizar el *cuerpo de Nación* en el campo del derecho privado porque es el único ente capacitado para facilitar y garantizar el ejercicio de esos derechos naturales del individuo. Y lo hace, claro es, a través de la ley, porque “las pasiones de los individuos en la vida privada deben recibir su determinación por la ley, amparando la vida familiar con las condiciones de la vida doméstica”¹⁰².
98. De esta manera, la ley, esto es, el Código, no sólo se muestra como el mecanismo articulador de una sociedad, ahora sí, completamente nueva en su estructura, sino que aparece además como el vehículo eficiente para introducir una moral desprovista por completo de las connotaciones religiosas que habían imperado hasta ese momento, una moral estrictamente burguesa. Tan estricta, que la preservación de su pureza exigía que, a pesar de reconocer la exclusiva validez, a efectos jurídicos, del matrimonio –el más importante de los contratos-, se conserva el divorcio vincular. Que, tras admitir que “el fundamento de la vida de familia estriba en la naturaleza racional del hombre”, considera un deber del legislador conseguir que “la familia se mantenga en su integridad y pureza, exenta de errores materiales, libre de concupiscencias, amparada de reducciones deprimentes del ánimo”¹⁰³. Se trata, como se advierte, de consignas impuestas por

⁹⁹ El Proyecto en LASSO GAITE, *Crónica*, 4 – II, pp 497 – 543. La frase entrecomillada en p. 497

¹⁰⁰ Proyecto, p. 498

¹⁰¹ *ibidem*

¹⁰² *ibidem*, p. 499

¹⁰³ *Ibidem*, pp 499 y 501, respectivamente

una “pureza moral” que alcanza aquí su más prístina expresión y que se utiliza, además, a partir de ese momento para justificar la permanencia de unas discriminaciones que, por supuesto, también ahí aparecen convenientemente recogidas.

99. Y es que, aunque el artículo decimocuarto del Proyecto -como complemento del anterior donde explícitamente se prescribe que las leyes no reconocen en el orden civil distinciones por razón de nacimiento ni diferencias sociales- declara la igualdad personal y de sexos, es importante subrayar que el precepto no olvida incluir la cláusula “salvo los casos de declaración especial”, versión ligeramente modificada de la fórmula tradicional con la que las constituciones anteriores habían obviado pronunciarse sobre cuestiones tan relevantes como la libertad de imprenta o la ley del jurado. En cualquier caso, dada la naturaleza y características de este Proyecto incompleto que, salvo alguna excepción –por lo demás relevante-, es una traslación casi literal del Libro I del Proyecto de Código Civil de 1851, su presencia aquí es particularmente ilustrativa para comprender tanto lo que se dice como lo que no se expresa. A pesar de esa exaltada defensa del progresismo implícito que su defensor hace y que le había llevado a incorporar las normas del derecho internacional privado para regular la situación de los extranjeros y sus bienes en España, destaca el silencio vergonzante sobre la esclavitud, realidad más que evidente en Cuba y Puerto Rico, o sobre las relaciones laborales y los desocupados, ignorando las protestas de amplios sectores de la opinión pública y de los grupos de interés que ya entonces existían y reclamaban una atención al respecto.
100. El racismo y la pobreza que, como ya se ha indicado, la propia Constitución toleraba, encontraban ahora un mayor acomodo en un proyecto elaborado en los comienzos mismos del periodo más revolucionario de todo el XIX español. Y con ellos el sexismo, no obstante las declaraciones grandilocuentes a favor de una ficticia igualdad que, salvo la desaparición de la prohibición que pesaba sobre la mujer de comparecer en juicio sin licencia del marido, se conserva en los mismos términos que el anterior Proyecto de 1851, incluidos los deberes de obediencia y el reconocimiento del esposo como el único y legítimo administrador de los bienes conyugales.
101. La primacía, hegemonía y protagonismo continúa siendo del ciudadano por excelencia, varón, propietario y, con frecuencia, intelectualmente preparado, aunque este no es un requisito imprescindible. Continúa en todos los ámbitos, en especial el familiar que gira en torno a un matrimonio que, para la mujer, sólo consiste en “cambiar el primitivo estado... en otro de maternidad”, condicionada como está, a juicio de los sabios legisladores, por el hecho de que “su desarrollo físico más pronto que en el hombre no nos deja ver igual anticipación en el desarrollo moral” (*sic*)¹⁰⁴.
102. Aunque por diversas razones, entre ellas la agitada vida política del periodo, el Proyecto tampoco prosperó, resulta sin embargo sumamente ilustrativo porque pertenece a los orígenes del Estado capitalista en España, cuya aparición significó la ruptura, más jurídica que real, con los fundamentos ideológicos que, hasta entonces, habían identificado la Nación española, de manera muy especial la Religión católica Romana. Sus profundas implicaciones constitucionales trascienden al ámbito del derecho privado, como pone de relieve el hecho de que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa –a pesar de sus restricciones- a que dio lugar es el fundamento de la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, posteriormente derogada en 1875, es decir, con la Restauración canovista. Y, por otro lado, a excepción de la, por lo demás relevantísima, esfera familiar donde, con ligerísimas reformas permanece vigente, la legislación del Sexenio elimina el principio de jerarquía en las relaciones sociales y laborales. Esto, sin embargo, no supuso ninguna ventaja para el asalariado porque, en conformidad con los predicados del no intervencionismo intrínsecos al nuevo modelo estatal, se potenció oficialmente al máximo la libertad contractual, cuyo resultado fue un mayor aislamiento y desprotección del trabajador por cuenta ajena.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 503. La cualidad de administrador legítimo del esposo y el deber de obediencia de la esposa, arts 81 y 78

103. Es, de todas formas, una circunstancia derivada directamente de la racionalidad que inspira los fines perseguidos por ese incipiente Estado capitalista, la cual no pretende una legitimidad ni eficiencia objetivas, sino que se orienta a situar a los “agentes privados en posición de incrementar su propia eficiencia y eficacia –es decir, “la habilidad para organizarse y conseguir sus fines”- en conformidad con los criterios del intercambio privado y la acumulación¹⁰⁵”. En este sentido, el Estado surgido tras la revolución de 1868 en España se limitó a crear las precondiciones necesarias para facilitar la obtención de fines particulares, pero sin intervenir directamente, lo que llevó a cabo mediante una legislación determinada y en un momento en el que, al menos para juristas y políticos, el prototipo de propiedad había dejado de ser la territorial y se centraba en el “capital”¹⁰⁶. A esta legislación pertenece el proyecto inacabado de 1869, cuyo contenido asume y recoge los fundamentos jurídicos e ideológicos que dieron lugar a la mencionada revolución y que, exasperados en muchos casos, asumirá el, a pesar de las fundadas críticas que ya desde la década de los Setenta se dirigen contra el individualismo posesivo por determinados sectores¹⁰⁷, el Código Civil de 1889, cuya laboriosa gestación se iniciará, precisamente, en 1880, once años después del fracaso del anterior.

IX.- PODER JUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

104. La historia de la codificación decimonónica es, en esencia, la historia del proceso de introducción del ciudadano, un sujeto político con absoluto dominio en la esfera privada; de la imposición de un único modo de creación del derecho, en la que él participa, de obligado cumplimiento para una sociedad que no interviene en su elaboración; y, finalmente, de la consolidación de unas discriminaciones que son irrenunciables para la ideología dominante. Es, realmente, la manifestación más elaborada de un derecho que es obra exclusiva de legisladores, profesores y jueces, profesiones que, al menos en los dos primeros casos, se confundían con frecuencia en una misma persona.

105. Desde esta perspectiva, ya no puede sorprender la asombrosa evolución del así llamado Tercer Poder, el judicial, ni de la función desarrollada por jueces, magistrados y Tribunales. Incluso, dada la situación, en especial política, que existe hasta el tercio final del Siglo, la ausencia de Códigos sobre tan importante materia. Porque, como en los demás aspectos analizados, su evolución está asimismo condicionada, de manera muy especial, por el modelo constitucional vigente en cada una de las fases por las que atraviesa el Estado decimonónico. Tales modelos, a pesar de los pronunciamientos teóricos en que se inspiran directamente las propias constituciones, no sólo no se plantean con seriedad el problema del control de

¹⁰⁵ C. OFFE, “Legitimacy versus efficiency”, en *Contradictions*, pp. 135- 37

¹⁰⁶ Así se desprende de la opinión que el jurista más emblemático de la Restauración, y senador vitalicio, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES vierte en la que fuera una memoria premiada en un concurso celebrado en Marzo de 1872 –es decir, en los inicios mismos del Estado no Activista o capitalista en España- por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, *La defensa del Derecho de Propiedad y sus relaciones con el trabajo*. Madrid, 1874. Ahí en efecto rechaza cualquier intervención estatal con fines sociales, como las subvenciones a los obreros alegando al respecto que “la dificultad que primeramente se concibe, es la falta de medios en el Estado para suministrar á todas las industrias los capitales que pudieran necesitar; dificultad que sólo podría atenuarse á costa de cuantiosas contribuciones pagadas por las clases acomodadas, lo cual además de los grandes inconvenientes que el abuso de estos medios rentísticos proporcionan a las naciones (como el retraimiento de los capitales y la subida del interés) sería el más vivo ataque al derecho de propiedad tan sagrado como lo es la misma libertad humana”. P. 209. Esta es una de las razones de su ataque directo a los sindicatos, alegando que sus asociaciones legítimas en base al derecho de reunión devienen ilegítimas por los “medios delictivos” que usan para conseguir sus fines, añadiendo que “si Adam Smith hubiese contemplado las asociaciones de obreros (*trade – unions*) que posteriormente han tenido lugar en su país, tal vez se hubiera alarmado menos por su suerte que por la de los empresarios”, p. 236 y 232-33

¹⁰⁷ Como las de los juristas pertenecientes o vinculados al grupo krausista, en especial Gumersindo de AZCÁRATE, *Historia del Derecho de Propiedad*. Madrid, 1879-83 y Rafael ALTAMIRA, con su artículo “La cuestión de la propiedad comunal”, en *La Justicia*, de 8 de Febrero de 1888, ampliado posteriormente en su espléndida *Historia de la propiedad comunal*. Madrid, 1890, justamente el año siguiente de la publicación del Código Civil. Ellos son, de hecho, por estas y otras críticas, los representantes aquí de una nueva generación de juristas con acreditada sensibilidad social que, por entonces, aparecen asimismo por todo el continente. Vid, G. CAZZETTA, “Civiltistica e “assolutismo giuridico” nell’Italia post-unitaria: gli anni dell’esegesi (1865-1881)”, en *De la Ilustración al Liberalismo*, pp 397 ss, pp416 ss

constitucionalidad¹⁰⁸ -y cuando lo hacen, como ocurre con la española de 1812, se atribuye al legislativo y no una institución independiente-, sino que parecen continuar admitiendo en la práctica sin reservas el hecho de que, en determinados asuntos por lo menos, debía seguir aplicándose el principio multisecular de raíz aristotélica conforme al que la justicia debía impartirse de forma igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Es, en todo caso, una conclusión en consonancia con la propia concepción de la *societas inaequalis* defendida por los *iusnaturalistas*, cuyo fundamento se encuentra en la preeminencia del talento para generar riqueza. Ciertamente, no puede decirse acerca de ella que, en rigor, contradecía, ni siquiera en el plano formal, el derecho de seguridad personal, el objetivo más perseguido ya desde finales del Siglo XVIII y con el que, también aquí, se justificaba, en primer lugar y de una forma mayoritaria, la existencia de leyes claras y una administración de justicia imparcial llevada a cabo por jueces independientes.

106. En realidad, se trata de una manifestación de la desigualdad material, que inspira toda la legislación decimonónica. Omnipresente, de ella se valieron los liberales, incluso los más radicales, para eliminar, en el ámbito civil, los sistemas tradicionales de conservación de intereses y costumbres familiares, y, desde luego, es el punto de partida sobre el que se construye el edificio legal destinado a preservar la función primordial que durante todo el siglo tiene la iniciativa privada en manos de los ciudadanos, con el resultado final de una total restricción de oportunidades¹⁰⁹. En el penal, porque Códigos y leyes especiales fueron concebidos para la protección de esos mismos intereses, ya fueran públicos, a través de la creación de una tipología específica, los delitos políticos¹¹⁰, como privados, entre los que destaca como objetivo esencial la propiedad individual, amparada hasta el extremo no sólo por el código sino por disposiciones tan características como la Ley de Vagos, de temprana elaboración, 1821, pero puesta en vigor en reiteradas ocasiones a lo largo del Siglo.

X. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. JUECES Y TRIBUNALES ¿COLABORADORES O CÓMPLICES?

107. Con una legislación sustantiva tan fuertemente condicionada por esas circunstancias, es decir, donde la seguridad del tráfico jurídico y la preservación del Estado entraban en conflicto y acaban por preterir los derechos y libertades individuales, sobre todo los de seguridad y libertad personal, se explica por qué los temas relativos a la administración de justicia, sobre los que había de ocuparse la codificación procesal para establecer el régimen de jueces y tribunales y el desarrollo de los procesos civil y criminal, fueron contemplados con una preocupación no exenta de recelos y, sobre todo, se viesan directamente afectados por los intereses políticos dominantes. De hecho, el judicial, el único poder rodeado desde siempre por una aureola de especial respetabilidad derivada de su teórica independencia intrínseca de los otros dos poderes, es, de todos ellos, el menos desarrollado, lo que favoreció esa especial relación de sujeción o complicidad que, a lo largo del siglo, mantiene sobre todo respecto del ejecutivo.

108. Considerado asimismo como el garante de los derechos y de la propia constitución, el legislador jamás se planteó la creación de una institución que velara por la conculcación de los mismos. Aun más significativo: no obstante ser un hecho probado que las constituciones decimonónicas se mostraron siempre más interesadas en el desarrollo de la parte orgánica que en la dogmática, al considerarse por lo general hasta 1870 (c.a.) que tales derechos eran una concesión estatal, resulta altísimamente ilustrativo comprobar la escasa atención y cuidado desplegado para la regulación de todo lo que se refería a este tercer poder. De hecho, no sólo aquí sino incluso en Francia, los revolucionarios se mostraron siempre más inclinados a defender

¹⁰⁸ Sobre este tema *vid.* M. FIORAVANTI, *Costituzione*, en especial pp 126-27, y para el caso específico español J.M. LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid, 1999, pp, pp 54 ss

¹⁰⁹ R. COCKS, "The private use of Public rights: law and social conflict in Nineteenth- Century rural England", en *Private law*, pp 45 ss, pp 51-2 y 66

¹¹⁰ A. FIESTAS, *Los delitos políticos*, *passim*

un único objetivo, aquél que consistía en preservar más la autoridad del Estado que en salvaguardar los intereses de los justiciables¹¹¹. Es decir, la legitimidad colectiva de los ciudadanos importaba más que la legitimidad individual de cada uno de los miembros de la sociedad.

109. Lo cierto es que en un “gobierno de las leyes y por las leyes”, cuyos garantes teóricos debían ser jueces y magistrados, parece asimismo probado que, durante este periodo, la administración de justicia estuvo por completo orientada a hacer efectivos los intereses que inspiraban la actuación de los otros dos poderes. De tal manera que cuando, como ocurre desde la segunda etapa liberal, y con mayor intensidad bajo el esplendor del moderantismo desde la cuarta década del siglo, se produce una clara hegemonía del ejecutivo, los jueces van a estar sometidos a los dictados gubernamentales, careciendo, por consiguiente, de la independencia necesaria a su función, hasta un extremo que ni siquiera las disposiciones dictadas al efecto tratan de disimular. Y ello a pesar de que aquí, como en las demás formaciones políticas occidentales, se insistía en presentar como el objetivo fundamental de jueces y tribunales la defensa de las libertades y derechos individuales.

110. En este sentido, es cierto que ya desde las Cortes celebradas en Cádiz se percibe un serio intento e interés por garantizar ante todo los derechos de libertad (estimada ya entonces como propiedad persona) y la seguridad personal¹¹², incluso la de los reos sobre los que recaía sentencia firme. Pero también lo es que el principio de racionalidad aplicado a la administración de justicia exigía como requisito *sine qua non* la desaparición, o en su caso la reducción de fueros, como exponía a finales del Siglo XVIII¹¹³ Romero Alpuente, portavoz de lo que era ya a esas alturas un clamor general entre las gentes del foro. Sin embargo, dicha aspiración quedó absolutamente cercenada con la pervivencia de jurisdicciones especiales hasta Diciembre de 1868.

111. Es igualmente verdad que a diferencia de otras formaciones políticas, en especial Gran Bretaña –de donde, no obstante, procede el modelo de justicia popular como aplicación democrática del principio de soberanía nacional que, en 1821, se utilizó para crear los jurados por el proyecto de ley de Procedimientos- desaparecen, merced a la *fictio iuris* que facilitó a las Cortes gaditanas una total desvirtuación histórica del Señorío, los tribunales señoriales privativos¹¹⁴. Pero lo es asimismo que, hasta la aparición del Estado no activista de corte capitalista, jamás existió, ni aquí ni en las demás formaciones políticas continentales, un control judicial de la autoridad y actividad administrativa. En cualquier caso ahí radican las causas de la peculiaridad que reviste la administración de justicia, y en general toda la materia procesal durante esta etapa, una de cuyas más sobresalientes manifestaciones radica en la ausencia de códigos, el civil, en primer término, pero sobre todo aquellos que, a excepción de esa particular Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, debían regular los procedimientos civil y penal.

112. La relevancia de esta última circunstancia es tanto más notable cuanto da lugar a una de las más señaladas antinomias de todo el Ochocientos. Tal es la existencia de unos jueces y

¹¹¹ J. PHYTILIS, *Justice administrative et justice déléguée au XVIIIe siècle. L'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite de conseil*. P.U.F., pp. 199 ss; L. MONTAIEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et Allemagne au XIXe siècle*. Frankfurt, 1998; J.C. FARSI, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*. París, 2001; del mismo, *Deux siècles d'histoire de la justice en France*. París, 1996

¹¹² C. ALVAREZ ALONSO, “El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989

¹¹³ Juan ROMERO ALPUENTE, “Disertación sobre competencias”, de 1786, en *Historia* pp, 3 y ss. Pero es una reivindicación ya generalizada en las *respuestas* a la *consulta al país* a principios del XIX. Vid las mismas en M. ARTOLA, *Los orígenes*, T. II

¹¹⁴ M. WHENFORT, “Administration of private law or private jurisdiction? The Prussian patrimonial courts, 1820 – 1848”, en *Private law*, pp 69 ss, p. 69; B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*. Madrid, 1989

tribunales que, aunque fuese en un plano teórico, debían acomodarse a las exigencias del constitucionalismo moderno, por un lado, y, por el otro, la inexistencia de una legislación adecuada a las premisas de ese mismo constitucionalismo, debiendo en consecuencia aplicar unas disposiciones que, no obstante la validez formal que le había otorgado el legislador, respondían por su factura y objetivos a un modelo claramente distinto e incluso en ocasiones, como ocurre con Partidas, se remontaban a cientos de años atrás¹¹⁵.

113. La asombrosa facilidad de adaptación por parte de la magistratura y la total ausencia de conflictos que tal antinomia parece generar sólo puede comprenderse no sólo por ese *spirito legistico* dominante en los primeros momentos del constitucionalismo moderno¹¹⁶, sino, a mi entender, por la permanencia de una estructura social en términos similares, cuando no idénticos, a la etapa precedente o del antiguo constitucionalismo. A este respecto, la función desarrollada por jueces y tribunales resulta un punto de referencia obligado porque ni a ésta ni a aquella, es decir, función y estructura social, le afectaron en profundidad las aludidas fases por las que atraviesa el Estado hasta 1870, la primera, bajo la vigencia de la Constitución de 1812, con preeminencia absoluta del legislativo, y la segunda, a partir de 1840, en la que el ejecutivo, conforme a los predicados del doctrinarismo, se convierte en el poder más relevante ante el que los demás quedaban subordinados. No es ciertamente una casualidad a este respecto que, en el debate suscitado en 1813 en torno al reglamento del Tribunal Supremo, se defendiese la opinión de que, ante la imposibilidad de que la Nación pudiese ella misma ejercer como juez, era necesaria una autoridad “nombrada inmediatamente por las Cortes”¹¹⁷. No es una casualidad, sino más bien una aspiración generalizada de someter el mismo al legislativo, en aquél momento todopoderoso, recurriendo para ello al impecable argumento teórico de la soberanía nacional. Pero con ello se abría un peligroso camino del cual se hace eco toda la legislación posterior de una forma más o menos solapada, del que es testimonio fidedigno la peculiar situación del judicial en relación a unos gobiernos moderados, amparados por la doble soberanía que reconoce, sobre todo, la Constitución de 1845.

114. Esta situación, marcada invariablemente por la falta de una independencia real de los jueces, se comprueba con facilidad a través del análisis de las disposiciones normativas que afectan a los mismos.

XI.- EL MARCO NORMATIVO. RASGOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE JUECES Y TRIBUNALES HASTA 1870

115. Resultan extraordinariamente ilustrativas la extensión y atención, insólitas frente a los demás Códigos Políticos del XIX, que la Constitución de 1812 dedicó a la organización de los Tribunales. Más de la mitad de los sesenta y seis artículos de su archiconocido Título V, cuyo encabezamiento no por casualidad elude la expresión Poder Judicial para sustituirla por “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal”, se destinan de manera específica a esta concreta materia.

116. Por esta razón, y otras que se irán desvelando, es sin duda este el título donde se compendia con más nitidez el espíritu de aquella constitución omnicompreensiva, producto el más representativo de unas Cortes que, antes y después de la promulgación de la misma, conformaron siempre un “gobierno de Asamblea”¹¹⁸, como con acierto se ha dicho y que tampoco dudaron en constituirse ellas mismas, en su conjunto o mediante comisiones especiales, en auténticos jueces y tribunales. Desde esta perspectiva se entiende la peculiaridad de la

¹¹⁵ C. PETIT, *El código inexistente*, I, pp 1457 ss

¹¹⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, p. 127

¹¹⁷ “ya que la Nación no puede por sí misma ejercer los actos judiciales, a lo menos haya una autoridad nombrada inmediatamente por las Cortes”. Era la opinión de Creus. *D. S.C.*, 22 de Noviembre de 1813

¹¹⁸ J. VARELA SUANZES, “Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808 – 1814”, en *Revista de Estudios Políticos*, 55, 1987, p. 129

regulación de todo lo relacionado con la administración de justicia en general. Y es que un primer acercamiento a su largo articulado nos permite extraer la conclusión de que, en este concreto asunto, los constituyentes se muestran inclinados a realizar, más que un cambio radical, una reforma en el sentido que proponían los ilustrados menos radicales, como el ya citado Romero Alpuente. En 1786, en efecto, este jurista abogaba ya por “el regreso a la Real Jurisdicción de acciones Personales y mixtas”, que debía ir acompañada por una reestructuración territorial a efectos judiciales y por la “*reducción y moderación* (cursiva mía) de tantos fueros y privilegios”, pero dejando intocados los relativos al de comercio y el militar¹¹⁹.

117. Como respondiendo a esta demanda, las Cortes no sólo incorporaron dichas acciones a una jurisdicción que, aunque la justicia se administrase en nombre del Rey –al que no en vano ya se denomina el “primer magistrado de la Nación”¹²⁰-, ahora se dice nacional, sino que, a pesar de reconocer la unidad de fueros “para toda clase de personas”, conservan con los mismos privilegios ambos fueros, es decir, el militar y el de comercio, a los que añaden además el eclesiástico¹²¹ y, desde luego, procedieron a una reorganización de los Tribunales ateniéndose a los principios de uniformidad, territorialidad y jerarquía¹²². Para consolidar esta medida, crearon asimismo el Tribunal Supremo de Justicia, al que atribuyeron múltiples competencias, entre las que sobresale la de dirimir los conflictos y sustanciar los recursos de nulidad interpuestos contra los tribunales inferiores, pero sólo para “el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad”¹²³. Una responsabilidad que, por otra parte, como también se expone, quedaba limitada al exclusivo caso de inaplicación –“falta de observancia”- de las leyes.

118. En mi opinión, esta última opción es la que verdaderamente resume el alcance que, para los constituyentes gaditanos, debía tener el poder judicial. Porque, aunque a primera vista pueda aparecer como una medida de seguridad en un momento de emergencia, en el que, por las propias circunstancias históricas, esas mismas Cortes se vieron obligadas a confirmar como jueces a los antiguos alcaldes de Señorío y otras personas de dudosa adscripción constitucional, una mayor observación deja ver sin lugar a dudas de que lo que en el fondo se trataba es de crear unos jueces y fomentar una administración de justicia totalmente sometida a los dictados de un legislativo todopoderoso en esa época. Así lo confirma, a mi entender, el hecho de que la casación se produce únicamente sobre aspectos formales y no sustantivos, sólo por inobservancia legal y no por incurrir en conductas que pudieran lesionar los intereses de los justiciables. Se trata de una medida sibilina porque, con su justificación doctrinal en el dogma ilustrado que defendía la función de los jueces como una exclusiva y rigurosa aplicación de las leyes con una total asepsia que impedía el más mínimo resquicio a la interpretación, los constituyentes conseguían sentar las bases para crear un judicial completamente afín.

119. Su atribución de estrictos aplicadores de las disposiciones aprobadas por el legislativo, los situaba en posición de ser los garantes de la legalidad, pero nada se dice de los derechos y las personas. Aunque mirándolo bien se sobreentiende que estos van incluidos en aquella, pues no en vano, tal y como dispone el artículo cuarto de la propia Constitución, no existen más derechos que los legítimos, esto es, los legalmente reconocidos, lo que equivale a decir que no hay más derechos que los que Estado concede y estos, y sólo estos, eran los que los jueces, velando por el exacto cumplimiento de las normas, debían proteger de una manera indirecta¹²⁴.

¹¹⁹ *Disertación*, p. 7

¹²⁰ *D.S.C.*, 22 de Noviembre de 1813

¹²¹ *Constitución de 1812*, arts 248 –a 250

¹²² *Ibi*, arts 244, 262 y 265

¹²³ *Ibi*, arts 259 y 261-9

¹²⁴ Sobre este tema, y con opiniones diversas, *Vid.* B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1989; del mismo, “Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812” en A. ROMANO, (a cura di) *Alle origini del costituzionalismo europeo*. Messina, 1991; I. FERNANDEZ SARASOLA, *La constitución española de 1812*, pp 399 ss; C. ALVAREZ ALONSO, “Los derechos y sus garantías. 1812 – 1831”, en *Ayer*, no 34, 1999

De ahí que no sorprenda que las garantías de tales derechos, en su práctica integridad, aparezcan recogidas en este Título V sobre la administración de justicia. El omnipresente principio de legalidad, con su fundamento en que es la ley emanada del legislativo la máxima y mejor garantía, se hace así particularmente eficaz en todo lo que afecta a la organización de los Tribunales, sobre la que las Cortes mostraron una prolija atención. A ellos se reservaba la función, taxativa, “de juzgar y hacer que se execute lo juzgado”¹²⁵ sin más. De ahí la prohibición explícita de intervenir en el procedimiento legislativo, incluso “en la suspensión de la ejecución”¹²⁶ que, en seguimiento de la universal separación de poderes, era una competencia de la Cámara, a la que asimismo se atribuía la potestad de crear tribunales especiales “para conocer de determinados negocios”¹²⁷.

120. Y así, con una invocación al principio democrático que legitimaba su existencia, las Cortes se reservaron la facultad de creación de jueces de hecho y jueces de derecho –es decir, el jurado- cuando lo creyesen conveniente y en la forma que estimases oportuna¹²⁸. Con todo, y sin que ello suponga una minusvaloración de lo expuesto, resulta en extremo revelador el compromiso constitucional que adquiere el legislativo en orden a determinar las cualidades y requisitos para ser juez y el establecimiento del “orden y formalidades del proceso”¹²⁹. Revelador porque, no obstante esta formal declaración –a la que, en cierta manera, se pretendió dar cumplimiento con el Proyecto, concluso pero no aprobado, elaborado durante el Trienio-, el precepto añadía que, también aquí, ambas medidas se llevarían a efecto cuando “lo creyesen conveniente” y “en la forma que estimasen oportuna”, habilísimo recurso retórico instaurado por esas mismas Cortes, en absoluto comprometedor porque permitía retrasar *ad kalendas graecas* el cumplimiento de cualquier acuerdo, como supieron ver, y utilizar, los constituyentes sucesivos.

121. De hecho, ninguna ley fue promulgada al respecto con anterioridad a 1870. Aspectos tan sustantivos como la inamovilidad judicial, enunciado en el artículo 252 del Código Político y que, con posterioridad, recogerán las constituciones de 1837¹³⁰ y 1845¹³¹, casi en los mismos términos, ni siquiera se consideraron en la mayor parte de los proyectos sobre la materia, lo que, desde luego, estaba en conformidad con los Títulos “Administración de justicia” que, como implícita negación de considerar como poder, al menos independiente, al judicial, conservan las constituciones decimonónicas. Con las relevantes excepciones de 1837 y 1869, cuya escasa vigencia dio lugar, en el primer caso, a la redacción de algún proyecto sobre “inamovilidad”¹³² y, en el segundo, a la promulgación de la Ley Orgánica Provisional sobre el Poder Judicial de 1870, la cual, entre otras cuestiones, exigía un sistema de oposiciones para la incorporación a la carrera judicial e imponía la inamovilidad como garantía de independencia¹³³.

122. Sin embargo, es de notar que tres meses más tarde de la promulgación de la primera, es decir, la de 1837, el Real Decreto de 16 de Septiembre de 1837 concedía vigencia de Ley ordinaria al Título V de la Constitución de 1812. Pero, a este respecto, ha de tenerse asimismo presente que, ya en noviembre de 1820, fueron las Cortes del Trienio las que declararon

¹²⁵ *Ibi*, art. 245

¹²⁶ *Ibi*, art. 245

¹²⁷ *Ibi*, art. 278

¹²⁸ *Ibi*, art. 307

¹²⁹ *Ibi*, arts 251 y 244, respectivamente

¹³⁰ Art. 66

¹³¹ Art. 69

¹³² Destaca entre todos ellos el Proyecto de ley de 23 de agosto de 1839

¹³³ A. FIESTAS, “Codificación procesal y estado de la administración de justicia”, en *La España de la Restauración*, pp 413 ss; de la misma, “La quiebra de la independencia del poder judicial”La Ley adicional a la orgánica de 14 de Octubre de 1882 y el cuarto turno”, en *Poder Judicial*, marzo 1985

amovibles a los jueces, arguyendo que “a la inamovilidad debe preceder la organización judicial y la codificación”¹³⁴. Como se advierte, no se recurre a argumentos fácticos, derivados de la propia situación política y el consiguiente riesgo para el sistema constitucional, sino a la aplastante lógica jurídica que, a pesar de todo, no logra ocultar los verdaderos motivos que esconde tal disposición y que contribuyen a explicar el enorme retraso y la peculiar orientación de la codificación procesal, en particular.

123. En cualquier caso, es verdad que las únicas disposiciones que prosperaron fueron las que afectaban a la organización territorial y jerárquica de jueces y tribunales, cuyo número, desde 1813 en adelante es realmente abrumador y de las que es un magnífico compendio ese provisional Reglamento sobre administración de justicia que se promulgaba en 1835, para cuya elaboración se tomó como modelo el Decreto de las Cortes de Cádiz que, en 1814, aprobaba el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia. En esas primeras etapas de febril actividad legislativa, hubo incluso ocasión de introducir la necesaria división judicial, finalmente abortada, al igual que el Código de Procedimientos, ambos producto del Trienio¹³⁵.

124. La abundancia de proyectos -la mayor parte de los cuales ni siquiera llegaron a discutirse-, y su consiguiente fracaso, nos indica con claridad que no se trata por tanto de una cuestión de desinterés, y mucho menos de desconocimiento, la que se esconde tras este pertinaz y profundo ataque a la independencia judicial, restringiendo con ello su propia configuración como poder. Es más bien una cuestión política, de política del derecho, la que conduce a dar esa peculiar orientación al procedimiento civil, en el que sólo se cambia lo imprescindible y se mantienen vigentes las disposiciones históricas¹³⁶; la que, a pesar de la ausencia de un código de procedimiento criminal, prohíbe el recurso de nulidad en las causas criminales, y la que, sobre todo, a efectos de establecer su responsabilidad, considera a los jueces y magistrados como unos empleados públicos más, incluso en los casos de cohecho o prevaricación¹³⁷.

125. En fin, la que hace que, antes de 1870, es decir, del nacimiento del Estado Capitalista no Activista, cuando el Estado se encontraba en fase embrionaria o en formación, los intereses acerca de la administración de justicia se dirigieron de manera inequívoca a crear instituciones de control, asumiendo el sentir expresado por la Comisión de Cortes con ocasión de la redacción del mencionado Decreto de 13 de Marzo de 1814 que recogía el Reglamento del Tribunal Supremo. En aquél entonces quedaba claro que lo que se pretendía era la instauración de un Tribunal superior “que asuma el poder judicial y que ejerza la inspección suprema sobre todos los Tribunales de justicia”¹³⁸. En atención a las competencias que se le atribuyen en orden a la anulación de sentencias dictadas por inferiores, para la que, como ya se ha indicado, sólo se contempla la no aplicación de la ley, parece evidente que el objetivo consiste en la creación de jueces afines y órganos que velasen por la aplicación de la legalidad en un “gobierno de las leyes” –cuyas características, por otro lado, ya se han analizado- y no, al menos de una manera directa, por los derechos y libertades de las personas.

126. Sin embargo, ha de decirse igualmente que muchas de las disposiciones promulgadas sobre la materia –como, p.e., el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de Octubre de 1812- contienen normas procedimentales, y que las mismas Cortes, casi de una forma inmediata a su constitución como congreso nacional, se habían apresurado, en rigurosa aplicación del ideario

¹³⁴ Orden de las Cortes de 1 de Noviembre de 1820. Cit. LASSO GAITE, *Crónica*, 1, *Organización judicial*, p. 38

¹³⁵ Reglamento provisional de la administración de justicia de 26 de Septiembre de 1835; Decreto de las Cortes de 13 de marzo de 1814, entre otros

¹³⁶ Vid al respecto la *exposición de motivos* de la Instrucción de procedimiento civil del Marqués de Gerona de 1838y las bases de lo que sería la Ley de enjuiciamiento Civil de 5 de Octubre de 1855 en LASSO GAITE, *Crónica*, 2, *Procedimiento civil*, pp. 45 ss y 60 ss

¹³⁷ Decretos de 24 de marzo de 1813 y 17 de julio de 1813.

¹³⁸ LASSO GAITE, *Crónica*, 1, p. 11

ilustrado, a abolir la tortura como medio de prueba por Decreto de 2 de Abril de 1811, en el que también se incluían normas de similar naturaleza y garantías de los reos. Pero se trata únicamente de asuntos puntuales que, no obstante su importancia testimonial, ponen de relieve un hecho trascendental: la total ausencia de una legislación apropiada, un código Civil, uno de procedimiento criminal, e incluso, dada la naturaleza de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que contravenía abiertamente las exigencias de economía formal y material reivindicadas desde los reformadores iluministas, uno de procedimiento civil.

XII.- JUECES Y TRIBUNALES ENTRE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.

127. En ausencia, pues, de una legislación sustantiva adecuada a las circunstancias y exigencias políticas coetáneas, los jueces se encontraban en situación bien particular. En su función de exclusiva aplicación rigurosa de la ley, por reiterado imperativo constitucional, estaban impelidos y obligados a utilizar disposiciones que, no obstante la validez concedida por el legislativo, habían sido creadas y destinadas para regular una sociedad basada en el privilegio, esto es, la desigualdad formal. Se producía así una situación peligrosa en extremo porque, con ello, no sólo se admitía una abierta infracción del principio de igualdad legal, el paradigma de todo el sistema, sino que se aatificaba de una manera indirecta la interpretación judicial, coherente con el derecho anterior, e incluso elemento fundamental del constitucionalismo antiguo, pero absolutamente denostada desde la Ilustración como vehículo de inseguridad del justiciable.
128. Conforma, este último, un hecho que, aunque por sí mismo no puede ser utilizado como argumento que explique el retraso de la codificación procesal, sí permite en cambio comprender la peculiaridad normativa sobre jueces y tribunales y porqué las normas organizativas sobre los mismos tienden de manera sistemática a cercenar su independencia, al tiempo que fomentan su sometimiento a los poderes preeminentes. Tal interpretación, en efecto, paralela al hecho de no motivación de las sentencias, acerca del que se discutió en Cádiz aparentemente sin resultado, dejaba en manos de los magistrados un poder inmenso que, en la práctica, podía hacer fracasar cualquier reforma y, sobre todo, amparar intereses opuestos a los que se propugnaba. A pesar de ello, la interpretación judicial fue una práctica habitual durante el período, reconocida, cuando no respaldada, incluso por la doctrina más implicada.
129. Así es como, a falta de legislación sustantiva, se hizo perentoria la necesidad de procurar la “unidad de jurisprudencia”, es decir, la introducción de medios que facilitasen a los Tribunales superiores mecanismos a través de los cuales se dictaran reglas vinculantes para los tribunales y jueces inferiores, con la finalidad de evitar desviaciones peligrosas o arriesgadas. Es un objetivo perseguido con especial ahínco en 1838, bajo el Ministerio del Marqués de Gerona, con seguridad el político de su época que mostró el mayor y más coherente interés en lograr la “modernización” de la administración de justicia. Fue entonces cuando se articularon en realidad los recursos de casación y nulidad, ambos destinados de forma prioritaria, tal y como defendía su principal impulsor, a evitar que cada juez y tribunal se convirtieran “en legisladores indirectos”, y cuya eficacia, todavía en 1868, aplaudía con vehemencia el mismo Gómez de la Serna. No obstante las objeciones -derivadas de las dificultades técnicas y su más bien escasa funcionalidad dada la calidad de la normativa existente- de que son susceptibles, ambos recursos cumplieron sobradamente la finalidad, sobre todo política, para la que fueron pensados, pues, como entonces también se decía “los fallos y resoluciones del Tribunal (Supremo) deben ser una lección continua que enseñe a los que han de aplicar la ley y a los que tienen que reclamarla, cual es su genuina inteligencia”¹³⁹. Toda una declaración, que lleva implícito el reconocimiento de toda la potestad que ese Tribunal, cuyos miembros son designados en la fecha por el ejecutivo, tenía en la práctica, en un momento en el que la separación de poderes se encuentra en fase embrionaria, no existen principios claros acerca de la organización judicial y, en consecuencia, se produce una protección imperfecta del justiciable¹⁴⁰.

¹³⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, I, p.p VI-VII

¹⁴⁰ J. PHYTILIS, *Justice*, p. 93

130. Ante una tal situación, se comprende muy bien por qué todos los proyectos sobre inamovilidad y responsabilidad judicial, abundantísimos sobre todo entre 1838 y 1840, presentados por ministros moderados y, en menor medida, por los progresistas, fueron rechazos de forma sistemática. Y ello a pesar de que alguno, como el que en 1838 se redactó por una Comisión nombrada el 25 de diciembre de 1837 para aplicar las directrices recogidas en el exiguo Título que la Constitución de ese mismo año destinaba al *Poder Judicial*, incorporaba aspectos tan relevantes como las condiciones de ingreso a través de una Junta, así como las de permanencia, ascensos y categorías.
131. Plenamente conscientes de la importancia de los jueces en el arraigo de ese gobierno de las leyes, doctrinarios y radicales defendieron hasta el extremo, y agotaron, todas las vías que les permitían eliminar a todos aquellos individuos de dudosa adscripción política. De ahí arranca la apasionada y vigorosa oposición a la regulación de la inamovilidad y responsabilidad judicial, pero, con ello, consiguieron un tercer poder que, de independiente, se convierte en cómplice e, incluso, en subordinado. Lo que, por otro lado, no obstante ser una flagrante infracción de una de las bases más irrenunciables y principio innegociable para la existencia de una Constitución moderna, era, precisamente, lo que se buscaba. Ahí están, como confirmación, la sanción, llevada a efecto por el mencionado Reglamento Provisional de 1835, de la intervención como jueces de los alcaldes en los pleitos de menor cuantía y ciertas conciliaciones. Y, sobre todo, la Real Orden de 2 de Enero de 1856, mediante la cual se dejaba en suspenso un Real Decreto del 22 de Octubre del año anterior que prescribía el nombramiento de jueces independientes de los ayuntamientos y ordenaba que éste se llevase a efecto por los regentes de las Audiencias entre individuos que, entre otros, debían cumplir el requisito de “instrucción y otras cualidades afines”.
132. En estas circunstancias ¿puede acaso sorprender que la única disposición sobre inamovilidad judicial que prosperó, el RD de 29 de Diciembre de 1838, se promulgase durante la presidencia de Pérez de Castro –al que Santamaría de Paredes¹⁴¹ hacia finales de siglo otorga con generosidad el calificativo de moderado-, inmediatamente después de la disolución de unas Cortes de mayoría progresista? Incursos de lleno en una etapa de gobierno por decreto como consecuencia directa de la preeminencia que el ejecutivo había alcanzado sobre el legislativo, esta disposición dejaba además en manos del gobierno el nombramiento de los miembros del Tribunal Supremo y audiencias, es decir, de quienes debían “unificar la interpretación”, para los que únicamente se requería como requisito haber sido juez o haber ejercido la abogacía. A pesar de las duras críticas que le dirigieron los progresistas, quienes denunciaban la clara opción política favorable al gobierno que conllevaba, la norma, sin embargo, se consolidó, entre otras razones porque consagraba lo que había sido y continuará siendo una práctica habitual de la magistratura española, durante el periodo. Incluso durante la Restauración, cuando ya existía una Ley Orgánica del Poder Judicial que sancionaba, al menos en teoría, estos principios básicos de independencia e inamovilidad, que el gobierno canovista se preocupó de adaptar a su medida, recortándolos a conciencia y creando nuevas modalidades que sometían, aun más, los jueces a sus intereses¹⁴².
133. Así las cosas, se entiende el entusiasmo de José María de Antequera, uno de los juristas más conservadores de todo el Siglo y miembro de la Comisión General de Codificación cuando, reflexionando sobre la magistratura de su época, a escribía que “es de notar que si en los siglos anteriores brillan los letrados mucho más que en el foro, en el libro y en la cátedra, en la época presente el *abogado* descuella tal vez sobre el *jurisconsulto*”¹⁴³. Porque, salvo las muy relevantes excepciones -que también las hubo, significativamente fuera de los círculos oficiales-, esta es, en

¹⁴¹ Vicente SANTAMARIA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político*. 5ª Edic. Madrid, 1893, apéndice final. Su breve gobierno, que finaliza en julio de 1840, se iniciaba el 9 de diciembre de 1838, es decir, veinte días antes de la promulgación del Real Decreto aludido.

¹⁴² Vid el ya citado artículo de A. FIESTAS, *La quiebra, passim*

¹⁴³ José María ANTEQUERA, *Historia de la legislación española*. 4ª edic. Madrid, 1895, p. 509

efecto, la *era* del triunfo de los prácticos, aquellos individuos que se preparaban a fondo para descollar en política a través de una concienzuda formación en la que prevalecía la retórica erística, el arte de convencer con independencia de la veracidad u oportunidad de lo defendido mediante brillantes y aplaudidos discursos que le facilitaban un ascenso en el *cursus honorum* como legisladores o como jueces¹⁴⁴.

134. El resultado fue un derecho que es obra exclusiva de abogados, profesores y jueces, auténticos “señores del derecho contemporáneo”¹⁴⁵, elaborado con frecuencia a costa, y siempre al margen, del justiciable y de los derechos del individuo; construido sobre unas discriminaciones congénitas. Como corresponde al liberalismo anterior a 1870, cuya característica más sobresaliente, la racionalidad de principios y la irracionalidad de su actuación¹⁴⁶, encontraba perfecto acomodo en una bien peculiar legitimación histórica que jamás dejó de invocarse como justificación de la carencia de una necesaria unidad jurídica y, en consecuencia, es causa más o menos directa de la ralentización de la codificación en España.

¹⁴⁴ Sobre el discurso, en especial forense, en el siglo XIX, su finalidad y requisitos, C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. Lección inaugural curso académico 2000-2001. Universidad de Huelva, 2000, *passim*

¹⁴⁵ Acertada expresión de S. RODOTÁ con motivo de su exposición *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali e diritto europeo*, en el ya mencionado congreso de Florencia *Codice. Una riflessione di fine millennio*

¹⁴⁶ J. PHYTILIS, “Compte rendu de l'ouvrage de J.-P. Samoyault: Les bureaux du secrétariat d' Etat aux affaires étrangères sous Louis XV”, en *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 53, 1974, pp . 66 ss, p.67