

CODIFICACIÓN VERSUS JURISPRUDENCIA: EL DEBATE SOBRE LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA EN LAS CORTES DE MEDIADOS DEL SIGLO XIX

DOLORES DEL MAR SÁNCHEZ GONZÁLES
Universidad Nacional de Educación a Distancia

“Ma vraie gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles;
Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires.
Ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil”
(Napoleón Bonaparte, Memorias de Santa Helena)

RESUMEN

A finales del siglo XVIII ya era un lugar común la necesidad de una teoría general de creación y fijación de las leyes que acabase con el anárquico sistema anterior, teoría general que comenzó a llamarse “ciencia de la legislación”. Del racionalismo tendente a la unificación jurídica, surge el “positivismo jurídico” que consiste en transformar los principios en preceptos de Derecho positivo, en normas. Se muestra así la “Codificación” como sistema de actuación para realizar leyes que presenten una cierta homogeneidad entre sí en función de la materia que regulen. La difusión de Código civil napoleónico levantó en Europa voces de rechazo a la técnica con que los Códigos se realizaban. Surge así la *Escuela Histórica del Derecho* como reacción al iusnaturalismo racionalista y la codificación del Derecho preconizado por la *Escuela de la Exégesis* desde Francia. El debate llegó al Parlamento español, haciendo que no sólo los juristas sino también los políticos se alineasen en una u otra Escuela.

Palabras clave: *Historia - Derecho - ciencia jurídica - debates parlamentarios*

ABSTRACT

In the late eighteenth century it was commonplace the need for a general theory of creation and establishment of laws that would destroy the anarchic previous system, the general theory that began to be called “science of legislation.” Rationalism aimed at the unification of law, there is the “legal positivism” which consists in transforming the principles of positive law provisions in rules. Thus presented the “Consolidation” as a system for conducting laws that present a certain homogeneity among themselves according to the subject matter. The spread of the Napoleonic Civil Code in Europe raised voices of opposition to the technique with which the codes were made. This raises the Historical School of Law in reaction to the rationalist natural law and the codification of law advocated by the School of Exegesis from France. The debate came to the Spanish Parliament, making not only lawyers but also the politicians line up at either school.

Key words: *History - law - legal science - parliamentary debates*

A finales del siglo XVIII ya era un lugar común la necesidad de una teoría general de creación y fijación de las leyes que acabase con el anárquico sistema anterior, teoría general que comen-

zó a llamarse “ciencia de la legislación”, nombre que da título a la máxima obra de Gaetano Filangieri, el jurista napolitano (1752-1758). *La Ciencia de la Legislación*¹, alcanzó un alto grado de difusión debido no sólo a sus nuevos planteamientos en torno a las leyes penales sino también por su especial concepción acerca de la necesidad de la codificación del derecho. La obra fue traducida al español por Jaime Rubio en 1781². Sabemos que sus influencias más importantes parten de la unión de las teorías de los filósofos franceses, con las de los juristas italianos tales como Giambattista Vico y Pietro Giannone, aunque tales influencias están menos valoradas.

Giambattista Vico, abogado y filósofo de la historia napolitano (1668-1744) opuesto al cartesianismo de Descartes, es autor de *Scienza nuova*³ –que fue traducida también por Jaime Rubio con el título *Principios de ciencia nueva. En torno a la naturaleza común de las naciones, en esta tercera edición corregida, aclarada y notablemente por el mismo autor-*, cuya fuente inspiradora, según él mismo manifiesta en su *Autobiografía*⁴, fue la metafísica tal y como se desprende de las ideas platónicas, el realismo de Tácito, el método inductivo de Francis Bacon, y la especial relación entre filosofía y filología propugnada por Hugo Grocio. Pretendía con su obra relacionar el mundo ideal con el real, alineando la filosofía –que se ocupa de la verdad– con la filología –que se ocupa de la certeza como método histórico y documental–, en lo que concierne a la investigación de la génesis ideal del mundo civil, pues, según él la única verdad conocida radica en lo que el hombre crea o produce, y esto se traduce en las matemáticas y la historia⁵. De ahí que quiera formular los principios del método histórico, para lo que parte de los siguientes axiomas:

1. Hay periodos históricos que presentan características similares, aunque varíen los detalles.
2. Existe un orden en los ciclos históricos: Fuerza bruta, fuerza heroica, justicia, originalidad deslumbrante, reflexión destructiva, opulencia, abandono y despilfarro.
3. La historia no se repite, no se desarrolla en ciclos cerrados, sino que es una espiral creciente que crea nuevos elementos.

Por su parte Pietro Giannone fue un filósofo, historiador y jurista italiano (1676-1748), exponente del iluminismo, cuya obra principal *Dell'istoria civile del regno di Napoli* (1723)⁶, describe la situación moral del Reino de Nápoles con precisas referencias jurídicas, atribu-

¹ FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*. 4 vols. Nápoles, 1780.

² FILANGIERI, Cayetano y RUBIO, Jaime, *Ciencia de la legislación*. Madrid, 1781.

³ VICO, Giambattista, *Principj di una Scienza Nuova intorno alla natura delle nazioni, per la quale si ritruovano i principj di altro sistema del Diritto Naturale delle genti*, 1725. Para una edición más actual puede utilizarse VICO, Giambattista, *Ciencia nueva. Introducción, traducción y notas de Rocío de la Villa*. Madrid, 2006.

⁴ VICO, Giambattista, “Autobiografía”, en: *Colección Austral. Serie anaranjada: biografías y vidas novelescas*. Buenos Aires, 1948.

⁵ “La historia como discurso que define lo humano a partir de un plano simbólico integrado por la lengua, la sociedad y la cultura, en el que la historicidad, más allá de la secuencia temporal de los acontecimientos, se entiende como la articulación de sentido en medio de un contexto y de cara a un grupo humano determinado. De manera que lo histórico no sólo es susceptible de conocimiento científico para develar el misterio de lo humano, sino que, aún más se convierte en constitutivo de lo humano mismo”. GUTIÉRREZ, Alejandro. “Verum et factum cum verbo convertuntur: la historicidad como discurso en Giambattista Vico”, en: *Cuadernos sobre Vico*, N° 17-18, p. 100, 2004-2005. Por ello Vico consideraba indispensable el estudio de las manifestaciones lingüísticas de un pueblo, inclusive sus apreciaciones simbólicas, mitos y tradiciones, como elemento caracterizados de cada una de las sociedades.

⁶ GIANNONE, Pietro y NASO, Niccolo. *Dell'istoria civile del Regno di Napoli: Libri XL*, 4 vols. Nápoles, 1723.

yendo las causas de su decrepitud a la influencia de la Iglesia, razón por la que el libro estuvo situado entre los libros prohibidos.

Pero volvamos a Filangieri. La *ciencia de la Legislación* fue publicada entre 1780 y 1785, por lo que una parte de la misma es póstuma. Trata de la Nápoles borbónica corrompida por el lujo, los privilegios feudales de la aristocracia y del clero, para establecer un modelo de monarquía según los postulados iluministas. Partidario, lo mismo que Beccaria, de un Estado en que al ejecutivo le sea imposible toda arbitrariedad, no hace concesión alguna a la costumbre, tanto menos en cuestiones de derecho constitucional (por esto no aprecia el modelo constitucional inglés). El derecho debe determinarse sobre la base de una ciencia de la legislación por la que puedan establecerse las mejores técnicas legislativas. De ahí su exigencia de llevar a cabo una codificación de las leyes y una reforma progresiva de la legislación penal, habida cuenta de que fundamenta el derecho a penar en la teoría contractualista. Como la *finalidad* del derecho es la felicidad de los ciudadanos, Filangieri otorga la máxima importancia a la legislación económica que debe estimular la producción y el comercio, insistiendo en la necesidad de obtener una repartición igualitaria de las propiedades y también de una mejora en la calidad de la educación pública, además de un refuerzo sobre la privada. Independientemente de la incidencia de Filangieri en España y en la codificación decimonónica⁷, en cuyo debate no voy a entrar, lo que sí es irrefutable es que en Europa supuso un nuevo prisma sobre cuya base se sustentarán las teorías posteriores.

Tras Filangieri, serán los postulados de Jeremías Bentham, los que desarrollen la nueva ciencia jurídica. Este filósofo inglés (1748-1832), ha sido considerado el padre del *utilitarismo* -que aplicado al Derecho supone medir la pena por el peligro y no por la moralidad del acto-. Tras atacar el sistema legal y judicial inglés, formula su teoría en su obra principal, *Introducción a los principios de moral y legislación*⁸. En ella señala que las normas -al igual de los actos o las instituciones- sólo son valorables en función de su utilidad -el placer o el sufrimiento que producen-. Luego, todas las cuestiones políticas, jurídicas, sociales, etc. deben medirse para comprobar en una nueva ética, si producen satisfacción o sufrimiento, y desechar estas últimas. Fue él quien sistematizó el término "codificación", al insistir en que la legislación cumpliera con ciertos tecnicismos: pocas leyes, pero claras, completas, precisas y sistemáticas.

Codificar, esa es la palabra. Según la *escuela del Derecho natural* buena parte de las normas convencionales del Derecho y la moral están asentadas en principios universales e inmutables; este conjunto de normas conforman el *derecho natural*, cuya fuente primigenia es Dios, la Naturaleza o la Razón. Por ello los derechos históricos son imperfectos ya que el Derecho por su naturaleza es de aspiración universal. Un paso en la evolución de la ideas lo dará el *racionalismo* que acentúa el papel de la razón en la adquisición del conocimiento. El Derecho que surge en el siglo XIX, fruto de la difusión de las ideas del racionalismo, es un derecho de aspiración liberal con caracteres iusnaturalistas por cuanto la idea básica será reformar la legislación con la finalidad última de conseguir un único Derecho aplicable a todos los países. Hay que tener

⁷ Para cuyo conocimiento me parece indispensable el estudio de Marta Lorente señalando cómo las principales planteamientos en torno a la obra son más de traducción que de recepción produciéndose la verdadera difusión a raíz de la creación de las Cortes decimonónicas. LORENTE SARIÑENA, Marta. *De la suerte normativa de la ciencia de la legislación: Filangieri y la codificación en la España decimonónica*, Nuevo Mundo Mundos Nuevos, Coloquios, 2007, [En línea], Puesto en línea el 28 de enero de 2007, en: <http://nuevomundo.revues.org/index3510.html>. Consultado el 15 de octubre 2009) por cuanto va más allá de los planteamientos centrados temporalmente en los prolegómenos de la codificación de LALINDE ABADÍA, Jesús, "El eco de Filangieri en España", en: *Anuario de Historia del Derecho Español*. LIV, 1984.

⁸ BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation, etc. MS. notes [by the author]*. Londres: T. Payne & Son, 1789.

en cuenta que el racionalismo aplicado al Derecho produce el llamado “positivismo jurídico” o iuspositivismo que considera que derecho y moral son conceptos distintos no identificables⁹. El derecho se ocupa fundamentalmente de las conductas externas de los individuos y mientras que no se puede obligar a cumplir con la moral, el Estado puede hacer cumplir el derecho, por tanto hay que transformar los principios en preceptos de Derecho positivo, en normas.

Surge así la “Codificación” como sistema de actuación para realizar leyes que presenten una cierta homogeneidad entre sí en función de la materia que regulen. Codificar es formar un sistema completo de Derecho, presentando una metodología distinta a la hasta entonces operada consistente en recopilar las leyes de distintas épocas utilizando algún mecanismo de clasificación. A partir del siglo XIX, todos los países de Europa e Iberoamérica y varios de África, Asia y Oceanía comenzaron a aprobar códigos civiles. Parece ser que el primer texto jurídico que utilizó con un sentido más actual el término fue el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 (de Baviera), al que sigue el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (de Federico II de Prusia), en 1792, aunque el texto incluía junto al Derecho civil, el penal y el político, ejerció una fuerte influencia en la legislación posterior, pero ninguno de los dos cumplía con las premisas de la codificación contemporánea. Con todo el texto de partida que recoge el sentir de la codificación tal y como proviene de los requisitos ilustrados es el *Code Civil* que promulgó Napoleón el 24 de marzo de 1804, que fue utilizado de modelo, por imitación o imposición, para Europa y América. Existen una serie de factores que influyeron en la implantación del texto, similares a los que acontecieron otros Estados:

- La Necesidad de ordenar la legislación francesa. Las provincias del norte de Francia se regían por costumbres germánicas, a la vez que en las sur se utilizaba el Derecho romano, lo que dificultaba la posibilidad de un gobierno centralizado tal y como pretendía Napoleón.
- La difusión de la ideología de la Revolución Francesa que pretendía terminar con todo el Derecho anterior.
- La difusión del pensamiento jurídico racionalista que consideraba el Derecho producto de la razón humana, y que creía que un código remediaría para siempre el desorden que existía en el Derecho.

Tras la publicación de este Código surge en Francia la *Escuela de la Exégesis*, cuyo método consistía en conocer el código civil, por las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción, partiendo de una serie de premisas, en base a las cuales el tratadista alemán Werner Goldschmidt ha determinado las características de la escuela¹⁰:

1. El Derecho positivo lo es todo, por tanto existe un culto a la ley. Todo el derecho civil se encuentra en el código. Por tanto el conocimiento del derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos.
2. La ley debe interpretarse únicamente analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos, para encontrar la intención del legislador. Por ello, la enseñanza en las facultades debe constituir en la exégesis de los artículos, en el mismo orden en que se encuentran redactados. Se trata de buscar la intención del legislador ya que el Código no deja nada al arbitrio del intérprete, cuya misión no es hacer el Derecho. El Derecho ya está hecho, se encuentra en el Código.
3. Los jueces deben aplicar rigurosamente el código; del tenor literal de cada artículo mediante un proceso deductivo se debe dar a la norma la extensión precisa para extraerse la solución a los litigios.

⁹ De su trascendencia para la ciencia penal ya me ocupé en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M., “Historiografía penal española (1808-1870): la escuela clásica española”, en: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*. Madrid: Dickinson, 2005.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la Justicia: Dikelogía*. Madrid: Aguilar, 1958.

4. La costumbre carece de valor alguno; la analogía es la técnica para salvar las insuficiencias a la ley.
5. Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.
6. El Derecho presenta un carácter eminentemente estatal: *Dura lex sed lex*. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas.

En Francia, esta escuela sería duramente criticada por François Géný¹¹, máximo exponente de la *Escuela de la Libre Investigación científica*, quien indicó que el principal defecto de la Exégesis consistía en “inmovilizar el derecho”, mencionando también que adolecía de un desordenado subjetivismo y que el Derecho como obra humana era incompleta y que requería de otras fuentes del derecho. Sostiene que cuando la ley no da solución al problema planteado, debe recurrirse a otras fuentes formales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero si con ellas tampoco se encontrare la solución adecuada, se debe proceder a lo que el autor denominó la libre investigación científica.

En Alemania, el problema presenta peculiaridades propias. El jurista Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), líder de la escuela filosófica, publica en 1798, una colección de ensayos sobre la teoría de la ley, de los cuales, con mucho, el más importante fue titulado *Über Den Einfluss auf die Philosophie der Auslegung der positiven Gesetze*, en la que trató de mostrar que la historia sin filosofía no puede interpretar y explicar la ley. Pero su obra más representativa fue su ensayo “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”¹². A principios de siglo XIX Alemania no había alcanzado la unidad política ni la jurídica, no ya por los múltiples esfuerzos realizados por sus gobernadores. Thibaut se percató del cambio que en la mentalidad de los soldados alemanes supuso la marcha sobre París en 1814. La estructuración de Alemania en pequeños estados permitía la continuidad de las peculiaridades de cada uno, por lo que consideraba que lo único que podía unificarse era la ley. Por ello insta a todos los gobiernos alemanes a trabajar en este sentido. El ensayo fue tanto una condena de todo el estado de la jurisprudencia como un argumento para la codificación; era un desafío a los ciudadanos para justificar su propia existencia.

Friedrich Karl von Savigny fue quien asumió el reto de Thibaut cuando escribió *De la vocación de nuestra época en cuanto al Derecho y la Jurisprudencia*¹³ y tuvo lugar una larga controversia con puntos no muy claramente definidos. Frente a la escuela exegética, Federico Carlos von Savigny (1779-1861) fue el principal propugnador del *método lógico*, al llegar a la conclusión de que las palabras y proposiciones no eran sino medios o instrumentos que servían para traducir un pensamiento o voluntad, el cual no podía ser otro sino el del legislador, es decir, el de los autores de la ley. Al intérprete no debe interesarle lo que el texto legal diga en sí, o el sentido en que él lo pueda entender, sino que debe averiguar lo que el legislador quiso al elaborar el texto, los fines que persiguió, las necesidades que pretendió satisfacer. Los artículos del código civil en sí mismo son letras muertas; su valor depende del pensamiento de su autor. Frente a lo manifestado por Thibaut, se muestra contrario a la codificación del derecho alemán, ya que consideraba que todavía no era el momento adecuado, aún no existía la madurez jurídica necesaria para emprender esa tarea, como tampoco existía el lenguaje

¹¹ GÉNY, François, *La libertad en el derecho: entre certeza e incertidumbre*. Albolote, Granada: Comares, 2007.

¹² THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg, 1814. En español puede verse THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid, 1970.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814.

jurídico correspondiente. Priorizaba la investigación sobre los orígenes del Derecho alemán, y más concretamente, la recuperación del Derecho antiguo. Sostenía también que la única forma correcta de proceder era mediante una ciencia jurídica orgánica y progresiva que consiga aglutinar a toda la nación, y no un sistema artificial que traería la unidad para sólo una mitad de Alemania, dejando a la otra mitad muchísimo más separada que antes¹⁴.

Es así como surgirá la *Teoría o Escuela de la Evolución Histórica*, cuyo fundamento último está en que los preceptos legales deben ser transformados por el intérprete dentro de ciertos límites, para ponerlos en armonía con las circunstancias imperantes en el medio social. Según esta teoría en la norma existe una parte rígida y una mudable. Cuando una ley recibe vigencia, se incorpora al medio social, adquiriendo vida propia. Si varían las condiciones sociales, el intérprete debe aplicarla consultando la realidad social entonces existente, dándole el sentido que más se ajuste a la solución de los problemas que el legislador pudo prever cuando se promulgo. La ley, pues, es un producto del medio social vigente para la época en que se dictó, y como ella se dicta no sólo para el presente sino para el futuro, deben consultarse, al momento de aplicarla, las circunstancias existentes. Por ello existe una predilección por el derecho consuetudinario.

Se admite tradicionalmente que el movimiento codificador arranca en España de 1812, pero la falta de método, de uniformidad en la elaboración de códigos y la realidad política dio al traste con el sistema hasta bien avanzado el siglo XIX. No así con el debate cuyos prolegómenos se dejaron sentir pronto en España. Hay que señalar además que no todo se reconduce a la consabida instrumentalización que de los postulados de la Escuela Histórica, se hizo desde los territorios forales para preservar sus privilegios y Derecho especial que aún hoy figura en la Compilaciones forales, para evitar la publicación de un Código civil unificado territorialmente.

El primer reflejo de la recepción de las nuevas ideas aparece en los propios debates parlamentarios, producidos a raíz de la aprobación del primer Código penal vigente en España: el Código de 1848. Tras la derogación del Código de 1822 a la vuelta del régimen, la medida más inmediata fue la total supresión de los ideales codificadores, y la reimplantación de las rudas penas del Antiguo Régimen. El moderantismo de los últimos años de Fernando VII propició el deseo de un nuevo código como se establece en un Decreto de abril de 1829 que volvió a manifestar la necesidad de realizar una codificación penal.

Tras restablecerse en 1836 la Constitución de 1812, se pensó en restablecer el Código penal de 1822 –en cuya dudosa o escasa vigencia no vamos a entrar aquí–, pero un giro determinante en la línea de actuación del gobierno motivó el nombramiento el 1 de septiembre de 1836 una Comisión codificadora que trabajó hasta 1839. Nada más producirse la caída de Espartero en el gobierno, el gobierno provisional de Joaquín María López, establece por Decreto de 19 de agosto de 1843 la formación de la Comisión de Códigos encargada de codificar el derecho penal, el civil y el procesal¹⁵. En este momento se inicia la formación del Código penal de 1848¹⁶.

¹⁴ Véase MORELLI, Mariano G., “Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el pensamiento de Savigny”, en: *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, on line, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent288.pdf>; MORINEAU, Marta, “Un acercamiento a Savigny”, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, on line, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/16/art/art7.htm>.

¹⁵ Sobre su funcionamiento SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M., “La Comisión de Códigos (1843-1846)”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 74, 2004.

¹⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M., *La Codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*. Madrid: BOE-CEPCO, 2004.

El proyecto resultante de las deliberaciones fue aprobado el 19 de diciembre de 1845 y remitido al Gobierno el 24 de diciembre de 1845, aunque habría que esperar a un momento propicio políticamente para sacar el Código adelante, pues el Gobierno se encontraba con graves problemas de gobernabilidad debido a las intrigas cortesanas en torno, fundamentalmente, al matrimonio de la Reina.

El 5 de febrero de 1847, Juan Bravo Murillo, que ocupaba el Ministerio de Justicia, obtiene la autorización para presentar a las Cortes el proyecto de Código penal y el 13 de febrero de 1847 presenta al Senado el proyecto de una Ley de autorizaciones, utilizando una argucia legal que le permitía el sistema, para publicar el Código penal. Según el mismo, *grosso modo*, el gobierno pretendía recibir una autorización para publicar el Código penal, comprometiéndose a proponer a las Cortes antes de tres años las modificaciones necesarias en el mismo, si bien tenía la facultad de realizar las reformas urgentes necesarias dando cuenta a las Cortes. Ello impedía además a los parlamentarios entrar en el contenido del articulado, pues se veía en la obligación de aceptar el texto íntegro del Código penal presentado por el gobierno, sin modificar una coma, y teniendo que limitarse a introducir sus motivaciones para cuestionar la regulación efectuada mediante interpelaciones aclaratorias al gobierno y al partido en el poder, realizadas utilizando los escasos artículos de que disponía la ley de autorizaciones.

Así el texto de la ley de autorizaciones pasó el 16 de febrero de 1848 al Congreso, realizándose las discusiones entre el 10 y 16 de marzo, y mediante Real Decreto de 19 de marzo de 1848 se promulgaba el primer Código penal de la Monarquía española –y único pues todo lo que ha venido después, hasta el actual código vigente, no han sido sino reformas de este para adaptarlo a la realidad social a la que iba dirigido-, para que entrara en vigor el 1 de julio de ese año.

Centrándonos en los debates y en la cuestión que nos afecta, el diputado Fernández Baeza fue quien inició el debate acerca de la conveniencia de que el derecho penal fuese codificado planteando los beneficios de un tratamiento más flexible mediante la aprobación de leyes especiales en los siguientes términos:

“El Código penal no debe plantearse como Código, sino que debe componerse de una porción de leyes hechas en diversos tiempos, modificadas á cada paso según la marcha de la sociedad, y según las cuales se apliquen los remedios conforme los males se vayan presentando. (...) Así es que yo prefiero el sistema de arreglar la materia criminal por leyes especiales relativas á las diversas clases de delitos”¹⁷.

Este fue el pistoletazo de salida para radicalizar el debate cuando el diputado Pedro Gómez de la Serna, miembro del posterior partido progresista y uno de los más consagrados juristas españoles, planteaba que con el Código presentado se estaba destruyendo la obra de once siglos de legislación, manifestándose por tanto contrario a la codificación. Y es que en algún momento de su vida fue partidario de la escuela filosófica del Thibaut, aunque con posterioridad estuvo alineado con la escuela histórica, siendo uno de sus mejores exponentes fuera de la órbita de la escuela catalana. Tal y como manifiesta en estos debates, para él la cuestión clave es si debe o no seguirse codificando, manifestando así el cambio en su forma de pensar, pues aunque admite haber defendido la codificación en algún momento, señala cómo sus estudios le llevaron a rechazarla:

“Otras veces he creído que debían formarse Códigos; así lo he dicho más de una vez por escrito, y en alguna legislatura en el Congreso. Meditaciones y estudios ulteriores, comparaciones de los Códigos por que hoy se rige la Europa, comparaciones de las

¹⁷ *Diario de Sesiones del Congreso* (en adelante *DSC*), 11 de marzo de 1848, N° 80, t. III, p. 1733.

ventajas y desventajas de crearlo todo nuevo ó de conservar lo existente modificándolo, han producido un cambio completo en mis ideas en este punto”. “Lo que creo que no debe hacerse –*dirá en el Congreso*– es destruir lo que existe, es renegar de las tradiciones, de la historia, y decir: vamos a crear una cosa nueva; la voluntad de los legisladores es omnipotente”¹⁸.

Por ello, tras atribuir el ideal codificador al espíritu de reformas propio del siglo XVIII, critica el espíritu de imitación a lo realizado por otros países, basado en el orgullo de los legisladores, y presenta la codificación como una cuestión meramente política:

“El derecho no es un efecto de la voluntad del legislador, no es una cosa que se improvisa; por el contrario, se va creando lenta y sucesivamente, y sigue el mismo curso que la lengua de un país, que su civilización, que sus necesidades. (...) Es menester conocer, señores, que el derecho, ó mejor dire la jurisprudencia, precede á la ley y completa la ley. Los pueblos antes de tener leyes tienen costumbres, que son la jurisprudencia consuetudinaria. La ley viene despues á formular, á dar precisión á esta jurisprudencia, y á su vez vuelve la jurisprudencia á explicar la ley y á aplicarla. La jurisprudencia, pues, es altamente interesante; para tratar de cambiar los Códigos es necesario buscar épocas donde la ciencia esté á grande altura, y nosotros no podemos gloriarnos de que en nuestro país se hallen en este estado los estudios jurídicos”¹⁹.

Su opinión respecto del Código penal es no codificar cuando dicho texto está compuesto por principios morales y políticos. No obstante admite que su animadversión contra la codificación es más fuerte para la codificación de las materias civiles por cuanto considera que hay dos clases de principios, los preceptivos de carácter imperativo y los principios genéricos aplicados por la costumbre, y con la codificación se destruye éstos últimos. No obstante al ser consciente de las deficiencias del derecho penal vigente y de la necesidad de su reforma, se muestra también partidario de que se formen “leyes particulares” o que se corrijan el derecho existente y sobre todo que sean las Cámaras las que debatan dichas leyes²⁰, cosa que no se permitió por considerar al legislador que el Código de 1822 fracasó debido al marcado tinte político que revestía por tener como fundamento último la redacción y tramitación parlamentaria.

La respuesta desde el sector contrario quedó a cargo del diputado Pedro José Pidal, del partido Moderado, quien manifestó que la conveniencia de la codificación dependía del estado de desarrollo del país del que se tratase. Si bien asiente en que fue el espíritu del siglo XVIII el motor de los nuevos códigos, considera que la codificación en Francia debe verse como producto de la revolución vivida, y aunque reconoce la existencia de movimientos de oposición en Inglaterra y Alemania lo traduce en una sola escuela –la escuela histórica–, por cuanto todas las demás reconocen la existencia de un derecho general aplicable a todos los países. Por ello recuerda los principios en los que se funda la escuela histórica: el derecho es propio de cada nación, como el lenguaje, por lo que no puede sustituirse por el de otra nación, además de encontrarse más en la jurisprudencia que en las leyes, de forma que cualquier variación en alguno de estos elementos alteraría la estabilidad total, de ahí que consideran preferible dar leyes en

¹⁸ DSC, 14 de marzo de 1848, N° 82, t. III, p. 1764.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ DSC, 14 de marzo de 1848, N° 82, t. III, p. 1765. Más adelante insistirá en esa codificación mediante “leyes especiales”, basándose en que la ciencia penal se encuentra en continua evolución y es imposible abarcar todos los campos cuanto más tratar de comprender una obra como la que se acomete. Por ello manifiesta que echa de menos una “exposición de motivos” en el texto presentado (*Ibid.*, p. 1767).

los aspectos en los que se produzca verdadero cambio. Sorprendentemente manifiesta que él está en contra de la codificación pero que cuando existen grandes razones hay que codificar, y ese es el supuesto que se plantea en esos momentos al no existir una legislación adecuada pues se limita a lo que los jueces dictaminan *ex aequo et bono* con un alto grado de arbitrariedad²¹. Esta es una idea importante por cuanto nos desvela lo que pudo ser la verdadera causa de la codificación: el oscuro deseo de acabar con el arbitrio judicial. Asistimos pues a la manifiesta incapacidad del legislador de cumplir con las funciones específicas de su condición.

También el diputado José Alonso Ruiz de Conejares, jurisconsulto navarro liberal progresista, se muestra contrario a la codificación, a la que considera una desgracia. Resalta cómo el pensamiento codificador es intenso desde 1841 y cómo aunque la finalidad inicial fue codificar en todas las materias, ello no fue posible. Pero considera que la inexistencia de un Código de procedimientos es un impedimento para autorizar la publicación del código penal, como lo demuestra el acompañamiento de la ley provisional con las reglas para la aplicación del código penal, articuladora del juicio verbal de faltas, así como de un procedimiento para poder poner en aplicación procesalmente el código penal, ante la inexistencia de un Código de procedimientos. El otro impedimento en su opinión lo sería la necesidad de la reforma de la organización de los tribunales²². Sensatas palabras, que denotan una vez más cómo el principal obstáculo era el arbitrio judicial desmedido, que convertía a los jueces en legisladores, de ahí el rechazo multitudinario que la aprobación del Código penal produjo en los Tribunales, que veían sus hasta entonces amplias facultades disminuidas.

Esta vez la respuesta corre a cargo de Manuel Seijas Lozano, miembro del Partido Moderado, que no deja de llevar algo de equívoco pues para demostrar que son las sociedades más florecientes las que producen Códigos acude a comparar la codificación con los Códigos de las Doce Tablas, el Fuero Juzgo, las Partidas, en un desconocimiento absoluto del ideal codificador que confunde con lo que yo llamaría la "ideal legislador", es decir, el fundamento último de la polémica que el legislador cumpla con su función y legisle. Para terminar su exposición, critica el carácter alemán señalando cómo en Alemania "tienen una tendencia de oposición a toda idea dominante, á toda idea presente, de modo que siempre encuentra ideas nuevas, pensamientos opuestos á los recibidos". Con estas palabras inicia una crítica a la Escuela Histórica del Derecho, para señalar como los defensores de las ideas de la escuela histórica cuando alcanzaron puestos de poder tuvieron que defender las opuestas:

"El Sr. Pidal reconocio ayer, y es una verdad como jefe de esa escuela al ilustre Sabigny; Sabigny que en sus grandes debates con el famoso Thibaut, jefe de la escuela racional, decia que era una calamidad inmensa el tocar á la legislacion de los pueblos; pero Sabigny, llamado á ser Ministro de Prusia, el primer paso que dio fue el de acordar la formacion de nuevos Códigos. Y es porque Sabigny, que es filósofo, es tambien hombre de Estado, porque comprende que los pueblos no pueden regirse con su nueva civilizacion, con sus nuevas ideas, con su nueva organización social bajo el imperio de una legislacion acomodada á otro orden de cosas"²³.

Por ello insiste en defender los postulados de la escuela racional y en la necesidad de codificar todo el derecho y específicamente el Derecho civil.

Curiosamente la intervención del Ministro de Gracia y Justicia Lorenzo Arrazola y García, miembro del Partido Moderado, es la más técnica y cercana a la realidad de los plan-

²¹ DSC, 14 de marzo de 1848, N° 82, t. III, p. 1774.

²² DSC, 14 de marzo de 1848, N° 82, t. III, p. 1780.

²³ DSC, 15 de marzo de 1848, N° 83, t. III, p. 1793.

teamientos científicos, pese a que de entrada manifestó que la cuestión era más científica que política, –intentando dismantelar el cariz que iba tomando el debate–, y era aplicable a todos los códigos del mundo. Arrazola fue quien realizó la aclaración de que con las pretensiones de la Escuela histórica no se estaba ante una oposición frontal a la codificación sino a que dicha codificación se hiciese de cualquier manera “que cuando haya elementos útiles que aprovechar en un país, que cuando haya una jurisprudencia más o menos racional, que se aproveche lo que sea útil, y no se haga lo que se haría en una sociedad nueva”²⁴.

Aquí es donde está el verdadero meollo del asunto.

Para finalizar, e independientemente de lo que se quiera indicar acerca de la polémica en torno a la codificación del derecho, que en cuanto a ideología debe ser reconducida a los postulados ilustrado propios del siglo XVIII, en realidad a lo que asistimos a mediados del siglo XIX en España, en lo que concierne a la ciencia jurídica, es a unos planteamientos que desde esta época presentan verdaderos tintes políticos. En definitiva el debate jurídico entre la escuela racional y la histórica desde mediados del siglo XIX fue asociado sin más y reconducido a cuestiones de ideología política, a los debates políticos entre la ideología moderada o liberal.

Junto a ello el deseo de superar el arbitrio judicial, conduce a nuestros ideólogos a una identificación conceptual entre dos términos que no son sinónimos: codificar y legislar; y a la consideración de dos términos como opuestos ideológicamente: codificación y jurisprudencia. Si bien la idea de codificar lleva implícita en su propia esencia la de legislar *ex novo*, no toda idea de legislar debe pasar por la de hacer Códigos, a no ser que en realidad lo que estemos es intentando burlar el sistema porque quien está legislando en realidad no tiene capacidad para ello. Recordemos que a mediados del siglo XIX las Cortes no tienen desarrolladas las competencias propias de un Estado liberal y que nos encontramos por un sistema político fuertemente controlado por el ejecutivo que asume funciones que no tiene, un ejemplo de lo cual fue la instrumentalización que se hizo del Código penal de 1848: las argucias empleadas al aprobar un texto modificado encubiertamente respecto del que preparó la Comisión de Códigos, para modificar sus disposiciones sin necesidad de la intervención de las Cámaras y sin siquiera dar cuenta de las mismas, y cómo se saltaron todos los posibles controles habilitados en la misma época, legislando a golpe de rectificación vía decreto de los errores evidentes de una legislación incompleta e inútil para evitar la arbitrariedad y discrecionalidad judicial de los tribunales que gracias a la negligencia e incapacidad del legislador vieron sus facultades aumentadas cuando se trataba de todo lo contrario. Porque el pensamiento último era limitar la jurisprudencia. Esa jurisprudencia que ponía en manos de los jueces la capacidad de legislar encubiertamente, vía arbitrio judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation, etc. MS. notes [by the author]*. Londres: T. Payne & Son, 1789.
- FILANGIERI, Cayetano y RUBIO, Jaime. *Ciencia de la legislación*. Madrid: en la Imprenta de Manuel González, 1781.
- FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*, 4 vols. Nápoles: Stamperia Raimondiana, 1780.
- GÉNY, François. *La libertad en el derecho: entre certeza e incertidumbre*. Albolote, Granada: Comares, 2007.

²⁴ “Estos publicistas condenan el abuso, no el uso racional y oportuno” (DSC, 15 de marzo de 1848, N° 83, t. III, p. 1800).

- GIANNONE, Pietro y NASO, Niccolò. *Dell'Istoria civile del Regno di Napoli: Libri XL*. 4 vols. Nápoles: per lo Stampatore Niccolò Naso, 1723.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la Justicia: Dikelogía*. Madrid: Aguilar, 1958.
- GUTIERREZ, Alejandro. "Verum et factum cum verbo convertuntur: la historicidad como discurso en Giambattista Vico", en: *Cuadernos sobre Vico* N° 17-18, 2004-2005. pp. 99-104.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. "El eco de Filangieri en España", en: *Anuario de Historia del Derecho Español* LIV, 1984. pp. 477-522.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, "De la suerte normativa de la ciencia de la legislación: Filangieri y la codificación en la España decimonónica", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, [En línea], Puesto en línea el 28 enero 2007. URL: <http://nuevomundo.revues.org/index3510.html>. Consultado el 15 octubre 2009
- MORELLI, Mariano G. "Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el pensamiento de Savigny", en: *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, on line*, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent288.pdf>.
- MORINEAU, Marta. "Un acercamiento a Savigny", en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho, on line*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/16/art/art7.htm>.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. *La Codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*. Madrid: BOE-CEPCO, 2004.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. "La Comisión de Códigos (1843-1846)", en: *Anuario de Historia del Derecho Español* N° 74, 2004. pp. 291-332.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. "Historiografía penal española (1808-1870): la escuela clásica española", en: *Estudios de Historia de las Ciencias criminales en España*. Madrid: Dickinson, 2005, pp. 69-129.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg, 1814.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von y STERN, Jacques. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970.
- VICO, Giambattista. *Principj di una Scienza Nuova intorno alla natura delle nazioni, per la quale si ritruovano i principj di altro sistema del Diritto Naturale delle genti*. Nápoles, 1725.
- VICO, Giambattista. "Autobiografía", en: *Colección Austral. Serie anaranjada: biografías y vidas novelesca*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1948.
- VICO, Giambattista. *Ciencia nueva, Introducción, traducción y notas de Rocío de la Villa*. Madrid: Tecnos, 2006.